

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Štěpán Kmoch

PRÁVNÍ ASPEKTY ONLINE MARKETINGU

Legal aspects of the online marketing



Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Zuzana Císařová

Ústav autorského práva, práv průmyslových a práva soutěžního

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 7. ledna 2017

Prohlašuji, že předloženou diplomovou práci jsem vypracoval samostatně a že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny. Dále prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 7. ledna 2017

Štěpán Kmoč

PODĚKOVÁNÍ

Na tomto místě bych rád poděkoval vedoucí práce JUDr. Zuzaně Císařové za přívětivý přístup, ochotu, cenné rady a za to, že souhlasila s vedením této poněkud komplexní práce.

Dále bych rád poděkoval JUDr. Zdeňku Kučerovi, Ph.D. za to, že ve mně na svých seminářích vzbudil nadšení do práva informačních a komunikačních technologií. Myšlenka sepsat tuto práci se ve mně zrodila právě pod jeho vlivem.

Mé poděkování patří rovněž Bc. Janu Sušerovi za stylistické a typografické připomínky.

Vřelý dík patří i mé rodině, včetně přítelkyně Elišky Holcové, bez jejichž podpory by tato práce nikdy nevznikla.

OBSAH

OBSAH.....	4
ÚVOD.....	7
1. K ONLINE MARKETINGU	8
2. HLAVNÍ NÁSTROJE ONLINE MARKETINGU	13
2.1. SEO A VYHLEDÁVÁNÍ	13
2.1.1. Historie, vývoj, základní pojmy	13
2.1.2. Právní otázky spojené s vyhledávači.....	18
2.2. PLACENÁ REKLAMA NA INTERNETU	29
2.2.1. Historická geneze, smysl a význam	29
2.2.2. Právní rámec regulace internetové reklamy	31
2.2.3. Definice reklamy.....	32
2.2.4. Subjekty internetové reklamy	33
2.2.5. Veřejnoprávní odpovědnost subjektů.....	34
2.2.6. Zakázaná internetová reklama	39
2.2.7. Formy internetové reklamy	46
2.3. WEBOVÁ ANALYTIKA.....	68
2.3.1. Úvod.....	68
2.3.2. Problematika cookies	69

3.	ZAKÁZANÉ PRAKTIKY	75
3.1.	SPAM	75
3.1.1.	Pojem a dělení.....	75
3.1.2.	Spam v širším slova smyslu.....	76
3.1.3.	Nevyžádaná obchodní sdělení v Evropském právu vč. historického kontextu.....	79
3.1.4.	Nevyžádaná obchodní sdělení podle vnitrostátního práva	81
3.2.	NEKALÁ SOUTĚŽ	108
3.2.1.	Úvod.....	108
3.2.2.	Generální klauzule.....	109
3.2.3.	Zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže.....	111
3.2.4.	Soudcovské (nepojmenované) skutkové podstaty nekalé soutěže	113
3.2.5.	Ochrana proti nekalé soutěži.....	115
3.3.	CYBERSQUATTING (DOMÉNOVÉ PIRÁTSTVÍ)	119
3.3.1.	Pojem a úvod do problematiky.....	119
3.3.2.	Doménové spory obecně.....	121
3.3.3.	Doménové spory před obecnými soudy.....	121
3.3.4.	Právní prostředky ochrany obecně	123
3.3.5.	Doménové spory řešeny mimosoudně (alternativně).....	128
3.4.	TYPOSQUATTING	131
	ZÁVĚR.....	134

MÍSTO DOSLOVU	137
SHRNUTÍ	138
SEZNAM ZKRATEK.....	153
ABSTRAKT	156
ABSTRACT	157
PŘÍLOHY	158

ÚVOD

Internet je nedílnou součástí lidského života. Málokdo si dnes bez něj dokáže představit fungování ve společnosti. Lidé na něm vyhledávají informace, nakupují zboží z celého světa, investují na burze, pronajímají své nemovitosti, tráví čas na sociálních sítích a baví se sledováním filmů, čtením blogů, sledováním vlogů apod. I s jeho pomocí došlo k vytvoření virtuálního světa, který se se světem „skutečným“ protíná a je s ním čím dál svázanější. Světa, jenž je spoluvytvářen statisíci zaměstnanci obrovských korporací jako jsou Alibaba, Amazon, eBay, Google, Facebook a řada dalších.

Obchodování na internetu bylo tím prvním, co přimělo společnosti k tomu, aby vstoupily na půdu tohoto virtuálního světa a staly se jeho součástí. Na začátku¹ jsme pozorovali jejich opatrné začátky s reklamou na internetu. Ale stejně tak jako se rozpíná vesmír², rozpíná se rovněž svět lidský a díky rozvoji moderních technologií společně s ním i svět internetový. Stačilo několik málo desetiletí a internetový svět se stal natolik rozsáhlým, že se nejenže prolíná se světem „reálným“, ale některé jeho oblasti začíná pomalu nahrazovat³, popř. mění jejich dřívější podobu. Společně s touto expanzí každoročně stoupá jeho obchodní potenciál, důsledkem čehož se rozvíjí stále rozsáhlejší obor – online marketing, který je někdy též označován jako internetový marketing.

Vzhledem k tomu, že cílem online marketingu je především maximalizovat zisk daného subjektu, může snadno dojít ke kolizi se zájmy jiných subjektů. V některých případech na to právo pružně reaguje⁴, jindy je však třeba zcela nové právní regulace⁵, která se snaží nežádoucí dopady komerčních zájmů na společnost minimalizovat.

¹ V 90. letech 20. století.

² Viz např. ADAMS, Allan. The discovery that could rewrite physics. [cit. 10-11-2016]. Dostupné z: www.ted.com.

³ Vzorovým příkladem je zde Čína, která přeskočila technologickou evoluci v podobě pevných telefonních linek a uchýlila se k mobilním aplikacím, které uskutečňují komunikaci přes internet (např. jen aplikace China's QQ Mobile a WeChat používá při komunikaci miliarda a půl Číňanů). Fyzické veletrhy a tržiště v Číně byly zase velice brzy nahrazeny online tržištěm Alibaba, prostřednictvím kterého provádí Čína většinu business to business (b2b) transakcí, a to jak vnitrostátně, tak i s vnějším světem. K tomu srov. ERISMAN, Porter. Alibaba.com: příběh největšího on-line tržiště světa: jak neznámý učitel angličtiny změnil ráz globálního byznysu. Přeložila Jana ODEHNALOVÁ. Praha: Aligier s.r.o., 2016. ISBN 978-80-904895-7-8.

⁴ Např. v případě nekalé soutěže.

⁵ Ochrana osobních údajů, právní regulace šíření obchodních sdělení apod.

1. K ONLINE MARKETINGU

Východiskem online marketingu je marketing klasický, který dnes již můžeme nazývat offline marketingem. Některé činnosti online marketingu jsou tak shodné nebo podobné s činnostmi klasického offline marketingu, jiné jsou naopak zcela specifické. Oba obory se tak protínají pouze částečně a internetový marketing je třeba vnímat jako významný doplněk a podporu offline marketingu, nikoliv jako jeho náhražku. Společným rysem online a offline marketingu je však shodný cíl, kterým je primárně zvýšení zisku.⁶

Offline marketing se jako zkušené odvětví opírá o závěry sofistikovaných psychologických studií⁷, jejichž příklady zahrnují poznatky o myšlenkových kotvách⁸, averzi ke ztrátě⁹, averzi k extrémům¹⁰ a další využívání nedokonalostí lidské mysli¹¹.

⁶ K tomu srov. ZYMAN, Sergio. Konec marketingu, jak jsme jej dosud znali. Praha: Management Press, 2005. Knihovna světového managementu. ISBN 80-7261-134-8.

⁷ Ty nejdůležitější jsou ve vztahu k cenovým strategiím souhrnně uvedeny v publikaci POUNDSTONE, William. Priceless: The Hidden Psychology Of Value. 1. vydání. Londýn: Oneworld Publications, 2014. ISBN 978-1-85168-829-6.

⁸ Jedna z prvních studií o myšlenkových kotvách vzešla z týmu izraelsko-amerických psychologů Tverskyho a Kahnemana. Psychologové přišli s prvotní tezí, že hodnoty věcí (ať už jde o potraviny či jakékoli další produkty) se v lidské mysli konstruují tím nejjednodušším způsobem, který se mozku nabízí, a to na základě poznatků z prostředí kolem nás. Nikoliv tedy na základě racionálních výpočtů či přemýšlení, ale prostým a intuitivním srovnáváním s tím, co sami již známe či vidíme (to se obvykle týká pouze každodenního spotřebního zboží jako jsou rohlíky, cena poledního menu apod.). Vše začíná být zajímavé v okamžiku, kdy neznáme nic, s čím bychom dané porovnali (většina případů). Poté naši mysl ovlivňují zdánlivě náhodné údaje (čísla), které se nevědomky stanou oním srovnávačem. Proto hovoříme o myšlenkové kotvě, neboť náš mozek na takovém údaji zakotví a ovlivní naše rozhodování. Bez nadsázky lze dodat, že žijeme ve světě, aniž bychom tušili, co by mělo kolik stát. Vše, na co se náš mozek zmůže, je hledání podnětů v okolním prostředí. První experimenty byly banální a začínaly položením dvou otázek. První otázka byla ta, na kterou většina Američanů neznala odpověď, a to „Je procentuální podíl všech afrických států v OSN větší, nebo menší než 65 %?“ Následovala otázka: „Jaký je procentuální podíl afrických států v OSN?“ U dalších skupin tazatelů bylo číslo v první otázce změněno. Ukázalo se, že tento údaj měl zásadní vliv na odpovědi respondentů na druhou otázku a působil v tomto případě právě jako myšlenková kotva. Na manipulativní charakter tohoto údaje nepomohla ani výslovná předchozí upozornění respondentů, aby se tímto údajem nenechali ovlivnit. Výsledky byly navzdory upozornění obdobné. Myšlenkové kotvy tedy fungují na iracionální bázi a podstatně ovlivňují naše rozhodování ve chvíli, kdy nemáme dané s čím srovnat. Po tomto prvotním zjištění následovalo několik dalších studií, kterým však již nebude věnována pozornost. Závěrem je vhodné zmínit využití této teorie v praxi. Ve zkratce jde např. o poučky, že (a) extrémně levná místa v divadle či na koncertě jsou neprodejná, (b) při oceňování věcí jsou lidé velice náchylní k sugesci, (c) prodejny s luxusním zbožím mají vždy alespoň jeden produkt absurdně drahý (ten funguje jako myšlenková kotva), aby ostatní, byť stále předražené produkty, vypadaly jako výhodná koupě, (d) pokud zákazníkovi (klientovi) sdělíme odhadní cenu, bude tato působit nadále jako myšlenková kotva (nemá žádný vliv, pokud sdělíme, že cena je určena pouze odhadem a odchýlení směrem nahoru bude vždy pro klienta zklamáním). Zvláště pak stojí za zmínku poučka uplatnitelná (a několika málo advokáty uplatňovaná) i v právu, že *čím více někdo žádá, tím více dostane*. Tato je v právu použitelná zejména v případě odčinění nemajetkové újmy v penězích, kde požadovaná částka působí na soudce jako myšlenková kotva a spolehlivě ovlivní soudem přiznanou výši. Odůvodnění požadované částky však musí být natolik stručné a jednoduché, aby bylo

Metody podložené desítkami psychologických studií jsou navíc stejně efektivní i ve chvíli, kdy jsou dotčení jedinci na skutečnost, že je jimi manipulováno, výslovně upozorněni. Lidé se nechtějí vzdát iluze své vlastní racionality a po manipulaci na otázku, zdali byl jejich úsudek něčím ovlivněn, odpovídají i po tomto upozornění, že nikoliv a že šlo o jejich vlastní rozhodnutí¹². Jeví se proto příhodné v této souvislosti připomenout Baudelairovu tezi, že „tím nejdarebnějším činem ďábla bylo, když přesvědčil lidi, že neexistuje“¹³.

velice snadno zapamatovatelné (např. částka odpovídající výši týdenního obratu společnosti – to však mohou být i desítky milionů korun). Více v POUNDSTONE, William. *Priceless: The Hidden Psychology Of Value*. 1. vydání. Londýn: Oneworld Publications, 2014. ISBN 978-1-85168-829-6, str. 3 a násl.

⁹ Jde o součást složitější tzv. *prospect theory*, jejíž závěry praví, že ztráta (postačí její pouhá vidina) určité částky peněz vzbudí psychologicky daleko silnější reakci než získání (výhra) částky stejné výše. Původní kořeny sahají až k Burkeho závěru, že „myšlenka na utrpení je mnohem silnější než myšlenka na potěšení“. Toho využívají např. vzdělání prodejci v oblasti investic („s penězi na účtech tratíte každý den“). Více v POUNDSTONE, William. *Priceless: The Hidden Psychology Of Value*. 1. vydání. Londýn: Oneworld Publications, 2014. ISBN 978-1-85168-829-6, str. 3 a násl.

¹⁰ Pokud lidé nejsou předem pevně rozhodnutí a mají na výběr z několika podobných produktů, nekoupí si zpravidla ani ten nejkvalitnější, ani ten nejméně kvalitní; ani ten největší, ani ten nejmenší; ani ten nejdražší, ale ani ten nejlevnější. Zkrátka preferují zlatou střední cestu. A tak způsob, jak prodat více bot, které stojí 3 000 Kč, je vystavit vedle nich boty, které stojí 5 000 Kč. V tom tkví umění výběru cenové strategie u luxusního zboží. Ceny luxusního zboží (oblečení, hodinky apod.) obvykle vůbec nesouvisí se skutečnými náklady na pořízení, cenou konkurenčního zboží, tržními cenami a často ani nesouvisí s kvalitou daného produktu. Vysoké ceny naopak tkví v tom, jakou má takové zboží hodnotu pro zákazníky. Jedno z prvních použití nastíněných závěrů v praxi bylo společností Coach, která se mj. zabývá prodejem dámských kabelek. Tato společnost v každé prodejně na viditelném místě honosným způsobem vystavila nejdražší prodávanou kabelku (za cca 160 000 Kč). Vedle toho bylo vystaveno značné množství ostatních kabelek za cenu cca 50 000 Kč, které byly vzhledově s tou nejdražší velice podobné. Reakce zákazníků byly takové, že „kabelky za 50 000 Kč jsou o tolik levnější, a přitom stále jde o stejnou značku“. I když by se jim jinak kabelka za 50 000 Kč zdála předražená, v tomto kontextu působila jako výhodná koupě. Vystavením kabelky za 160 000 Kč tak došlo ke zvýšení prodeje kabelek levnějších. Smyslem kabelky za 160 000 Kč nebylo, aby si ji někdo koupil, ale pouze aby byl vytvořen kontrast. Více v POUNDSTONE, William. *Priceless: The Hidden Psychology Of Value*. 1. vydání. Londýn: Oneworld Publications, 2014. ISBN 978-1-85168-829-6, str. 155 a násl.

¹¹ Tak např. bylo prokázáno, že zákazníci supermarketů, kteří se v supermarketu pohybují proti směru běhu hodinových ručiček, utratí v průměru více než zákazníci, kteří se v supermarketu pohybují po směru běhu hodinových ručiček. Nikdo však dosud nepřišel s přesvědčivým zdůvodněním, proč tomu tak je. Přesto byly tyto poznatky většinou velkých supermarketů (resp. většinou těch supermarketů, které mají dostatek finančních prostředků na konzultanty) převzaty tak, že supermarkety umísťují svůj vchod až na pravý konec obchodu, čímž nabádají své zákazníky k tomu, aby dále při nakupování postupovali směrem proti běhu hodinových ručiček, čímž si jednoduchým (byť manipulativním) způsobem zajistí vyšší zisky. Více v POUNDSTONE, William. *Priceless: The Hidden Psychology Of Value*. 1. vydání. Londýn: Oneworld Publications, 2014. ISBN 978-1-85168-829-6, str. 149 a násl.

¹² POUNDSTONE, William. *Priceless: The Hidden Psychology Of Value*. 1. vydání. Londýn: Oneworld Publications, 2014. ISBN 978-1-85168-829-6, str. 96.

¹³ Překlad autora této práce. V originále: „La plus belle des ruses du diable est de vous persuader qu'il n'existe pas.“ K tomu srov. BAUDELAIRE, Charles, KOPP, Robert (ed.). *Petits poèmes en prose: (le spleen de Paris)*. Paris: Gallimard, c1973. Poésie (Gallimard). ISBN 2-07-031999-7.

Některé poznatky využívané v offline marketingu jsou použitelné i na internetu, jindy je však třeba volit přístupy zcela nové. Vědecké závěry často pro nové a specifické oblasti online marketingu chybí, pročež je třeba provádět experimenty takříkajíc za chodu, a to zejména prostřednictvím webové analytiky (např. A/B testováním¹⁴). Proto není online marketing oborem novým v pravém slova smyslu, ale spíše jde o obor starý (klasický marketing), který se adaptoval na nové virtuální prostředí. Při této adaptaci však vyvstala na povrch celá řada nových specifických otázek, často dosud nikým spolehlivě nezodpovězených.

Marketing na internetu zahrnuje velice rozsáhlý soubor činností, což dalo vzniknout celé řadě specialistů¹⁵ na jednotlivá odvětví online marketingu. Někteří specialisté hlubší technické znalosti nutně nepotřebují¹⁶, pro jiné je to však nezbytným předpokladem¹⁷. Zatímco pro tvorbu a internetovou propagaci¹⁸ určité skupiny drobných webových stránek (tzv. micro sites) stačí jeden člověk s všeobecnými znalostmi, pro tvorbu a marketing rozsáhlých webů ve vysoce konkurenčních segmentech (zpravodajské servery, e-shopy, online pojištění apod.) je obvykle vyžadována součinnost celých týmů tvořených právě těmito specialisty.

Současnou podobu online marketingu lze shrnout jako souhrn aktivit, které začínají samotným plánováním webu a končí jeho propagací.

Plánování webu spočívá *de facto* ve zodpovězení elementárních otázek. Ty shrnul Bechyně¹⁹ následovně:

¹⁴ A/B testování je statistická metoda pro ověřování hypotéz (např. zdali budou lidé v e-shopu více utrácet, pokud bude tlačítko pro nákup produktu zelené namísto červeného). Návštěvnost na vstupní stránce se pak rozdělí na minimálně dvě kontrolované skupiny, přičemž každé z těchto skupin bude zobrazena odlišná verze webových stránek. Poté se vyhodnocuje, která z verzí měla vyšší konverzní poměr, a vítězná varianta se následně použije.

¹⁵ Od SEO konzultantů a link builderů přes e-mail marketéry až po webové analytiky.

¹⁶ Link buildeři, copywriteři, specialisté na marketingové kampaně na sociálních sítích, někteří specialisté na marketing mobilních aplikací, specialisté na PPC reklamu apod.

¹⁷ Typicky programátoři, webdesigneři, grafici, SEO konzultanti ale i členové štábu na natáčení video reklamy apod. Konkrétně SEO konzultanti musí znát technické pozadí tvorby webů, redakčních systémů a serverů (musí vědět, co lze naprogramovat a jakou práci to obnáší), musí na základě analýzy klíčových slov vytvořit informační architekturu webu, dále musí znát UX, psychologii nakupování, základy designu a spoustu dalších.

¹⁸ Tvorba webových stránek a online marketing jsou spolu pevně svázány.

¹⁹ BECHYNĚ, Petr. 5 otázek, když plánujete web. [cit. 10.11.2016]. Dostupné z: www.5-otazek.cz.

1. Proč web potřebuji?²⁰
2. Pro koho je web určen?²¹
3. Co na webu bude?²²
4. Jaké jsou časové a finanční možnosti na přípravu a provoz?
5. Jak funguje současný web?²³

Po prvotním zamyšlení následuje SEO²⁴ příprava, při které je třeba provést analýzu klíčových slov a dále se zamyslet nad doménovým jménem, architekturou webu apod.

Preciznost shora uvedených prvních kroků je často předpokladem úspěchu budoucí webové stránky. Nelze se jim vyhnout a neměly by být ani uspěchány, neboť právě jimi je vytyčena podoba budoucího webu a jeho obsah.

Završením celého procesu je propagace a provoz webu. Smysluplný provoz se pak neobejde bez webové analytiky, která zahrnuje měření, sběr, analýzu a reportování internetových dat za účelem pochopení a optimalizace využívání webu²⁵.

Můžeme tedy shrnout, že online marketing tvoří řada dílčích oblastí. Nejstarší oblastí je SEO, následuje placená reklama, webová analytika, sociální média a další techniky, jako je mobilní marketing, content marketing, e-mail marketing a videomarketing.

Jednotlivé oblasti online marketingu se autor této práce pokusil pro lepší představu demonstrovat na obrázku umístěném pod tímto textem.

²⁰ Jaký je cíl a smysl webu.

²¹ Alespoň demografické údaje jako jsou věk (pro lidi vyššího věku je vhodné volit větší písmo a tradičnější webové prvky), schopnosti práce s počítačem, vzdělání a finanční prostředky.

²² Cíle návštěvníků, scénáře (úkoly a požadavky návštěvníků, které web musí uspokojit), mapa webu.

²³ Co uživatele zajímá a co ne zjistíme díky webové analytice.

²⁴ Search Engine Optimization, neboli optimalizace pro vyhledávače.

²⁵ Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 88.



Současné oblasti online marketingu očima autora.²⁶

²⁶ Vytvořeno pomocí aplikace coggle.it.

2. HLAVNÍ NÁSTROJE ONLINE MARKETINGU

2.1. SEO A VYHLEDÁVÁNÍ

2.1.1. Historie, vývoj, základní pojmy

Nalezitelnost společností či určitých informací lidé optimalizují (maximalizují) od pradávna. Před obdobím internetu bylo ke snadné nalezitelnosti klíčové fyzické umístění. Proto lidé stavěli města na křižovatkách obchodních cest, chodili se svým zbožím na trh a později otevírali obchody na rušných ulicích v centru města. Vyhledávacími nástroji tak byly jen nohy, oči a uši.²⁷

Společně s růstem populace a hustotou osídlení se zvyšovala i potřeba po efektivnějších vyhledávacích nástrojích. Ty představovaly tištěné katalogy, tématická kategorizace a abecední řazení. V té době společnosti zjišťují, že název společnosti, který je abecedně dříve, je výhodnější než název společnosti, který je abecedně dále. Příkladem může být společnost Apple Computers, která svůj název zvolila tak, aby byla v telefonním seznamu před společností Atari²⁸, a tedy i snáze nalezitelná. I toto je způsob optimalizace. Abecední řazení se posléze přeneslo i do prvních webových katalogů. Prokop uvádí, „že ještě okolo roku 2000 někteří lidé pojmenovávali své firmy stylem AAA Něco, aby byly „na tom internetu“ první“²⁹.

Stále však hovoříme o prehistorii SEO (Search Engine Optimization, obvykle překládáno jako optimalizace pro vyhledávače) v tom smyslu, jak je chápáno v dnešní době. Podle Prokopa³⁰ vymezují začátky SEO tak, jak jej chápeme dnes, tři milníky.

Prvním milníkem je vznik prvních internetových fulltextových vyhledávačů jako např. Alta Vista. Lidé se tyto „hloupé“ vyhledávače pokoušeli ovlivnit již od jejich

²⁷ K tomu srov. PROKOP, Marek. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 9 a násl.

²⁸ K tomu srov. DOSEDĚL, Tomáš. Historie společnosti Apple: Být první v abecedě. [cit. 14.11.2016]. Dostupné z: www.mobinfo.cz.

²⁹ PROKOP, Marek. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 10.

³⁰ PROKOP, Marek. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 10.

počátku. K tomu stačily triviální on-page faktory³¹ typu meta keywords nebo neustálé opakování klíčového slova v textu optimalizované stránky.

Za druhý milník lze považovat linkbuilding³² (budování zpětných odkazů). Ten položil základy moderního SEO úvahou, že čím více je na internetu míst, kde jde na odkaz kliknout, tím pravděpodobněji na něj někdo klikne a návštěvnost cílové stránky tak poroste. Dnes je však linkbuilding využíván převážně z jiného důvodu, a to kvůli algoritmu Googlu. Ten zpětné odkazy využívá pro řazení výsledků vyhledávání (více viz dále).

Třetím milníkem je vznik samotného termínu Search Engine Optimization v roce 1997, a to v návaznosti na aktivity neznámého spammera v síti Usenet, který tam ve velkém měřítku vytvářel právě zpětné odkazy na své weby.

Prvotní SEO (orientované na „hloupé“ vyhledávače) si vystačilo s on-page faktory. Změna nastává v roce 1998 s příchodem vyhledávače Google, který díky aplikaci citačního indexu PageRank do svého algoritmu začíná kvalitu stránek hodnotit i na základě zpětných odkazů (odkazy z „cizích“ webových stránek mířící na cílový web). Hypotéza byla taková, že čím více kvalitních webů na danou stránku odkazuje, tím pravděpodobněji na ní bude umístěn rovněž kvalitní obsah. Problém byl, že nikdo nevěděl, co lidé do vyhledávačů zadávali. S ohledem na skutečnost, že smyslem vyhledávačů je nacházet odpovědi (resp. webové stránky s těmito odpověďmi) na dotazy svých uživatelů, byl to problém zcela zásadní.

S první statistikou vyhledávání přišel GoTo.com (později Overture), který ji měl k dispozici díky nabídce placených odkazů (PPC, neboli Pay Per Click). Tak přišel na svět první nástroj na návrh klíčových slov. Google model PPC okopíroval, inovoval a doplnil svým vlastním nástrojem na návrh klíčových slov a vznikl tak Google AdWords. Tím byly konečně odkryty dotazy, které lidé vyhledávačům pokládali a SEO odborníci se začali dozvídat více o myšlení a chování lidí. Pamětník této doby Prokop

³¹ Jde o faktory technického a obsahového charakteru jako jsou např. výskyt klíčových slov na dané stránce, struktura a sémantika kódu, struktura samotného webu, důsledné využívání tagů <title>, <h1> apod. Zjednodušeně se jedná o prvky, které se vyskytují na webové stránce, jejíž návštěvnost chceme zvýšit (tedy kterou optimalizujeme). Pro zlepšení on-page faktorů tak cílovou stránku nemusíme opouštět.

³² Důležitý off-page faktor, obvykle spojovaný jen se zpětnými odkazy. Tyto zpětné odkazy jsou umístěny na webových stránkách třetích osob a odkazují na webovou stránku linkbuildera.

odhaluje³³, že „ta záplava dotazů, které jsou lidé schopni vymyslet, mě fascinovala, a řekla mi o jejich myšlení a chování mnohem více než cokoli předtím“.

Poslední, historicky významnou kapitolu SEO napsal Google okolo roku 2005 tím, že zavedl personalizaci výsledků vyhledávání. Různí lidé tak začali na stejné dotazy nacházet různé a jinak seřazené výsledky vyhledávání.

Základy moderního SEO tak lze shrnout následovně:

- a) Lidé vyhledávají a ten, kdo webové stránky optimalizuje (SEO optimalizátor či SEO konzultant), musí co nejpřesněji vědět, co tyto lidé hledají, jak to hledají a z jakého důvodu.
- b) Lidé webové stránky hodnotí, a to buď vědomě (zpětnými odkazy, sdílením na Facebooku apod.) nebo nevědomě (tím, jak se na webu chovají - zdali jej ihned opustí či nikoliv, co si prohlížejí, na co klikají apod.), čímž ovlivňují výsledky vyhledávání a tím i budoucí návštěvnost daného webu. Ten, kdo webové stránky optimalizuje, musí toto chování umět ovlivnit.
- c) Stroje vyhledávačů pak pomocí algoritmů všechno lidské chování statisticky vyhodnocují a výsledky vyhledávání seřadí tak, aby co nejlépe odpovídaly tomu, co chtějí lidé konkrétními dotazy nalézt. Ten, kdo webové stránky optimalizuje, pak musí alespoň povšechně tyto algoritmy znát.

Pro právní odpovědnost vyhledávačů je podstatný zdánlivě samozřejmý bod c). Vyhledávač (Google, Seznam, Bing apod.) po zadání konkrétního dotazu uživatele plně zapojí vyhledávací algoritmus. Výsledky vyhledávání jsou tedy vygenerovány zcela automaticky na základě předem stanovených kritérií, bez jakéhokoli zapojení člověka, a to v řádu obvykle desetin sekund. Postavení vyhledávače je ve vztahu k obsahu webových stránek zásadně zcela neutrální, když jeho ústředním zájmem je poskytnout uživateli co nejlepší odpověď.

SEO optimalizátoři tato kritéria, podle nichž jsou vygenerovány výsledky vyhledávání, zčásti znají a webové stránky podle nich optimalizují. Zde je třeba podotknout, že algoritmus Googlu (či jiného vyhledávače) je však sestaven tak, aby

³³ PROKOP, Marek. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 12.

uživateli našel co nejlepší možnou webovou stránku. SEO optimalizace tak zjednodušeně řečeno spočívá mj. ve vytvoření webové stránky, která nejenže odpovídá dotazu uživatele, ale zároveň je nejkvalitnější, nejpřehlednější, nejrychlejší a pro uživatele tak nejpřínosnější.³⁴

Vyhledávače tak velice podstatným způsobem pomáhají lidem v jejich každodenním životě. Ať už jejich dotazy spočívají v čemkoliv, vždy se snaží přijít s co nejlepší odpovědí.

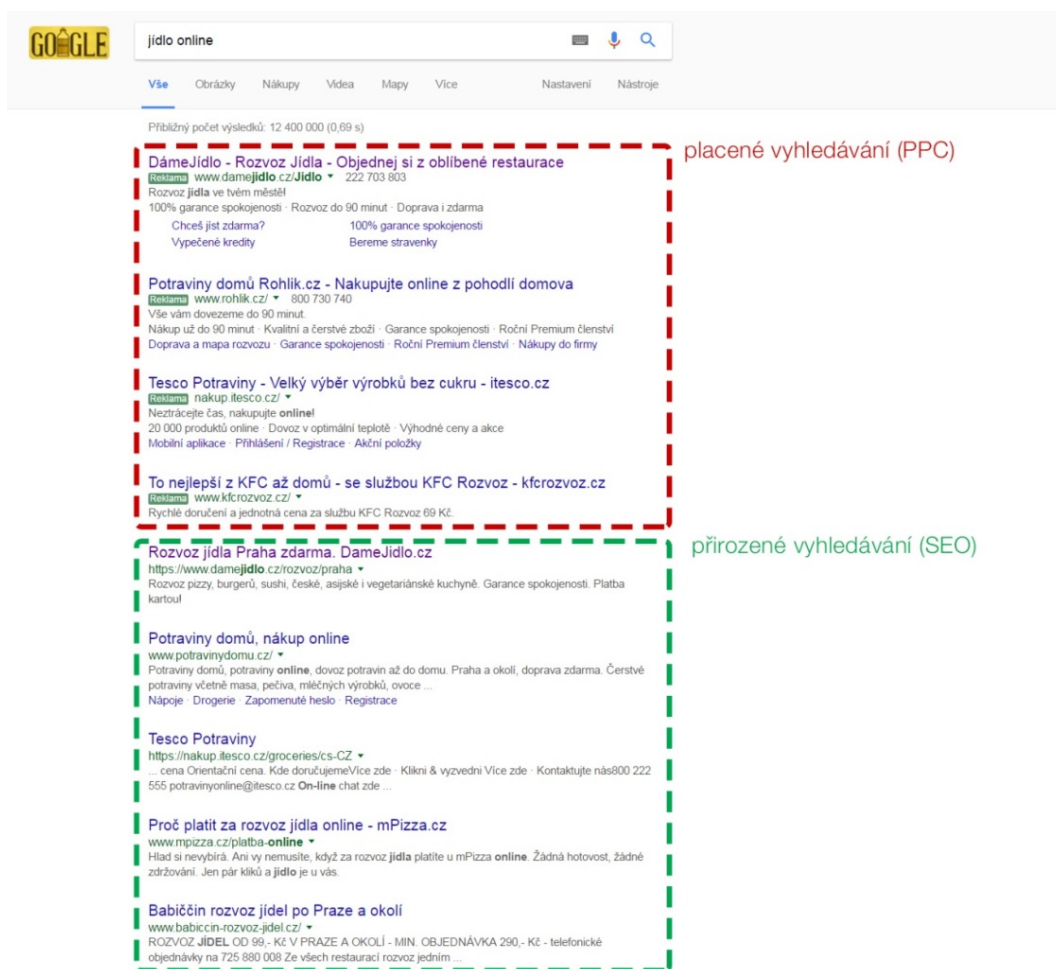
To vše vyhledávače činí jen díky tomu, že dokázaly nalézt fungující obchodní model v reklamě ve vyhledávání založené na principu PPC (Google AdWords, Seznam Sklik apod.). Reklama ve vyhledávání (vzhledem k tomu, že platební metodou této reklamy je placení za proklik, používá se *promiscue* pojmu PPC reklama) ve stručnosti spočívá v tom, že vyhledávač nabízí inzerentům možnost zadat do systému klíčová slova, po jejichž zadání se budou zobrazovat příslušná reklamní sdělení. To je od výsledků přirozeného vyhledávání odlišeno upozorněním, že se jedná o reklamu. Za každý proklik na toto reklamní sdělení zaplatí inzerent určitou peněžní částku. V žádném případě to však neznamená, že jakákoliv takto zadaná reklama bude dále zobrazována bez dalšího. I zde zasahuje algoritmus (stroj), který postupem času vyfiltruje reklamy tak, že upřednostní reklamy, které jsou pro uživatele vyhledávače přínosné, a to i na úkor svého vlastního zisku. Reklamy, které jsou pro uživatele relevantní pak vyhledávač odmění v podobě lepších pozic a nižší ceny za proklik. I v oblasti placené reklamy fungují vyhledávače na bázi zákazník (uživatel) na prvním místě. Z právního hlediska je důležité upozornit na skutečnost, že celý proces není v současné době plně automatizovaný a lidská obsluha do něj zasahuje tím, že reklamy podrobuje kontrole. Právními otázkám s tím spojenými bude věnována pozornost v rámci rozboru rozhodnutí Soudního dvora ve věci Google France.

Největšími zákazníky PPC reklamy se logicky stali právě ti, kdo webové stránky optimalizovali. Je tomu tak z důvodu, že návštěvnost z přirozeného vyhledávání (SEO) je kvalitativně obdobná té z placeného vyhledávání (PPC). A pokud chce někdo vyšší návštěvnost, zpravidla chce tu přirozenou i tu placenou. I proto strategie vyhledávačů

³⁴ S ohledem na skutečnost že na každý dotaz se na internetu nachází nepřehledné množství odpovědí (webových stránek), je třeba dokázat vybrat ty nejkvalitnější z nich.

začíná do jisté míry připomínat Machiavelliho *rozděl a panuj* tím, že méně tají a více vzdělávají.

Pouze pro dokreslení je vhodné uvést, že hlavním zdrojem návštěvnosti webů obecně je obvykle přirozené vyhledávání. Návštěvnost z placeného vyhledávání (PPC a bannerová reklama), ze sociálních sítí, z e-mailingu apod. pak tvoří pouze menšinovou část. Stejně tak je tomu i v případě podílu na konverzích³⁵, kde má obecně vzato největší význam opět přirozené vyhledávání.³⁶



Způsob zobrazení placeného a přirozeného vyhledávání.

Co se samotných optimalizátorů týče, bývají rozdělováni do dvou skupin.

³⁵ Obecně vzato se konverzí rozumí změna z pouhého návštěvníka na zákazníka.

³⁶ DOMES, Martin. INFOGRAFIKA: Zdroje návštěvnosti webů a podíl na konverzích v roce 2015. Publikováno 2.2.2016. [cit. 14.11.2016]. Dostupné z: www.martindomes.cz.

Optimalizátory, které s vyhledávači spolupracují, nazýváme White Hats. Jejich počáteční náklady jsou zpravidla vyšší, výsledek se dostavuje až po delším čase, ale zato je zpravidla dlouhodobý. Metody White Hats SEO jsou zpravidla v souladu se zákonem.

Druhou skupinou jsou pak Back Hats, pro něž jsou charakteristické nižší startovací náklady a rychlý efekt s malou trvanlivostí. Metody Black Hats jsou obvykle obchodně neetické a často i protizákonné. Pro některé projekty však mohou být přesto obchodně výhodnější. Protizákonné metody Black Hats zahrnují spamování diskusí, cybersquatting, typosquatting, parazitování na pověsti a jiné nekalosoutěžní praktiky. K těmto a dalším protizákonným metodám viz kapitola Zakázané praktiky.

SEO je tedy svébytnou oblastí online marketingu, jehož základy jsou od pradávna stále stejné a souvisí s naležitelností a tvorbou kvalitního a oblíbeného obsahu, produktu či služby. Z jiného úhlu pohledu je SEO oborem dynamickým, neboť metody, které byly před pár lety v pořádku, jsou nyní označovány za Black Hat SEO a metody, které před pár lety mohly přinášet dobré výsledky, již dnes vůbec nefungují.³⁷ Příkladem může být odklon od automatických e-mailů, které již nepřinášejí obchodní výsledky a naopak důraz (snad i s ohledem na neosobnost dnešní doby) na vztah klienta a zákazníka.

2.1.2. Právní otázky spojené s vyhledávači

Pro oblast internetového vyhledávání je příznačné dominantní postavení jednoho subjektu – Googlu, čímž vyvstává právní otázka týkající se zneužití tohoto postavení. Česká republika se na rozdíl od většiny světa může pyšnit domácím vyhledávačem Seznam.cz, který je do jisté míry Googlu schopen na místní úrovni konkurovat³⁸. Podíl vyhledávače Seznam.cz je však dlouhodobě klesavý a v roce 2016 se propadl na zhruba 30%³⁹.

³⁷ UNGR, Pavel. In: *Online marketing, současné trendy očima předních expertů*. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 17 a násl.

³⁸ Pouze dva další státy mají silný domácí vyhledávač schopný konkurovat Googlu. Jsou jimi Čína (Baidu) a Rusko (Yandex). K tomu srov. DOMES, Martin. Google vs Seznam: Jaký je podíl vyhledávačů v roce 2016. [cit. 14.11.2016]. Dostupné z: www.martindomes.cz.

³⁹ DOMES, Martin. Google vs Seznam: Jaký je podíl vyhledávačů v roce 2016. Publikováno 27.9.2016. [cit. 14.11.2016]. Dostupné z: www.martindomes.cz.

Vedle dominantního postavení vyhledávače Google jsou právně relevantní rovněž otázky spojené s ochranou duševního a průmyslového vlastnictví, jakož i právní otázky ve vztahu k ochraně osobních údajů a práva na soukromí. Nelze opominout ani otázku odpovědnosti vyhledávačů za poskytování odkazů na protiprávní obsah.

2.1.2.1. Ochrana duševního a průmyslového vlastnictví a pojednání o odpovědnosti vyhledávačů

Stejně tak jako je duševní a průmyslové vlastnictví porušováno v hmatatelném světě, je porušováno i na internetu. Zatímco bránou k takovýmto produktům ve „skutečném“ světě jsou obvykle místní tržiště, popř. ve velkém měřítku např. Čínská lidová republika, na internetu je tou hlavní vstupní bránou vyhledávač Google.

Pro pojednání o odpovědnosti vyhledávačů (zejména Googlu) za zpřístupnění obsahu, který porušuje duševní a průmyslové vlastnictví, můžeme vyjít z již vydaných rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie. Za neduh těchto rozhodnutí může být považována skutečnost, že Soudní dvůr příliš nerespektuje terminologii používanou v praxi, což ztěžuje jejich srozumitelnost.

2.1.2.1.1. Louis Vuitton a další proti Google France

Toto klíčové a argumentačně nejbohatší rozhodnutí k dané otázce vynesl Velký senát Soudního dvora Evropské unie v právní věci žalobců Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SARL a dalších proti francouzské společnosti Google France SARL (dceřinná společnost Google Inc.).⁴⁰

Skutkovým základem bylo mj. zjištění společnosti Louis Vuitton, že při zadání jejího názvu (chráněného ochrannou známkou) do vyhledávače Google se objevovaly placené odkazy (PPC reklama) na stránky prodejců, kteří nabízeli napodobeniny jejích výrobků. Společnost Google rovněž umožnila zadání slovních spojení Louis Vuitton a slov „imitace“ (imitation) či „napodobenina“ (replica) jako klíčových slov do inzertního systému Google AdWords⁴¹.

⁴⁰ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 23.3.2010 ve spojených věcech sp. zn. C-236/08 až C-238/08.

⁴¹ Z autorovi neznámých důvodů definoval Soudní dvůr službu Google AdWords jako jakéhosi „poskytovatele optimalizace pro vyhledávače“ a tento pojem napříč rozsudkem používal. Vrátime-li se k základním pojmům, optimalizace pro vyhledávače odpovídá pojmu SEO (Search Engine Optimization)

Vzhledem k tomu, že základním právem vlastníka ochranné známky dle unijních⁴² i národních⁴³ předpisů je domáhat se vůči třetím osobám zákazu užívání stejného nebo obdobného označení pro stejné nebo obdobné výrobky a služby v obchodním styku, vyvozovali žalobci odpovědnost Googlu právě za porušování práv k ochranným známkám. Pro úplnost je vhodné dodat, že uvedené právo vlastníka domáhat se zákazu užívání chráněného značení⁴⁴ není dáno v případě, kdy je dán některý z důvodů omezení práv vlastníka ochranné známky (tzv. výjimky z ochrany⁴⁵).

Klíčovou právní otázkou je, zdali Google tím, že umožňuje vložit ochranné označení do plně automatizovaného systému AdWords, vůbec toto ochranné označení užívá. Pokud totiž Google ochranné označení neužívá, k porušování práv k ochranným známkám docházet nemůže, protože se vůči němu ani nelze domáhat právní ochrany přímo.

Uvedená právní otázka je spojena zejména s interpretací čl. 9 odst. 1 nařízení o ochranné známce Společenství, ve kterém je uvedeno, že *Z ochranné známky Společenství vzniká jejímu majiteli výlučné právo. Majitel je oprávněn zakázat všem třetím stranám užívat bez jeho souhlasu v obchodním styku:*

- a) *označení totožné s ochrannou známkou Společenství pro výrobky nebo služby, které jsou totožné s těmi, pro které je ochranná známka Společenství zapsána;*

a souvisí s přirozenou návštěvností, nikoliv s placenou reklamou (kterou představuje mj. služba Google AdWords v podobě PPC reklamy, v tomto rozsudku rozebíraná). Za poskytovatele optimalizace pro vyhledávače lze považovat např. SEO konzultanty, kteří webové stránky optimalizují tak, aby se ve vyhledávacích zobrazovaly na lepších pozicích. Proto je terminologie Soudního dvora matoucí.

⁴² Nařízení o ochranné známce Společenství.

⁴³ Zákon o ochranných známkách.

⁴⁴ A náhrady škody, které neoprávněným užíváním vznikla.

⁴⁵ Ustanovení čl. 12 a 13 nařízení o ochranné známce Společenství (obdobně platí i pro národní ochranné známky dle §§ 10 a 11 zákona o ochranných známkách) uvedené právo vlastníků ochranných známek vůči třetím osobám omezují. Konkrétně čl. 12 nařízení o ochranné známce Společenství uvádí, že *Ochranná známka Společenství neopravňuje majitele, aby zakázal třetí straně používat v obchodním styku: a) jeho jméno nebo adresu; b) údaje týkající se druhu, jakosti, množství, účelu, hodnoty, zeměpisného původu, doby výroby výrobku nebo poskytnutí služby nebo jiných jejích vlastností; c) ochrannou známku, je-li to nezbytné k označení účelu výrobku nebo služby, zejména u příslušenství nebo náhradních dílů.* To vše platí, „pokud je toto užívání v souladu s poctivými zvyky v průmyslu a obchodě.“ Stejně omezení platí i v případě, kdy ve vztahu ke konkrétním kusům zboží došlo k vyčerpání práv z ochranné známky jejich prvním uvedením na trh v Evropské unii (srov. čl. 13 nařízení o ochranné známce Společenství).

- b) *označení, u něhož z důvodu jeho totožnosti nebo podobnosti s ochrannou známkou Společenství a totožnosti nebo podobnosti výrobků nebo služeb označených ochrannou známkou Společenství a označením existuje nebezpečí záměny u veřejnosti včetně nebezpečí asociace mezi označením a ochrannou známkou;*
- c) *označení totožné s ochrannou známkou Společenství nebo jí podobné pro výrobky nebo služby, které nejsou podobné těm, pro které je ochranná známkou Společenství zapsána, pokud jde o ochrannou známkou, která má v rámci Společenství dobré jméno a pokud by užívání tohoto označení bez řádného důvodu neprávem těžilo z rozlišovací způsobilosti nebo dobrého jména ochranné známky Společenství nebo jim bylo na újmu.*

Po dlouhých a vyčerpávajících právních úvahách dochází Soudní dvůr k závěru, že Google prostřednictvím reklamního systému AdWords umožňuje svým zákazníkům (tj. inzerentům) užívat označení totožná nebo podobná s ochrannými známkami, aniž by však sám uvedená označení užíval. K tomu soud dodává, že „Tento závěr nevyvrací skutečnost, že uvedený poskytovatel za užívání uvedených označení dostává od svých zákazníků odměnu. Skutečnost, že jsou vytvořeny technické podmínky nezbytné k užívání označení a že je za tuto službu poskytována odměna, totiž neznamená, že ten, kdo tuto službu poskytuje, uvedené označení sám užívá.“⁴⁶ Google tedy podle Soudního dvora není přímo odpovědný za případnou protiprávní povahu užití klíčových slov.

Soud totiž v obecné rovině uzavřel⁴⁷, že Google je ve vztahu k inzertnímu systému AdWords pouhým poskytovatelem zprostředkovatelských služeb ve smyslu čl. 14 směrnice o elektronickém obchodu, díky čemuž se na něj vztahuje omezená odpovědnost podle směrnice o elektronickém obchodu, která jinak tradičně dopadá zejména, nikoliv však výlučně, na hostingové servery (proto hovoříme o tzv. odpovědnosti typu hosting). Rysy Google AdWords jakožto poskytovatele zprostředkovatelských služeb jsou pak konkrétně podle Soudního dvora následující:

⁴⁶ Viz bod č. 57 předmětného rozhodnutí.

⁴⁷ Viz bod č. 106 a násl. předmětného rozhodnutí.

- Google AdWords přenáší informace (tedy reklamu, tj. nadpis, popis a odkaz) zadané ze strany inzerenta na komunikační síť přístupnou pro uživatele internetu a uchovává je (tzn. ukládá na svůj server data, která jsou představována reklamou inzerenta)⁴⁸
- činnost Google AdWords (poskytovatele zprostředkovatelských služeb) má čistě technickou, automatickou a pasivní podobu (v tomto rozsahu je jeho činnost neutrální), což znamená, že Google AdWords nezná ani nekontroluje přenášené či ukládané informace⁴⁹.

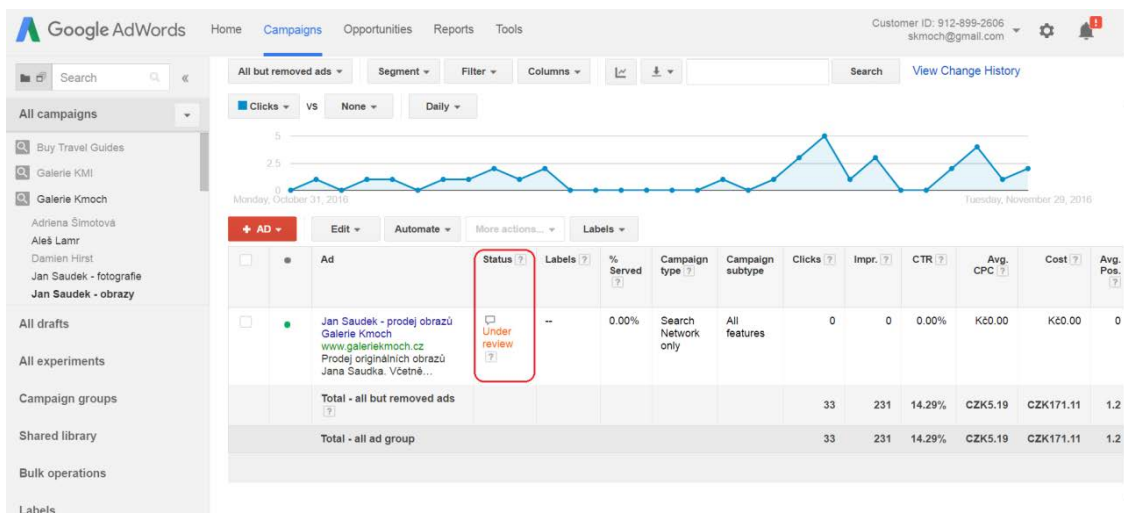
Díky subsumpci pod poskytovatele zprostředkovatelských služeb nese Google ve vztahu k systému AdWords omezenou odpovědnost, podle které může za obsah uložený inzerenty (včetně klíčových slov) odpovídat až od okamžiku, kdy se o jeho protiprávnosti dozví a následně jej neprodleně neodstraní nebo k němu neznemožní přístup. Je však třeba si uvědomit, že dané rozhodnutí je z roku 2010 a v době psaní této práce v něm uvedený závěr nelze ve všech případech použít (viz další odstavec).

Jiná situace (jejímž důsledkem by byla nemožnost použití omezené odpovědnosti) by však dle soudu nastala, kdyby Google začal ve vztahu ke službě AdWords hrát aktivní roli takové povahy, že by bylo možné konstatovat, že uložená data zná nebo kontroluje.⁵⁰ V současné době se lze (přínejmenším v mnoha případech) přiklonit právě k tomuto závěru. Google se totiž ze své výhodné právní pozice (odpovědnost typu hosting) z autorovi neznámých důvodů vymanil tím, že v mnoha případech přestal hrát ve vztahu k inzertnímu systému Google AdWords čistě technickou, automatickou a pasivní podobu. K tomu došlo v důsledku skutečnosti, že Google (dle jeho vyjádření pouze některé) reklamy zadané do systému Google AdWords aktivně přezkoumává, což znamená, že reklamy do tohoto systému ukládané zná. Tím přestává hrát čistě technickou, automatickou a pasivní roli (viz následující obrázek).

⁴⁸ Viz čl. 14 směrnice o elektronickém obchodu.

⁴⁹ Viz bod č. 42 směrnice o elektronickém obchodu.

⁵⁰ Viz bod č. 120 předmětného rozhodnutí ve věci Google France.



print screen autora této práce ze systému Google AdWords ze dne 30. listopadu 2016

Co má Google zvýrazněným „Under review“ (probíhá kontrola) na mysli pak přibližuje ve své nápovědě (viz obrázek níže). Z té je patrné, že reklamy jsou přezkoumávány ze strany člověka a nikoliv strojem. To je však zřejmé i z toho, že kontrola trvá „obvykle 1 pracovní den“ (stroj by reklamu zkontroloval v řádu sekund, nanejvýš několika málo minut).

The screenshot shows a help page from Google AdWords. The URL is <https://support.google.com/adwords/answer/99486>. The page title is 'Under review: Definition'. The content explains that a status is given to ads that can't run until Google reviews them (usually within 1 business day). It lists 'What it means', 'Affected ads', and 'What you can do'. A sidebar on the right contains a 'Help' menu with various links.

Under review: Definition

A status given to ads that can't run until Google reviews them (usually within 1 business day). If we find that an ad follows our policies, it can start running.

- What it means:** "Under review" ads can't run anywhere until they're reviewed and approved because they need a closer look to make sure that they follow our policies. When you create or edit an ad, Google reviews the ad to make sure that it complies with our [advertising policies](#) and is safe and appropriate.
- Affected ads:** Some types of ads will automatically be marked "under review" at first, including these:
 - image and video ads
 - ads in campaigns that only target Google Network partner sites
 - text ads that seem to relate to a product policy like gambling or alcohol
Remember, an "under review" ad doesn't necessarily mean that it violates our policies. If we review it and find no problems, your ad will be able to start running.
- What you can do:** Your ad is already in line to be reviewed, so you'll need to wait until that review is done. We review most ads within 1 business day, though some more complex reviews may take longer. If your ad is under review for more than 1 full business day, feel free to [contact us](#) and we'll be happy to help you.

Help

- Account budget
- Active View
- Actual cost-per-click (CPC): Definition
- Ad delivery options
- Ad extensions
- Ad formats
- Ad group default bids
- Ad group: Definition
- Ad position
- Ad Preview and Diagnosis tool
- Ad Rank
- Ad relevance

print screen autora této práce z nápovědy ke Google AdWords ze dne 30. listopadu 2016

Ač společnost Google ve své nápovědě uvádí, že přezkoumává pouze některé reklamy (viz obrázek výše u bodu „Affected ads“), dle zkušenosti autora této práce tak v praxi činí u všech reklam zadaných do inzertního systému AdWords⁵¹.

Závěru vyřčenému v rozebíraném rozhodnutí, že Google je ve vztahu ke službě AdWords poskytovatelem zprostředkovatelských služeb ve smyslu čl. 14 směrnice o elektronickém obchodu, díky čemuž se na něj vztahuje omezená odpovědnost podle směrnice o elektronickém obchodu (tzv. odpovědnost typu hosting), tak nelze za současné situace přisvědčit.

Z důvodu aktivního přezkoumávání reklam ze strany společnosti Google se naopak stává použitelný, v době své formulace pouze hypotetický, právní závěr Soudního dvora Evropské unie, že pravidlo zakotvené v čl. 14 směrnice o elektronickém obchodu se na Google v případě, kdy přestane hrát ve vztahu k obsahu ukládaných reklam pasivní roli, již nemůže vztahovat.⁵² Důsledkem toho je, že Google za obsah reklamy ukládané inzerenty do inzertního systému odpovídá přímo (tzn. že je uživatelem v reklamě použitých ochranných známek třetích osob), čímž se v případě protiprávního obsahu reklam ukládaných do systému Google AdWords stává subjektem pasivně legitimovaným.

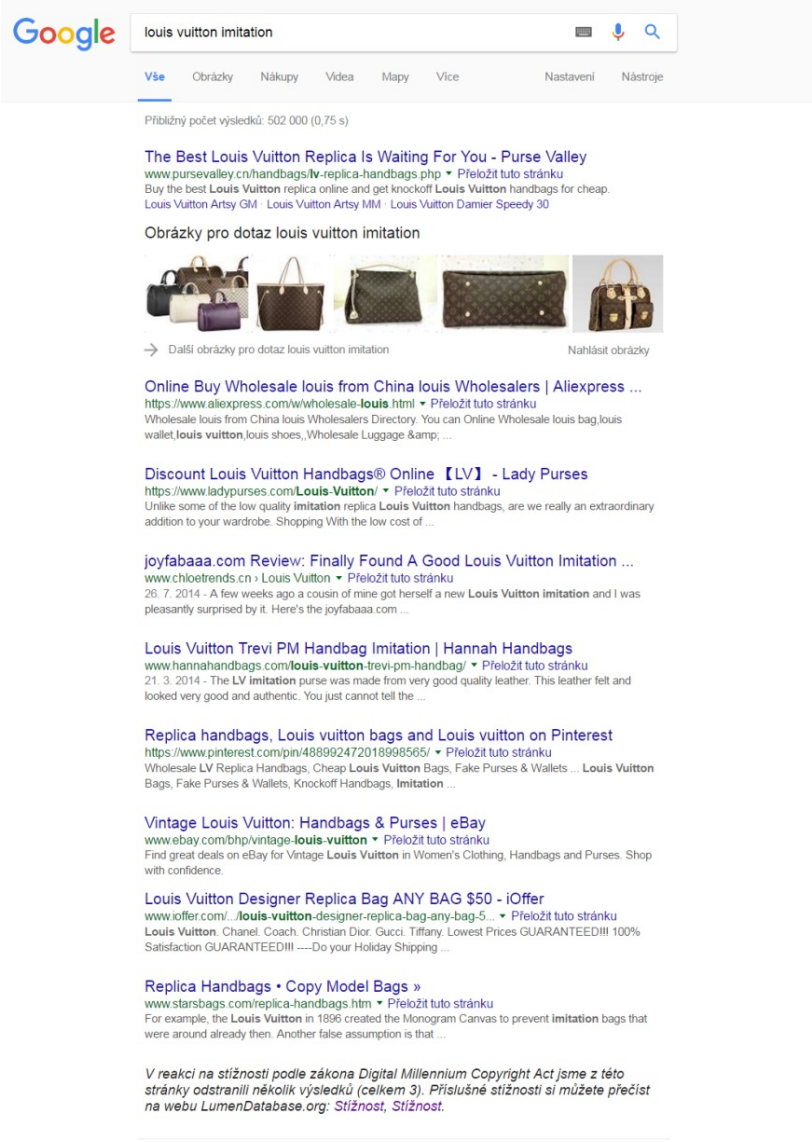
Co se samotných inzerentů týče, Soudní dvůr v rozebíraném rozhodnutí potvrdil, že tito ochrannou známku užívají, a to i kdyby ji použili „pouze“ jako klíčové slovo. Proto inzerenti odpovídají za znění reklamního sdělení, jakož i za případnou protiprávní povahu užití klíčových slov, přímo. Tím, jaké musí užití klíčových slov být, aby mělo protiprávní povahu, se Soudní dvůr rovněž v tomto rozhodnutí zabýval. Podstatně větší pozornost však této otázce věnoval v navazujících rozhodnutích, která budou i s ohledem na bližší tématickou příbuznost rozebrána v kapitole věnované reklamě ve vyhledávání (PPC reklamě).

⁵¹ Tzn. že reklamy, které nespádaly do žádné z kategorie přezkoumávaných (kontrolovaných) reklam, byly přesto ze strany Googlu přezkoumávány.

⁵² K tomu srov. bod č. 120 rozhodnutí Google France, ve kterém soud uvádí, že ... *článek 14 směrnice 2000/31 musí být vykládán v tom smyslu, že se pravidlo v něm uvedené použije na poskytovatele optimalizace pro vyhledávače na internetu, jestliže tento poskytovatel nehrál aktivní roli takové povahy, že by bylo možné konstatovat, že uložená data zná nebo kontroluje.*

Lze shrnout, že odpovědnost za znění reklamního sdělení a za jeho případnou protiprávní povahu (včetně užití klíčových slov) v současné době nese jak Google, tak i samotní inzerenti.

Smysl žalob na provozovatele inzertních systémů typu AdWords (Google, Seznam apod.) je však často spekulativní. Pro názornou ukázkou se lze zaměřit na žalobce Louis Vuitton a poukázat na podobu výsledků Googlu při hledání padělaného zboží Louis Vuitton po více jak šesti letech. K tomu srov. obrázek níže.



The screenshot shows a Google search interface with the query "louis vuitton imitation". The search results include several links to websites selling replica handbags, such as "The Best Louis Vuitton Replica Is Waiting For You - Purse Valley", "Online Buy Wholesale louis from China louis Wholesalers | Aliexpress", "Discount Louis Vuitton Handbags® Online 【LV】 - Lady Purses", "joyfabaaa.com Review: Finally Found A Good Louis Vuitton Imitation", "Louis Vuitton Trevi PM Handbag Imitation | Hannah Handbags", "Replica handbags, Louis vuitton bags and Louis vuitton on Pinterest", "Vintage Louis Vuitton: Handbags & Purses | eBay", and "Louis Vuitton Designer Replica Bag ANY BAG \$50 - iOffer". There is also an "Obrázky pro dotaz louis vuitton imitation" section showing several images of replica handbags. At the bottom, there is a "Goooooooooogle" logo and a "Další" button.

Přibližný počet výsledků: 502 000 (0,75 s)

The Best Louis Vuitton Replica Is Waiting For You - Purse Valley
www.pursevalley.cn/handbags/lv-replica-handbags.php • Přeložit tuto stránku
Buy the best Louis Vuitton replica online and get knockoff Louis Vuitton handbags for cheap.
Louis Vuitton Artsy GM - Louis Vuitton Artsy MM - Louis Vuitton Damier Speedy 30

Obrázky pro dotaz louis vuitton imitation

→ Další obrázky pro dotaz louis vuitton imitation Nahlásit obrázky

Online Buy Wholesale louis from China louis Wholesalers | Aliexpress ...
<https://www.aliexpress.com/w/wholesale-louis.html> • Přeložit tuto stránku
Wholesale louis from China louis Wholesalers Directory. You can Online Wholesale louis bag,louis wallet,louis vuitton,louis shoes, Wholesale Luggage & amp; ...

Discount Louis Vuitton Handbags® Online 【LV】 - Lady Purses
<https://www.ladypurses.com/Louis-Vuitton/> • Přeložit tuto stránku
Unlike some of the low quality imitation replica Louis Vuitton handbags, are we really an extraordinary addition to your wardrobe. Shopping With the low cost of ...

joyfabaaa.com Review: Finally Found A Good Louis Vuitton Imitation ...
www.chioetrends.cn • Louis Vuitton • Přeložit tuto stránku
26. 7. 2014 - A few weeks ago a cousin of mine got herself a new Louis Vuitton imitation and I was pleasantly surprised by it. Here's the joyfabaaa.com ...

Louis Vuitton Trevi PM Handbag Imitation | Hannah Handbags
www.hannahandbags.com/louis-vuitton-trevi-pm-handbag/ • Přeložit tuto stránku
21. 3. 2014 - The LV imitation purse was made from very good quality leather. This leather felt and looked very good and authentic. You just cannot tell the ...

Replica handbags, Louis vuitton bags and Louis vuitton on Pinterest
<https://www.pinterest.com/pin/488992472018998565/> • Přeložit tuto stránku
Wholesale LV Replica Handbags, Cheap Louis Vuitton Bags, Fake Purses & Wallets... Louis Vuitton Bags, Fake Purses & Wallets, Knockoff Handbags, Imitation ...

Vintage Louis Vuitton: Handbags & Purses | eBay
www.ebay.com/bhp/vintage-louis-vuitton • Přeložit tuto stránku
Find great deals on eBay for Vintage Louis Vuitton in Women's Clothing, Handbags and Purses. Shop with confidence.

Louis Vuitton Designer Replica Bag ANY BAG \$50 - iOffer
www.ioffer.com/ • louis-vuitton-designer-replica-bag-any-bag-50... • Přeložit tuto stránku
Louis Vuitton. Chanel. Coach. Christian Dior. Gucci. Tiffany. Lowest Prices GUARANTEED!!! 100% Satisfaction GUARANTEED!!! ----Do your Holiday Shipping ...

Replica Handbags • Copy Model Bags »
www.starsbags.com/replica-handbags.htm • Přeložit tuto stránku
For example, the Louis Vuitton in 1896 created the monogram Canvas to prevent imitation bags that were around already then. Another false assumption is that ...

V reakci na stížnosti podle zákona Digital Millennium Copyright Act jsme z této stránky odstranili několik výsledků (celkem 3). Příslušné stížnosti si můžete přečíst na webu LumenDatabase.org: Stížnost, Stížnost.

Goooooooooogle >
1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Další

Společnost Louis Vuitton tedy „uspěla“ v té části, když investovala finanční prostředky a energii do toho, aby byly placené odkazy na stránky prodejců, kteří nabízeli napodobeniny jejích výrobků, odstraněny. S ohledem na skutečnost, že výsledky přirozeného vyhledávání tím nebyly prakticky nijak dotčeny⁵³ (viz obrázek na předchozí straně), se společnost do určité míry situuje do role rytíře Dona Quijota. Dohledatelnost prodejců s napodobeninami zboží Louis Vuitton totiž nebyla prakticky ovlivněna. Autor této práce s ohledem na nedostatek exaktních dat (statistiky hledanosti nežádoucích klíčových slov před a po soudním sporu) navíc spekuluje, že žaloba mohla mít spíše tzv. efekt Barbary Streisandové⁵⁴. Díky medializaci případu⁵⁵ byla totiž důsledkem podání žaloby mezi veřejnost rozšířena informace, že padělané zboží značky Louis Vuitton je skrze vyhledávání Googlu snadno dohledatelné.

Podáním žaloby jmenovitě společnost Louis Vuitton na jednu stranu sice udělala padělatelům jejího zboží bezplatnou reklamu, na druhou stranu jim ale dala najevo, že své označení skutečně chrání. Zvážení pro a proti podobných žalob již však není otázkou charakteru právního, ale spíše obchodního.

Je důležité si uvědomit, že rozebírané rozhodnutí soudu věnuje pozornost pouze placené reklamě poskytované prostřednictvím služby Google AdWords a nikoliv přirozenému vyhledávání, jehož výsledky jsou ovlivnitelné SEO optimalizací. Závěry v případě přirozeného vyhledávání by musely být odlišné. Mališ k tomu uvádí⁵⁶, že „Provozovatele vyhledávacích služeb však nelze ve vztahu k jím poskytovaným výsledkům považovat za poskytovatele služby spočívající v ukládání cizího obsahu (hosting), neboť tyto odkazy (výsledky vyhledávání) vyhledávač přímo generuje. Tudiž

⁵³ Přestože jsou zde patrné snahy i o ovlivňování výsledků přirozeného vyhledávání stížnostmi podanými na společnost Google podle DMCA (Digital Millennium Copyright Act), je jejich důsledkem pouze to, že padělatelé přesunou své webové stránky na jiné doménové jméno. Efekt tak spočívá pouze ve vyslání zprávy padělatelům, že jsou zde pokusy o ochranu značky.

⁵⁴ Efekt Barbary Streisandové je sociální fenomén, při němž pokus o skrytí či odebrání nějaké informace vede v důsledku aktivity dotčeného subjektu (např. podání žaloby) k opačnému výsledku, tj. k jejímu rozšíření. Dnes je tento účinek spojován obvykle s rozšířením informací na Internetu. Více viz např. SPOUSTA, Jan. Efekt Streisandové. Publikováno v roce 2012. [cit. 15.11.2016]. Dostupné z www.getsemany.cz.

⁵⁵ K tomu srov. např. SWENEY, Mark. The Guardian: Google wins Louis Vuitton trademark case. Publikováno dne 23. března 2010. [cit. 15.11.2016]. Dostupné z www.theguardian.com.

⁵⁶ MALIŠ, Petr. In: JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 317.

se nemůže provozovatel vyhledávacích služeb dovolávat výjimky z odpovědnosti, která se vtaňuje na poskytovatele služeb typu hosting.“ Pouze z technického hlediska lze upřesnit, že informace zobrazované ve výsledcích vyhledávání jsou z důvodu rychlejšího zobrazení výsledků vyhledávání ukládána do indexu (např. Google Index). Při zadání dotazu ze strany uživatele proto vyhledávač neprohledává celý Internet, ale pouze tento index, což je nesrovnatelně rychlejší. Pokud není daná stránka do indexu uložena, vyhledávač ji vůbec nezobrazí⁵⁷. Konkrétně index Googlu pak obsahuje přes sto milionů gigabytů dat, která pravidelně aktualizuje tzv. crawlováním⁵⁸. Je tedy sice pravdou, že vyhledávače odkazy generují, nikoliv však již přímo, jak uvádí Mališ. Vyhledávače totiž výsledky vyhledávání negenerují přímo z Internetu, nýbrž z dat, které si uloží do svého indexu.⁵⁹ Navíc tyto informace (data) jsou často ukládány (přenášeny) na žádost samotného uživatele⁶⁰. Důvodem nemožnosti subsumpce provozovatele vyhledávače typu Google pod poskytovatele služby za ukládání obsahu informací poskytovaných uživatelem ve smyslu § 5 zákona o některých službách informační společnosti, je pak dle autora skutečnost, že ve vztahu k subjektu, který není za generování výsledků přirozeného vyhledávání obecně odpovědným (viz dále), nelze o výjimce z této odpovědnosti uvažovat.

Provozovatele vyhledávacích služeb typu Google pak nelze obecně činit odpovědnými za poskytnutí odkazu na protiprávní obsah z důvodu naprosté absence technické možnosti kontroly procesu vyhledávání a poskytování odkazu. Mališ k tomu dále uvádí⁶¹, že „Jestliže lze vést polemiku o tom, zda je poskytovatel jednotlivého odkazu nebo provozovatel katalogu povinen kontrolovat obsah odkazovaného

⁵⁷ Proto ani nelze hovořit o tom, že vyhledávače prohledávají celý internet. Vyhledávače prohledávají jen tu část internetu, kterou mají uloženou v indexu. Na webové stránce je pak možno do kódu umístit příkaz robotovi, aby stránku neindexoval. K tomu srov. TICHÝ, Jan. Robots.txt neslouží k zákazu indexace stránek. Publikováno 27.1.2015. [cit. 15.11.2016]. Dostupné z blog.medio.cz.

⁵⁸ Crawlováním robot (stroj) příslušného vyhledávače prochází Internet a ty nejdůležitější informace dále stahuje do indexu.

⁵⁹ K tomu srov. Google.com: HOW SEARCH WORKS From algorithms to answers. [cit. 15.11.2016]. Dostupné z www.google.com.

⁶⁰ Googlu, resp. jeho stroji, lze totiž přikázat, aby stránku prohlédl a indexoval (tzn. aby ji uložil do svého indexu). Díky tomu se začne zobrazovat ve výsledcích vyhledávání. Prokazatelnost ze strany Googlu, že zde tato žádost byla podána, se však jeví jako nesmírně obtížná, ne-li nemožná.

⁶¹ MALIŠ, Petr. In: JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. *Internetové právo*. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 317.

materiálu, zde je zcela nepochybné, že provozovatel fulltextového vyhledávače tuto povinnost nemá, a ani mít nemůže.“ V tomto ohledu nemohou být použitelné ani právní závěry vyřknuté Soudním dvorem Evropské unie ve věci GS Media BV⁶², neboť role fulltextových vyhledávačů ve vztahu k odkazům jimi generovanými je čistě pasivní a automatická, a proto nelze hovořit o „sdělování veřejnosti“⁶³ ve smyslu čl. 3 odst. 1 směrnice 2001/29/ES⁶⁴.

2.1.2.1.2. Rozhodnutí navazující na rozhodnutí ve věci Google France

Na rozhodnutí ve věci Google France argumentačně navazuje řada dalších rozhodnutí, která v něm vyslovené závěry potvrzují. Právní názor vyřčený v rozhodnutí ve věci Google France týkající se internetových vyhledávačů lze tedy považovat za ustálený.

Vzhledem k tomu, že Soudní dvůr podstatně omezil odpovědnost Googlu (a tím i většiny dalších vyhledávačů), týkají se následné spory již přímo inzerentů, kteří za znění reklamního sdělení, jakož i případnou protiprávní povahu užití klíčových slov, odpovídají přímo. Proto lze hovořit o navazujících rozhodnutích, o kterých bude pojednáno v kapitole věnované reklamě ve vyhledávání (PPC reklamě), a to právě z důvodu, že je v nich podrobně rozebrána otázka odpovědnosti inzerentů PPC reklamy, nikoliv již odpovědnosti vyhledávačů.

2.1.2.2. Další právní otázky spojené s vyhledávači

Mezi další právní otázky spojené s vyhledávači patří:

- (a) ochrana osobních údajů a tzv. právo být zapomenut⁶⁵,

⁶² Viz rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 8. září 2016, sp. zn. C-160/15.

⁶³ K tomu srov. bod č. 29 a násl., zejména však bod č. 35 rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 8. září 2016, sp. zn. C-160/15 (GS Media BV).

⁶⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/29/ES ze dne 22. května 2001 o harmonizaci určitých aspektů autorského práva a práv s ním souvisejících v informační společnosti.

⁶⁵ Klíčovým rozhodnutím v této oblasti je rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 14.5.2014, sp. zn. C-131/12, v právní věci Google Spain SL a Google Inc. proti Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a Narui Cistahe Gonzáles. Závěry Soudního dvora byly takové, že vyhledávač (v tomto případě Google) je správcem osobních údajů a že subjekt údajů má nárok požadovat po tomto vyhledávači (resp. jeho provozovateli) odstranění takových informací z výsledků vyhledávání, které zahrnují jeho osobní údaje a jejichž zpracování (tj. zejména zpřístupňování třetím osobám) je nepřiměřené s ohledem na původní účel, pro který byly tyto údaje zpracovávány. Soud v uvedeném rozhodnutí poměřoval právo subjektu údajů na odstranění těchto informací s právem veřejnosti na svobodný přístup k nim a v tomto případě se přiklonil právě k právu subjektu údajů. Práva přiznaná tímto

(b) dominantní postavení Googlu v kontextu ochrany hospodářské soutěže⁶⁶.

Vzhledem k tomu, že tyto otázky jsou pro oblast internetového marketingu okrajové a dotýkají se jí pouze nepřímo, nebude jim v této práci věnována větší pozornost. Více k daným otázkám je proto uvedeno pouze v poznámkách pod čarou.

2.2. PLACENÁ REKLAMA NA INTERNETU

2.2.1. Historická geneze, smysl a význam

Svět internetové reklamy se stále vyvíjí. Nejdříve inzerenti platili za umístění (pay per placement), poté za zobrazení (pay per thousand) a nyní obvykle platí za proklik (pay per click) nebo za akci (pay per action). Novým trendem současnosti je nákup publik - namísto koupě prokliku (PPC) je již možné nakoupit návštěvu uživatele, jehož profil inzerentovi vyhovuje (např. muž ve věku 18-25 let, který se vyskytuje v Praze, jehož zájmy tvoří moderní technologie apod.).⁶⁷

Ač Google v počátcích placené reklamy v online prostředí nefiguroval, lze za významný milník v placené reklamě považovat rok 2000. V tomto roce totiž společnost Google představila reklamní systém Google AdWords, který umožnil inzerentům v té době nový model platby – pay per click (PPC), tedy platbu za proklik. Součástí reklamního systému se od počátku stává revoluční systém aukce. Reklamy inzerentů vstupují do aukce, ve které se hodnotí nejen nabízená cena, ale i kvalita inzerátu, klíčového slova a cílové stránky. To umožnilo kvalitním reklamám (posuzováno očima uživatele vyhledávače Google) s nižší nabídkou předstihnout nekvalitní reklamu konkurenta s vyšší cenovou nabídkou. Oproti prostému koupení reklamní plochy to byl

rozsudkem jsou pak označována jako tzv. právo být zapomenut. Schválené obecné nařízení o ochraně osobních údajů pak upravuje právo subjektu osobních údajů být zapomenut explicitně a poměrně rozsáhle.

⁶⁶ V současné době vede Evropská Komise řízení se společností Google právě ve věci zneužití dominantního postavení. Podle prohlášení o námitkách (procesní úkon Komise v řízení) společnost Google zvýhodňovala svoji službu cenového vyhledávače Google Shopping před službami konkurenčními. Zároveň Komise Googlu vytkla i praktiky při zavádění mobilního operačního systému Android a služeb s ním souvisejících. Zásadním argumentem Googlu proti tvrzením Komise je poukaz na razantní ekonomický i technologický růst cenových vyhledávačů v době, kdy se měl Google vytýkaného jednání dopouštět, což není pro segmenty svázané dominantním postavením jednoho subjektu porušujícího pravidla hospodářské soutěže charakteristické. Konečné rozhodnutí zatím Komise nevydala.

⁶⁷ KOUKALOVÁ, Věra. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 41 a násl.

ve své době velký krok vpřed. V českém prostředí byla řada podobných projektů, které však nakonec svoji činnost ukončily⁶⁸. Výjimkou se stal inzertní systém Sklik společnosti Seznam, a.s. Ten vznikl v roce 2006 a dodnes je jediným konkurentem Googlu, což je ve světě unikátní jev.⁶⁹

Za další milník lze považovat rok 2003, kdy společnost Google představila reklamní systém AdSense, jehož podstatou je kontextová reklama, tedy reklama v obsahové síti zacílená na užší okruh uživatelů.⁷⁰ Systém pracoval na základě odkupování inzertních ploch od majitelů webových stránek, přičemž tyto plochy opět na základě aukčního modelu nabízel inzerentům.

Rozdílem kontextové reklamy oproti reklamě ve vyhledávání je, že zasahuje uživatele v jiné fázi nákupního cyklu. Kontextová reklama má za úkol budovat značku a poptávku teprve vyvolat, popř. se uživateli připomenout. Reklama ve vyhledávání má zejména poptávku uspokojit.⁷¹

Smyslem placené reklamy z pohledu vyhledávačů byla zpočátku návratnost investic do vývoje vyhledávače. Postupem času se ale reklama stala samostatně výdělečným produktem.

Z pohledu inzerenta jsou pak vyhledávače místo, kde uživatelé hledají na základě konkrétních výrazů mimo jiné i právě výrobky a služby. Inzerenti se proto musí přizpůsobit vyhledávacímu výrazu, tedy v konečném důsledku i poptávce. Výkon kampaně pak lze velmi přesně změřit přímo v inzertním systému (např. Google AdWords) a inzerenti si díky tomu mohou spočítat náklady a zisk, které pomocí inzerce získali.

Pro porovnání velikosti trhu placené reklamy na internetu s klasickou reklamou lze uvést, že v roce 2015 dosahovaly v České republice výdaje na reklamu v televizi výše 34,5 miliard korun, výdaje na tisk výše 17,9 miliard korun a výdaje na

⁶⁸ Např. AdFox od vyhledávače centrum.cz či AdContext od vydavatelství Computer Press.

⁶⁹ KOUKALOVÁ, Věra. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 44 a násl.

⁷⁰ Takováto reklama není zobrazována ve vyhledávačích, ale v kontextu s obsahem webové stránky. Příkladem mohou být bannery např. na zpravodajských serverech apod.

⁷¹ KOUKALOVÁ, Věra. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 44 a násl.

internetovou reklamu výše 15 miliard korun. Výdaje na reklamu v rádiu a venkovní reklamu dohromady pak byly nižší než výdaje na internetovou reklamu.⁷²

Rozdílem internetu oproti ostatním médiím je, že jeho podíl z hlediska inzerce každoročně stoupá⁷³ na úkor ostatních mediotypů, a to zejména na úkor tisku a televize.⁷⁴ Podle výzkumu Sdružení pro internetový rozvoj se očekává, že internetová reklama v roce 2016 vykáže nárůst o 11 procent. Předpověď autora této práce, že výdaje na internetovou reklamu budou již v roce 2017 vyšší než výdaje na inzerci v tisku, tak není nijak překvapivá.

2.2.2. Právní rámec regulace internetové reklamy

Reklama obecně, a tím pádem i reklama na internetu, je regulována právními předpisy Evropské unie i České republiky.

Základními právními předpisy Evropské unie jsou směrnice o klamavé a srovnávací reklamě, směrnice o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a směrnice o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (tzv. e-Privacy Directive). Je tedy zřejmé, že národní regulace reklamy vychází do jisté míry z evropského práva, které reguluje zejména ty oblasti, u kterých je zájem společnosti na jejich regulaci patrný nejintenzivněji.

České právní předpisy upravující internetovou reklamu lze třídit na soukromoprávní a veřejnoprávní.

Soukromoprávním předpisem je samotný ústřední předpis soukromého práva vůbec, tedy občanský zákoník s jeho úpravou nekalé soutěže a ochrany osobnosti. V případě porušení občanského zákoníku se pak může dotčený subjekt domáhat ochrany svého práva soukromoprávní žalobou.

⁷² Česká televize. Výdaje na internetovou reklamu vzrostly na 15 miliard. Publikováno dne 3. 3. 2016. [cit. 27. 11. 2016]. Dostupné z: www.ceskatelevize.cz.

⁷³ Vývoj výdajů na internetovou reklamu podle jednotlivých let je následovný: 2008 – 5 miliard korun; 2009 – 6,4 miliardy korun; 2010 – 7,7 miliardy korun; 2011 – 8,9 miliardy korun; 2012 – 11,2 miliardy korun; 2013 – 13,3 miliardy korun; 2014 – 14,6 miliardy korun; 2015 – 15 miliard korun. Odhad výdajů pro rok 2016 je pak 16,7 miliardy korun. Zdroj: Česká televize. Výdaje na internetovou reklamu vzrostly na 15 miliard. Publikováno dne 3. 3. 2016. [cit. 27. 11. 2016]. Dostupné z: www.ceskatelevize.cz.

⁷⁴ KOUKALOVÁ, Věra. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 48.

Mezi veřejnoprávní předpisy lze zařadit zákon o regulaci reklamy, zákon o ochraně spotřebitele, zákon o některých službách informační společnosti, zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání a zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání. Nad dodržováním těchto veřejnoprávních předpisů pak vykonává dozor příslušný správní orgán (zejména krajské živnostenské úřady), kterému lze případně podat podnět k zahájení řízení *ex offio*.

Nelze opomenout ani tzv. *soft law*, které je vytvářeno nestátními subjekty. Rada pro reklamu takto vydává Kodex reklamy, kterým stanovuje etická pravidla reklamního chování. Ač pravidla Kodexu reklamy nejsou obecně závazná ani vynutitelná, mají dle Jansy⁷⁵ „vysoký kredit a jsou dodržována“. Dalším subjektem, který vydává etický kodex a další nezávazné předpisy je Sdružení pro internetovou reklamu.⁷⁶ V této souvislosti se jeví vhodné zmínit též vydávání rozhodnutí Radou pro reklamu, která mají formu doporučení (tzn. nejsou závazná ani vynutitelná). Pokud tato doporučující rozhodnutí nejsou respektována, může Rada pro reklamu podat podnět příslušnému dozоровému orgánu k dalšímu šetření, který již sankční nástroje v podobě závazných rozhodnutí má.

2.2.3. Definice reklamy

Pro určení, jaké formy reklamy v oblasti internetu jsou právně regulovány, je předem nutné osvětlit právní definici pojmu reklama.

Dle § 1 odst. 2 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*. Uvedenými komunikačními médii se pak rozumí i počítačové sítě, tedy i reklama šířená prostřednictvím sítě Internet.

⁷⁵ JANSÁ, Lukáš. In: JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATEJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 247.

⁷⁶ Viz webové stránky Sdružení pro internetovou reklamu www.samoregulace.cz.

S ohledem na řečené lze shrnout, že reklamou je jakákoliv prezentace (včetně té internetové), jejímž cílem je propagace podnikatelské činnosti určitého subjektu.⁷⁷ Příklady spadající pod právní pojem reklamy v oblasti internetu pak zahrnují reklamní bannery, ale i reklamu ve vyhledávání (PPC reklama) apod.

2.2.4. Subjekty internetové reklamy

Zákon o regulaci reklamy dále vymezuje subjekty reklamy a jejich odpovědnost. Těmito subjekty jsou zadavatel, zpracovatel a šířitel reklamy, přičemž důležité pro toto dělení je, že každý subjekt nese jinou odpovědnost. Z teoretického hlediska mohou všechny tři subjekty splývat v jediné osobě, v praxi však tomu tak obvykle nebývá.

Zadavatel reklamy je podle zákona ten, kdo ji objednává.⁷⁸ Zjednodušeně řečeno je zadavatelem ten, kdo reklamu nakupuje a chce být viděn a z jehož iniciace celý proces tvorby reklamy obvykle začíná. Kopečková upřesňuje, že „zadavatel je typicky ten, kdo má zájem na vytvoření reklamy pro svůj vlastní produkt či službu a za tím účelem osloví reklamní agenturu, která pro něho nejčastěji na základě smlouvy o dílo vytvoří podle jeho zadání reklamní kampaň“.⁷⁹ Zadavatel reklamy má pak zákonnou povinnost uchovávat ukázkou (kopii) každé reklamy nejméně po dobu 5 let ode dne, kdy byla reklama naposledy šířena⁸⁰.

Zpracovatel reklamy je ten, kdo pro sebe či jiného reklamu zpracuje. Typickým zpracovatelem jsou právě již uvedené reklamní agentury, které jsou oslovovány zadavateli. Kdyby si zpracovatel (typicky reklamní či marketingová agentura) zpracoval reklamu sám pro sebe, byl by zároveň v postavení zadavatele i zpracovatele reklamy.

⁷⁷ K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. července 2010, sp. zn. 5 As 48/2009. V rozsudku soud dále rozvádí, že „přitom pro naplnění samotné definice reklamy není podstatné, jaké jsou pohnutky šířitele reklamy k této činnosti, zda ji provádí za úplatu nebo bezúplatně či zda jde nebo nejde o součást jeho vlastního podnikání.“

⁷⁸ Ať už jde o osobu právnickou, či fyzickou. K tomu srov. § 1 odst. 5 zákona o regulaci reklamy.

⁷⁹ KOPEČKOVÁ, Andrea. K regulaci reklamy a odpovědnosti za reklamu. Publikováno dne 19. 5. 2016. [cit. 28. 11. 2016]. Dostupné z: www.epravo.cz.

⁸⁰ Viz § 7a odst. 1 zákona o regulaci reklamy. V případě nedodržení této povinnosti hrozí fyzické osobě pokuta za spáchání přestupku ve výši 500.000,- Kč (viz § 8 odst. 5 písm. b) zákona o regulaci reklamy). Právnické osobě a tzv. podnikající fyzické osobě hrozí za spáchání správního deliktu rovněž pokuta ve výši 500.000,- Kč (viz § 8a odst. 6 písm. a) zákona o regulaci reklamy).

Šířitelem reklamy je ten, kdo reklamu veřejně šíří. K šíření internetové reklamy dochází prostřednictvím internetu. Internetová reklama může být šířena buď (a) na základě přímého nákupu reklamní plochy⁸¹, nebo (b) na základě stále používanějšího automatizovaného nákupu (*programmatic buying*), který probíhá na základě automatizované aukce (např. Google AdWords, Seznam Sklik či AdPlace). Mezi příklady největších šířitelů internetové reklamy v České republice patří společnosti Seznam, Google, Facebook, YouTube a dále skupina Mafra a Centrum Holdings.

2.2.5. Veřejnoprávní odpovědnost subjektů

Před vymezením odpovědnosti subjektů podílejících se na tvorbě reklamy je třeba vymezit základní (zákonem nikterak nedefinované) pojmy, kterými jsou obsah reklamy a šíření reklamy. Obsahem reklamy je reklamní sdělení a jeho podoba, přičemž v oblasti internetu lze jako příklady uvést reklamní bannery či placenou reklamu v internetových vyhledávačích (PPC reklamu). Šířením reklamy pak rozumíme přenášení reklamního sdělení (obsahu reklamy) jejímu adresátu prostřednictvím komunikačního média, kterým je v případě internetové reklamy internet.

V rámci odpovědnosti subjektů pak rozlišujeme odpovědnost za obsah reklamy (za soulad reklamního sdělení se zákonem) a odpovědnost za její šíření (za zákonnost zvoleného způsobu šíření reklamy).

2.2.5.1. Pojetí veřejnoprávní odpovědnosti zpracovatele a zadavatele reklamy za situace, kdy je zadavatel a zpracovatel toutéž osobou – odpovědnost za obsah reklamy

Pokud byla reklama zpracována pro vlastní potřebu zpracovatele, odpovídá tento zpracovatel za obsah reklamy v plném rozsahu.⁸² Pod tím si lze představit např. jednání, kdy reklamní agentura propaguje své vlastní služby prostřednictvím platformy Google AdWords a Seznam Sklik a za tím úkolem sama vymýšlí a zpracovává obsah reklamy. Stejně tak si i malí podnikatelé mohou sami zpracovávat reklamu ve vyhledávání (PPC).

⁸¹ A to buď přímo od poskytovatele reklamní plochy (zadavatel kontaktuje přímého majitele daných webových stránek), nebo od zprostředkovatele (mediální zástupce či mediální agentura).

⁸² Viz § 6b odst. 1 zákona o regulaci reklamy.

2.2.5.2. Pojetí veřejnoprávní odpovědnosti zpracovatele a zadavatele za situace, kdy zadavatel a zpracovatel nejsou toutéž osobou – odpovědnost za obsah reklamy

Kdyby však byla reklama zpracována pro potřeby jiné osoby, odpovídá za její obsah zpracovatel solidárně (společně a nerozdílně) se zadavatelem.⁸³ Jednáním subsumovatelným pod uvedené právní pravidlo v tomto případě bude např. vytvoření reklamy reklamní agenturou pro e-shop s parfémů. V takovém případě nese za případnou protiprávnost reklamy solidární odpovědnost jak zpracovatel, tak i zadavatel.

Zákon v tomto případě stanoví situace, za kterých se může zadavatel nebo zpracovatel reklamy odpovědnosti zcela zprostit, a proto můžeme v tomto kontextu hovořit o objektivní odpovědnosti prosté (tj. s možností liberace). V případě liberace jednoho subjektu ponese odpovědnost pouze subjekt druhý. Liberace obou subjektů současně pak není s ohledem na zákonné podmínky liberace (viz dále) možná.

Zadavatel reklamy (např. již zmiňovaný e-shop s parfémů) se může odpovědnosti zprostit, pokud sám prokáže, že zpracovatel reklamy nedodržel při zpracování reklamy jeho pokyny, a v důsledku tohoto nedodržení pokynů zadavatele se obsah reklamy dostal do rozporu se zákonem.⁸⁴

Rovněž i zpracovatel reklamy se může odpovědnosti zprostit; to však pouze za situace, kdyby pokyny zadavatele obsahovaly údaje (které způsobily rozpor obsahu reklamy se zákonem), jejichž pravdivost nebyl zpracovatel schopen posoudit ani s vynaložením veškerého úsilí.⁸⁵ Typickým příkladem údajů, jejichž pravdivost není zpracovatel schopen posoudit ani s vynaložením veškerého úsilí, jsou údaje technického charakteru. Jako zcela konkrétní případ může sloužit situace, kdy jednatel zlatnictví (zadavatel reklamy) udělí reklamní agentuře vytvářející PPC reklamu ve vyhledávání (zpracovatel reklamy) pokyn, aby reklama obsahovala výrok, že jím prodávané prsteny obsahují brilianty, přičemž prsteny jsou ve skutečnosti osazeny zirkony (tedy levnější variantou), čehož si zpracovatel reklamy však není vědom. V takovém případě by se

⁸³ Viz § 6b odst. 1 zákona o regulaci reklamy.

⁸⁴ Viz § 6b odst. 3 zákona o regulaci reklamy.

⁸⁵ Viz § 6b odst. 3 zákona o regulaci reklamy.

jednalo o reklamu, jejíž obsah je z důvodu nepravdivého údaje protiprávní⁸⁶, čímž nám vyvstává otázka, kdo nese za protiprávní obsah reklamy odpovědnost. Po zpracovateli reklamy nelze dle autora této práce rozumně požadovat, aby si každou informaci technického charakteru ověřoval. V tomto konkrétním hypotetickém případě (ale i v celé řadě analogických případů⁸⁷) by to znamenalo, že pokud by zpracovatel reklamy zpracovával např. reklamu ve vyhledávání⁸⁸, musel by si každý inzerovaný produkt jednotlivě vyžádat po zadavateli a poté zaplatit znalci v oblasti drahých kamenů odměnu za každé ověření pravosti drahého kamene (tedy dle slov zákona za ověření pravdivosti údaje dodaného zadavatelem)⁸⁹. To je závěr extrémně nerozumný a pomocí provedeného testu argumentem *reductio ad absurdum* docházíme k nutnému závěru, že takovýto výklad není možný, a to i s přihlédnutím ke skutečnosti, že v důsledku takového výkladu by došlo k popření samotné podstaty prosté objektivní odpovědnosti (tj. té s možností liberace) zakotvenou zákonodárcem, která by se *de facto* stala nenaplnitelnou. Lze tedy shrnout, že v případě údajů technického charakteru (popř. jiných údajů, jejichž pravdivost není zpracovatel schopen posoudit) se obvykle bude jednat o údaje „jejichž pravdivost není zpracovatel schopen posoudit ani s vynaložením veškerého úsilí“. Při výkladu uvedeného liberačního důvodu tedy nelze postupovat formalisticky a skončit úvahy jazykovým výkladem, neboť by se taková interpretace ocitla v rozporu se smyslem daného ustanovení, kterým je vyloučit odpovědnost

⁸⁶ Viz §2 odst. 1 písm. b) (zákaz reklamy, která je nekalou obchodní praktikou podle zákona o ochraně spotřebitele) ve spojení s § 4 odst. 3 zákona o ochraně spotřebitele (stanovení, že nekalou obchodní praktikou se rozumí i klamavé konání podle § 5 zákona o ochraně spotřebitele) a § 5 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele („Obchodní praktika se považuje za klamavou, pokud obsahuje věcně nesprávnou informaci a je tedy nepravdivá, což vede nebo může vést spotřebitele k rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil.“).

(⁸⁷ např. prodej pneumatik, výživových doplňků, léčiv, ale i některé elektroniky apod.)

⁸⁸ Co se reklamy ve vyhledávání týče, příkladem mohou být long-tailové fráze. Ty cílí reklamu na vyhledávací dotazy (klíčová slova) natolik konkrétní, že počet uživatelů, které je vyhledávají je velmi nízký (a proto jde i o oblast málo konkurenční), ale s ohledem na specifčnost vyhledávacího dotazu je pro ně charakteristická vysoká míra konverze (tedy velká část lidí, kteří takový výraz hledají, jsou připraveni onu zcela specifikovanou věc koupit). V kontextu uváděného příkladu by long-tailovou frází byl vyhledávací dotaz uživatele např. tohoto znění: dámský zlatý prsten velikosti 50 s brilianty do 10 000 Kč. Jak je patrné, každý unikátní produkt tak bude mít řadu klíčových slov a jejich kombinací. Z uvedených důvodů tvoří vymyšlení long-tailových frází většinovou pracovní náplň agentur, které zpracovávají reklamu v rámci placeného vyhledávání (PPC reklamu).

⁸⁹ V případě léčiv by se pak jednalo o podrobení každého propagovaného produktu laboratorním testům apod.

zpracovatele v případě, kdy jsou podkladem jeho práce údaje dodané zadavatelem, jejichž pravdivost je pro něj v reálném světě neověřitelná.⁹⁰

2.2.5.3. Pojetí veřejnoprávní odpovědnosti šířitele reklamy – odpovědnost za šíření reklamy

Jak vyplývá z již řečeného, za obsah reklamy odpovídají (a) buď zadavatel, nebo zpracovatel (pokud se jeden subjektů liberuje), anebo (b) oba subjekty společně a nerozdílně.

Za způsob šíření reklamy (resp. za nezákonné šíření reklamy) však odpovídá pouze její šířitel. Odpovědnost šířitele reklamy je konkrétně konstruována tak, že „šířitel odpovídá za způsob šíření reklamy podle tohoto zákona a za šíření reklamy na loterie a jiné podobné hry, které nebyly povoleny nebo oznámeny podle zvláštního právního předpisu“.⁹¹

Zakázaným šířením internetové reklamy (a tedy šířením, za které nese šířitel důsledky své odpovědnosti) je pak konkrétně zejména:

- (a) šíření reklamy na loterie a jiné podobné hry, které nebyly povoleny nebo oznámeny podle zvláštního právního předpisu⁹²,

⁹⁰ K tomu viz např. nález Ústavního soudu ze dne 13. 11. 2012, sp. zn. I.ÚS 563/11, ve kterém se Ústavní soud vyslovil, že „jestliže obecný soud aplikuje na daný případ právní předpisy sice formálně souladně s jejich textem, avšak odhlédne od reálných společenských vztahů, dopustí se přepjatého formalismu. Takovým postupem poruší stěžovatelovo právo na soudní ochranu zakotvené v čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod“ či plenární nález Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl.ÚS 33/97, ve kterém tento mj. uvádí, že „mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně nebo v důsledku nevzdělanosti, smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odcizení a absurdity“. Rozhodnutí Ústavního soudu o nepřipustnosti přepjatého formalismu je celá řada, proto nechť je zmíněno již jeho poslední rozhodnutí, a to plenární nález ze dne 25. 9. 2007, sp. zn. Pl.ÚS 85/06, ve kterém je vyjádřen následující právní názor: „Jde-li o výklad a aplikaci předpisů obecného práva, o což v dané věci šlo výlučně, lze je hodnotit za protiústavní, jestliže... jsou v extrémním rozporu s požadavky věcně příslušného a rozumného vypořádání posuzovaného právního vztahu či v rozporu s obecně sdílenými zásadami spravedlnosti (viz tezi ‚přepjatého formalismu‘).“

⁹¹ Viz § 6b odst. 2 zákona o regulaci reklamy.

⁹² Tím je stanovena povinnost šířitelům, aby sami ověřovali, zda loterie či jiná podobná hra je či není povolena nebo oznámena podle zákona o loteriích a jiných podobných hrách. Pokud by byla reklama na nepovolenou nebo neoznámenou loterii či jiné podobné hry šířena, hrozí šířitelům nejpřísnější sankce, kterou vůbec zákon o regulaci reklamy umožňuje, a to pokuta do 5.000.000,- Kč. Vedle toho však hrozí stejná sankce (pokuta do 5.000.000,- Kč) i zadavateli takové reklamy, jakož i jejímu zpracovateli. V oblasti internetové reklamy pak taková povinnost některým šířitelům může činit velké obtíže, neboť pro šířitele typu YouTube je její splnění prakticky nemožné. Výklad tohoto zákonného ustanovení je tedy v oblasti internetové reklamy pro dozorující orgán a soud velkou výzvou a výsledek výkladu bude dle názoru autora této práce do jisté míry odvislý od toho, do jaké míry se dotčeným šířitelům podaří těmto

- (b) takové šíření reklamy, které je v rozporu s jinými právními předpisy⁹³ a
- (c) šíření anonymního oznámení týkajícího se voleb v době od vyhlášení voleb do ukončení hlasování⁹⁴.

V případě reklamy na tabákové výrobky, elektronické cigarety, humánní léčivé přípravky zaměřené na odborníky a střelné zbraně a střelivo pak zákon o regulaci reklamy stanoví zvláštní podmínky, které musí být při šíření reklamy na tyto výrobky dodrženy nad rámec těch již uvedených.

Šířitelům reklamy je navíc uložena povinnost oznámit osobě, která prokáže oprávněný zájem, kdo je zadavatelem a zpracovatelem reklamy.⁹⁵ Přinejmenším v oblasti internetové reklamy však často šířitelé reklamy nemohou tuto povinnost splnit. Snadno si lze totiž představit situaci, kdy šířitel komunikuje a je v právním poměru pouze se zadavatelem reklamy a není si v případě plurality subjektů vědom toho, kdo je jejím zpracovatelem. Toto ustanovení je tak další výkladovou výzvou pro příslušné orgány veřejné moci.

Dále jsou šířitelé reklamy povinni na výzvu orgánů dozoru pro účely správního řízení sdělit ve lhůtě stanovené dozorujícím orgánem údaje o osobě zadavatele a zpracovatele reklamy a údaje o osobě, která u něj šíření reklamy objednala.⁹⁶ Podobná povinnost je uložena i zpracovatelům i zadavatelům reklamy.⁹⁷ Při nesplnění této povinnosti pak vzniká (či se aktivuje) veřejnoprávní odpovědnost za přestupek (v případě osob fyzických), popř. správní delikt (v případě právnických osob či tzv. podnikajících fyzických osob), za kteréžto delikty může být udělena pokuta do 500.000,- Kč⁹⁸.

orgánům veřejné moci vysvětlit technické fungování jejich inzertních systémů (*programmatic buying*), jakož i jejich technické možnosti.

⁹³ Viz § 2 odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy.

⁹⁴ Viz § 2 odst. 1 písm. e) zákona o regulaci reklamy.

⁹⁵ Viz § 6b odst. 2 zákona o regulaci reklamy.

⁹⁶ Viz § 7a odst. 4 zákona o regulaci reklamy.

⁹⁷ K tomu srov. § 7a odst. 2, 3 a 4 zákona o regulaci reklamy.

⁹⁸ Horní hranice výše pokuty je stanovena stejně jak v případě spáchání přestupku fyzickou osobou, tak i v případě spáchání právního deliktu právnickou osobou či tzv. podnikající fyzickou osobou. Dolní hranice pak stanovena není vůbec ani v jednom z případů.

2.2.6. Zakázaná internetová reklama

Zakázanou reklamu vymezuje zejména zákon o regulaci reklamy, který vyjmenovává řadu skutkových podstat zakázané reklamy, a dále občanský zákoník v ustanoveních o nekalé soutěži a ochraně osobnosti. Nelze však pominout ani zákon o ochraně spotřebitele, který zakazuje nekalé obchodní praktiky a se zákonem o regulaci reklamy se z toho důvodu podstatně prolíná. Co se internetové reklamy týče, dopadají na ni jen některá ustanovení uvedených právních předpisů.

Zakázanou reklamou podle zákona o regulaci reklamy⁹⁹ je:

- reklama zboží, služeb nebo jiných výkonů či hodnot, jejichž prodej, poskytování nebo šíření je v rozporu s právními předpisy;
- reklama, která je nekalou obchodní praktikou podle zákona o ochraně spotřebitele (k tomu viz dále)¹⁰⁰;
- reklama na loterie a jiné podobné hry, které nebyly povoleny nebo oznámeny podle zákona o loteriích a jiných podobných hrách¹⁰¹;
- srovnávací reklama, pokud není dovolena jako přípustná zákonem o regulaci reklamy nebo občanským zákoníkem¹⁰²;
- reklama, která je v rozporu s dobrými mravy¹⁰³;
- reklama, která podporuje chování poškozující zdraví nebo ohrožující bezpečnost osob nebo majetku, jakož i jednání poškozující zájmy na ochranu životního prostředí¹⁰⁴.

⁹⁹ Viz § 2 zákona o regulaci reklamy.

¹⁰⁰ Za takovou reklamu se nepovažuje umístění produktu v audiovizuálním díle nebo jiném zvukově obrazovém záznamu, splňuje-li podmínky stanovené jiným právním předpisem. Viz § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy.

¹⁰¹ Zákaz dopadá i na internetové sázky. Od 1. 1. 2017 hovoří zákon o reklamě na hazardní hru provozovanou bez základního povolení podle zákona upravujícího hazardní hry.

¹⁰² Viz § 2 odst. 2 zákona o regulaci reklamy a § 2980 občanského zákoníku.

¹⁰³ Zákon o regulaci reklamami ve svém § 2 odst. 3 uvádí demonstrativní výčet, kdy je rozpor reklamy s dobrými mravy dán. Reklama tak „zejména nesmí obsahovat jakoukoliv diskriminaci z důvodů rasy, pohlaví nebo národnosti nebo napadat náboženské nebo národnostní cítění, ohrožovat obecně nepřijatelným způsobem mravnost, snižovat lidskou důstojnost, obsahovat prvky pornografie, násilí nebo prvky využívající motivu strachu. Reklama nesmí napadat politické přesvědčení“.

¹⁰⁴ Viz § 2 odst. 4 zákona o regulaci reklamy.

Důležité je zmínit, že reklama založená na podprahovém vnímání (tj. reklama, která by měla vliv na podvědomí fyzické osoby, aniž by ji tato osoba vědomě vnímala), již není v českém právním řádu *explicite* zakázána. Z výčtu § 2 odst. 1 zákona o regulaci reklamy byl zákaz podprahové reklamy odstraněn zákonem č. 202/2015 Sb.¹⁰⁵, který nabyl účinnosti dne 17. 8. 2015. Důvodem této změny (a několika dalších, viz dále) byly výtky Evropské komise, že úprava v zákoně o regulaci reklamy přesahovala rámec ustanovení podkladové směrnice¹⁰⁶, která uvedený zákaz neobsahuje. Podle podkladové směrnice by taková reklama měla být vyhodnocena zejména z hlediska požadavků náležité profesionální péče a schopnosti podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele, který je jejímu působení vystaven nebo kterému je určena, a teprve potom případně jako nekalá obchodní praktika.¹⁰⁷

Podprahová reklama tedy zůstává zakázána i nadále, nicméně její výslovný zákaz již v zákoně o regulaci reklamy nenajdeme. Zákaz lze nyní dovodit ze zákazu reklamy, která je nekalou obchodní praktikou¹⁰⁸, a to ve spojení s definicí nekalé obchodní praktiky zákonem o ochraně spotřebitele¹⁰⁹. Uvedený počin zákonodárce lze tedy shrnout pouze jako odstranění duplicity.

V případě zákazu skryté reklamy pak výše uvedená novelizace přinesla změnu nikoliv kosmetickou, ale již zásadní. Podkladová směrnice¹¹⁰ totiž zakazuje pouze

¹⁰⁵ Zákon ze dne 23. července 2015 č. 202/2015 Sb., kterým se mění 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, a zákon č. 256/2001 Sb., o pohřebnictví a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Novelizace nabyla účinnosti dne 17. 8. 2015.

¹⁰⁶ Tou je směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu.

¹⁰⁷ HADAŠ, Jiří. K novelizaci zákona č. 40/1995 Sb, o regulaci reklamy. Publikováno dne 10. 9. 2015. Epravo.cz. [cit. 29. 11. 2016]. Dostupné z: www.epravo.cz.

¹⁰⁸ Viz § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy.

¹⁰⁹ Viz § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele („Obchodní praktika je nekalá, je-li v rozporu s požadavky odborné péče a podstatně narušuje nebo je způsobila podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele, kterému je určena, nebo který je jejímu působení vystaven, ve vztahu k výrobku nebo službě. Je-li obchodní praktika zaměřena na určitou skupinu spotřebitelů, posuzuje se podle průměrného člena této skupiny.“) ve spojení s § 2 odst. 1 písm. s) zákona o ochraně spotřebitele („pro účely tohoto zákona se rozumí: s) podstatným narušením ekonomického chování spotřebitele použití obchodní praktiky, která významně zhoršuje schopnost spotřebitele učinit informované rozhodnutí, což vede k tomu, že učíní rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil“).

¹¹⁰ Tou je směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu.

placenou reklamu v médiích v redakčním sdělení (tzv. *advertorial*) a to navíc za podmínky, kdy není spotřebitel schopen z obsahu, obrázků nebo zvuků jednoznačně poznat, že se jedná o placenou reklamu. Absolutní zákaz skryté reklamy obsažený v transpozičním zákoně, tj. v zákoně o regulaci reklamy, proto Evropská komise shledala rozporným s touto podkladovou směrnicí.¹¹¹ Zákonomodárce na uvedený rozpor reagoval tím způsobem, že zakázal *využívání redakčního prostoru ve sdělovacích prostředcích k placené propagaci svého výrobku nebo služby, aniž by spotřebitel mohl z obsahu sdělení, z obrázků nebo zvuků jednoznačně rozpoznat, že se jedná o reklamu.* Uvedené jednání však zákonodárce zakázal nepřilíš elegantním způsobem, když jej v zákoně o ochraně spotřebitele označil za klamavou obchodní praktiku¹¹², jakožto pojem podřazený pojmu nekalá obchodní praktika¹¹³. A právě reklama, která je nekalou obchodní praktikou podle zákona o ochraně spotřebitele, je zakázaná již přímo zákonem o regulaci reklamy¹¹⁴.

Specifickým právním pravidlům pak podle zákona o regulaci reklamy podléhá reklama (i) na léčivé přípravky určené k podávání lidem (tzv. humánní léčivé přípravky) nebo na zdravotní služby, (ii) vůči osobám mladším 18 let, (iii) na tabákové výrobky a alkoholické nápoje, potraviny a kojeneckou výživu, (iv) veterinární léčivé přípravky, (v) dočasné užívání ubytovacího zařízení a jiné rekreační služby, (vi) střelné zbraně a střelivo, (vii) činnost v pohřebnictví.

Dozorovými orgány nad dodržováním zákona o regulaci reklamy jsou zejména krajské živnostenské úřady. V případě reklamy v prostředí internetu však připadají

¹¹¹ HADAŠ, Jiří. K novelizaci zákona č. 40/1995 Sb, o regulaci reklamy. Publikováno dne 10. 9. 2015. Epravo.cz. [cit. 29. 11. 2016]. Dostupné z: www.epravo.cz.

¹¹² Viz přílohu č. 1 písm. j) zákona o ochraně spotřebitele („Obchodní praktiky jsou vždy považovány za klamavé, pokud prodávající...: j) využívá redakční prostor ve sdělovacích prostředcích k placené propagaci svého výrobku nebo služby, aniž by spotřebitel mohl z obsahu sdělení, z obrázků nebo zvuků jednoznačně rozpoznat, že se jedná o reklamu.“).

¹¹³ K tomu srov. § 4 odst. 3 zákona o ochraně spotřebitele („Nekalou obchodní praktikou se rozumí zejména klamavé konání podle § 5 nebo klamavé opomenutí podle § 5a a agresivní obchodní praktika podle § 5b. Obchodní praktiky, které se považují za nekalé za všech okolností, jsou uvedeny v příloze č. 1 a 2 tohoto zákona.“).

¹¹⁴ Viz § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy („Zakazuje se...: b) reklama, která je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního právního předpisu; za takovou reklamu se nepovažuje umístění produktu v audiovizuálním díle nebo jiném zvukově obrazovém záznamu, splňuje-li podmínky stanovené jiným právním předpisem3a, 3b.“).

v úvahu i jiné dozorové orgány¹¹⁵, které jsou příslušné k výkonu dozoru namísto krajských živnostenských úřadů ve specifických případech, jako je např. reklama na léčivé přípravky určené k podávání lidem, zdravotnická zařízení či hazardní hry.

Zakázanou reklamu však neupravuje jen zákon o regulaci reklamy, ale jak bylo nastíněno výše, dochází v tomto ohledu k prolínání se zákonem o ochraně spotřebitele. Toto prolínání je umožněno tím, že zákon o regulaci reklamy *explicite* zakazuje reklamu, která je nekalou obchodní praktikou podle zákona o ochraně spotřebitele.¹¹⁶

Pro účely zakázané reklamy je tedy třeba osvětlit pojem nekalé obchodní praktiky podle zákona o ochraně spotřebitele.

Nekalou obchodní praktikou¹¹⁷ je zejména jednání podnikatele vůči spotřebiteli v rozporu s požadavky odborné péče¹¹⁸, které je alespoň způsobilé podstatně ovlivnit jeho ekonomické rozhodování tak, že může učinit rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil¹¹⁹.

Nekalé obchodní praktiky pak zahrnují:

- (i) klamavé konání podle § 5 zákona o ochraně spotřebitele,

¹¹⁵ Tak je např. dozorovým orgánem nad dodržováním zákona o regulaci reklamy Státní ústav pro kontrolu léčiv pro reklamu na humánní léčivé přípravky, na lidské tkáně a buňky a sponzorování v této oblasti, Úřad pro ochranu osobních údajů pro oblast nevyžádané reklamy šířené elektronickými prostředky, Ministerstvo zdravotnictví pro reklamu na zdravotní služby či celní úřady pro reklamu, propagaci nebo podporu hazardních her zakázaných podle zákona upravujícího hazardní hry, a sponzorování v této oblasti, s výjimkou případů, kdy je dána působnost Rady pro rozhlasové a televizní vysílání. K tomu srov. § 7 zákona o regulaci reklamy.

¹¹⁶ Viz § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy. V tomto ustanovení je taktéž uvedeno, že za reklamu, která je nekalou obchodní praktikou podle zákona o ochraně spotřebitele (tj. za reklamu zakázanou) se nepovažuje umístění produktu v audiovizuálním díle nebo jiném zvukově obrazovém záznamu, splňuje-li podmínky stanovené zákonem o provozování rozhlasového a televizního vysílání a zákonem o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání.

¹¹⁷ Za obchodní praktiku pak zákon považuje „způsob chování prodávajícího spočívající v konání, opomenutí, prohlášení, obchodním sdělení včetně reklamy a uvedení na trh související s propagací, prodejem nebo dodáním výrobku nebo služby spotřebiteli“. Viz § 2 odst. 1 písm. o) zákona o ochraně spotřebitele.

¹¹⁸ Odbornou péčí se pak rozumí „úroveň zvláštních dovedností a péče, kterou lze od podnikatele ve vztahu ke spotřebiteli rozumně očekávat a která odpovídá poctivým obchodním praktikám nebo obecným zásadám dobré víry v oblasti jeho činnosti“. Viz § 2 odst. 1 písm. p) zákona o ochraně spotřebitele.

¹¹⁹ Viz § 2 odst. 1 písm. s) zákona o ochraně spotřebitele, který podstatným narušením ekonomického chování spotřebitele rozumí „použití obchodní praktiky, která významně zhoršuje schopnost spotřebitele učinit informované rozhodnutí, což vede k tomu, že učiní rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil“.

- (ii) klamavé opomenutí podle § 5a zákona o ochraně spotřebitele a
- (iii) agresivní obchodní praktiky podle § 5b zákona o ochraně spotřebitele.

Zákon dále uvádí výčet konkrétních klamavých a agresivních obchodních praktik ve svých přílohách č. 1 a 2, přičemž všechna tato jednání zákon považuje za nekalé obchodní praktiky¹²⁰. Pojem nekalých obchodních praktik je tedy pojmem nadřazeným.

Lze tedy shrnout, že pojem *nekalé obchodní praktiky* je pojmem velmi širokým a jednání pod něj podřaditelné je ze zákona zakázané¹²¹.

Nezákonost nekalých obchodních praktik pak má dvojí význam.

V první řadě v takovém případě vznikne (aktivuje se) porušivšímu subjektu sekundární právní povinnost spočívající ve veřejnoprávním postihu ze strany dozorčího orgánu¹²² (tím je uložení nápravných prostředků či sankčního postihu). Mezi orgány, které vykonávají nad dodržováním povinností stanovených zákonem o ochraně spotřebitele dozor, pak patří zejména Česká obchodní inspekce a obecní živnostenské úřady, jakož i jiné správní orgány, přičemž jejich příslušnost je dána podle toho, jaká konkrétní povinnost zákona o ochraně spotřebitele byla porušena¹²³. Tak např. dozor nad dodržováním zákazu nekalých obchodních praktik na úseku určitých citlivých komodit (např. zemědělských, potravinářských a tabákových výrobků) byl svěřen specializovaným státním orgánům (např. Státní zemědělské a potravinářské inspekci¹²⁴). Za správní delikty je obecně možné uložit dozorovanému subjektu pokutu, jejíž horní hranice se různí podle závažnosti porušených povinností¹²⁵. Při určení výměry pokuty mají dozorčí orgány povinnost přihlídnout k závažnosti správního deliktu, zejména ke

¹²⁰ Viz § 4 odst. 3, věta druhá zákona o ochraně spotřebitele.

¹²¹ Ustanovení § 4 odst. 4 zákona o ochraně spotřebitele stanoví, že „užívání nekalé obchodní praktiky před rozhodnutím ohledně koupě, v průběhu rozhodování a po učinění rozhodnutí se zakazuje“.

¹²² Dozorčím orgánem je vykonavatel veřejné správy, jemuž zákon, v tomto případě zákon o ochraně spotřebitele, svěřil dozorčí působnost.

¹²³ K tomu srov. § 23 zákona o ochraně spotřebitele.

¹²⁴ Viz § 23 odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele.

¹²⁵ Horní hranice v případě méně závažných správních deliktů je stanovena výší 1.000.000,- Kč a v případě nejzávažnějších správních deliktů dokonce výší 50.000.000,- Kč.

způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán¹²⁶ (k těmto všem okolnostem musí dozorčí orgán přihlédnout vždy¹²⁷ a ve správním rozhodnutí je třeba toto přihlédnutí náležitě odůvodnit, jinak by bylo rozhodnutí zatíženo vadou spočívající v nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů rozhodnutí; k uvedené vadě rozhodnutí je soud povinen přihlédnout z úřední povinnosti¹²⁸). Odpovědnost je pak konstruována jako objektivní odpovědnost prostá, tj. s možností liberace¹²⁹.

V druhé řadě současně ve valné většině případů dojde k naplnění generální klauzule nekalé soutěže, což umožní vznést dotčeným subjektům i civilněprávní žalobu. Je tomu tak proto, že jedna ze tří podmínek (a právě ta nejproblematictější k naplnění), které musí být kumulativně naplněny k tomu, aby bylo určité jednání možné kvalifikovat jako nekalosoutěžní, je rozpor s dobrými mravy soutěže. A právě jednání, které je v rozporu se zákonem či jiným právním předpisem, je nutno často považovat za rozporné s dobrými mravy soutěže, neboť každý subjekt hospodářské soutěže má (byť často jen teoretickou) možnost seznámit se s právními pravidly, která nesmějí být (nejen) v soutěži porušována a to i s ohledem na zásadu *ignorantia legis non excusat*.¹³⁰ Zbylé dvě podmínky, tj. že k jednání musí docházet v hospodářském styku a že jednání musí být způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům, jsou pak vykládány velice široce a ve valné většině případů budou splněny.¹³¹

¹²⁶ Viz § 24b odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele.

¹²⁷ „Takováto právní úprava váže správní orgán v tom směru, že právě těmito zákonnými hledisky se musí zabývat vždy“ (z rozsudku NSS ze dne 30. 4. 2009, č. j. 6 As 34/2008 – 54).

¹²⁸ Viz § 76 odst. 1 SŘS: „Soud zruší napadené rozhodnutí pro vady řízení bez jednání rozsudkem pro nepřezkoumatelnost spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí.“ Ke konkrétní aplikaci tohoto ustanovení srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2004, č. j. 5 A 157/2002 – 35.

¹²⁹ Dle § 24b odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele platí, že „právní osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila“.

¹³⁰ ONDREJOVÁ, Dana. § 2976 [Základní ustanovení]. In: HULMÁK, Milan a kol. Občanský zákoník VI: komentář. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-287-8, str. 1773.

¹³¹ ONDREJOVÁ, Dana. § 2976 [Základní ustanovení]. In: HULMÁK, Milan a kol. Občanský zákoník VI: komentář. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-287-8, str. 1772 a násl.

Vedle generální klauzule občanský zákoník demonstrativně uvádí i zvláštní skutkové podstaty nekalosoutěžního jednání. Vztah mezi generální klauzulí nekalé soutěže a zvláštními skutkovými podstatami je pak takový, že pokud bude naplněna pouze generální klauzule a zároveň nebude naplněna žádná ze zvláštních skutkových podstat, bude se jednat o nekalosoutěžní jednání podle generální klauzule. Pokud však budou navíc splněny i podmínky některé ze zvláštních skutkových podstat, bude se jednat o nekalosoutěžní jednání podle příslušné zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže.¹³² Pro účely placené internetové reklamy lze uvažovat o následujících zvláštních skutkových podstatách nekalé soutěže¹³³:

- (i) klamavá reklama¹³⁴,
- (ii) klamavé označení zboží nebo služby¹³⁵,
- (iii) srovnávací reklama, pokud není dovolena jako přípustná¹³⁶,
- (iv) vyvolání nebezpečí záměny a
- (v) parazitování na pověsti závodu, výrobku či služeb jiného soutěžitele¹³⁷.

¹³² ONDREJOVÁ, Dana. § 2976 [Základní ustanovení]. In: HULMÁK, Milan a kol. Občanský zákoník VI: komentář. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-287-8, str. 1771.

¹³³ Viz § 2976 a násl. občanského zákoníku.

¹³⁴ Klamavou reklamou je, zjednodušeně řečeno, reklama sledující podporu odbytu vlastního zboží nebo služby, která je současně alespoň způsobila klamat potenciální zákazníky a ovlivnit tak jejich chování. Za klamavou reklamou byla např. vyhodnocena reklama společnosti UTC za slíbené ceny, které poté byly změněny. Klamavou reklamou by bylo rovněž možno označit reklamu, jejíž slogan by zněl „největší eshop s elektronikou v ČR“, aniž by to byla pravda. Jistá míra nadsázky či zveličení (např. „Red Bull Vám dává křídla“) je však dovolena, neboť i průměrný spotřebitel pochopí, že daný slogan nelze brát doslovně.

¹³⁵ Jde o takové označení, které je způsobilo vyvolat mylnou domněnku, že označený produkt vykazuje určité vlastnosti, ačkoliv tomu tak není. Příkladem může být fotografie nového zboží použitá na bazarovém portálu s tím, že doručeno je zboží použité či poškozené, resp. neodpovídající kvalitě produktové fotografie.

¹³⁶ Srovnávací reklama je přípustná, pokud jsou srovnávány produkty shodných vlastností a pokud toto srovnání není klamavé. Soudní dvůr Evropské unie k tomu ve svém rozsudku ve věci sp. zn. C-657/11 uvedl, že „srovnávací reklama, pokud srovnává základní, důležité, ověřitelné a charakteristické rysy a není klamavá, může být oprávněným prostředkem k informování spotřebitele v jeho zájmu“.

¹³⁷ Za parazitující na pověsti byla např. vyhodnocena reklama společnosti Hornbach, která v roce 2011 v rámci reklamní kampaně prohlašovala, že slevu od společnosti OBI lze uplatnit i u společnosti Hornbach.

Více k nekalé soutěži je uvedeno v kapitole zakázané praktiky, konkrétně v podkapitole nekalá soutěž.

2.2.7. Formy internetové reklamy

Po rozboru toho, co vše vůbec pod zákonný pojem reklamy spadá a jaká reklama již zákonné meze překračuje, se lze dále věnovat jednotlivým formám internetové reklamy.

Mezi hlavní formy internetové reklamy lze zařadit (i) reklamu ve vyhledávání (PPC reklama) a (ii) display reklamu (bannerová reklama).

2.2.7.1. Reklama ve vyhledávání (PPC reklama)

2.2.7.1.1. Úvod

Lidé na vyhledávacích vyhledávají mimo jiné výrobky, služby, jakož i informace s tím související. V České republice dokonce vyhledává 57% lidí produkty na internetu dříve, než si je koupí (ať už online nebo jinak).¹³⁸ I proto jsou vyhledávače pro zadavatele reklamy (v praxi se používá pojem inzerent) důležité.

Reklama ve vyhledávání je pak v první řadě vytvářena tak, že (z hlediska terminologie zákona o regulaci reklamy) zpracovatel reklamy zpracuje podobu reklamního sdělení v inzertním systému. Pro názornost autor této diplomové práce používá rozhraní Google AdWords s tím, že konkurenční systém Seznam Sklik je v zásadě obdobný a dokonce umožňuje i jednoduchý import dat (mj. i podoby reklamy) přímo z Google Adwords. K vytvoření reklamy viz níže.

¹³⁸ BRODILOVÁ, Petra. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 48.

Zvolte reklamní sestavu

Zvolit... ▾

Nová rozšířená textová reklama | [Přepnout zpět na standardní textové reklamy](#)

Niže zadejte textovou reklamu. Formulujte jasně a přesně. [Jak psát skvělé textové reklamy](#)

Textové reklamy byly rozšířeny a nabízejí více místa na nadpis a popis. [Další informace](#)

Cílová URL [?](#)

Nadpis č. 1 [?](#)

Nadpis 2 [?](#)

Trasa [?](#) / /

Popis [?](#)

Možnosti adresy URL reklamy (pokročilé)

Náhled [?](#) [Mobilní](#) | [Desktop](#)

Nadpis č. 1 – Nadpis č. 2
Reklama [www.webzadavateleklamy.cz](#)
 Popis reklamy. Do 80 znaků se musí vejít text, který upoutá a vede uživatele k akci.

Ukázkové reklamy [Zobrazit více](#)

Nové studijní programy pro vás – Plánujte do budoucna
Reklama [www.example.com/Online_kurzy](#)
 Přihlaste se do univerzitních a internetových kurzů. Žádejte o další informací

Rozšíření reklam rozšíří reklamy o dodatečné údaje, jako jsou firemní adresa nebo telefonní číslo. [Spustit prohlídku](#)

Co přijde teď?
 Nová reklama bude zkontrolována společností Google a nemusí se zobrazovat, dokud kontrola nebude skončena. Většinu reklam zkontrolujeme v průběhu jednoho pracovního dne. [Další informace](#)

zpracovatel reklamy nejdříve v rozhraní Google AdWords vytvoří reklamu

Dalším krokem v systému Google AdWords je určení, co mají uživatelé vyhledávače zadat za frázi, aby se reklama zobrazila. Této frázi se říká klíčové slovo.

Zvolte reklamní sestavu

Zvolit... ▾

Přidat klíčová slova

Vyberte sousloví, která by zákazníci použili při vyhledávání vašich produktů nebo služeb. Prohlédněte si, jak klíčová slova odpovídají vyhledávacím dotazům v jednotlivých typech shody.

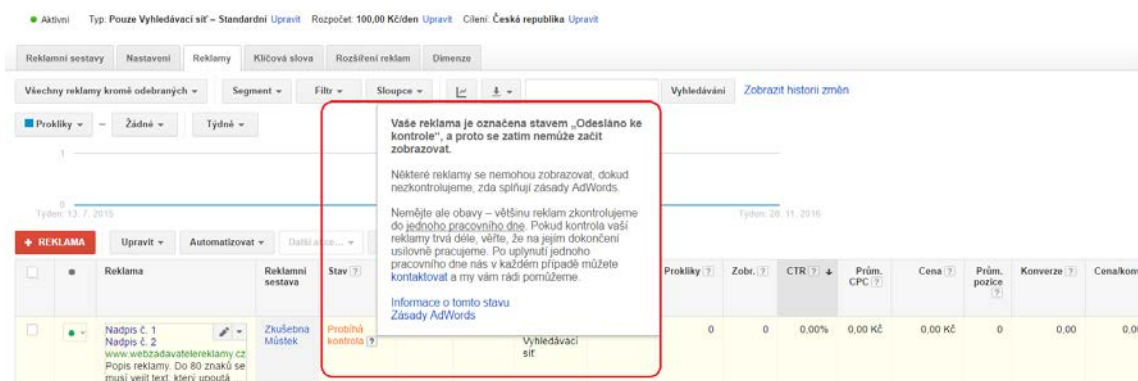
Zadejte jedno klíčové slovo na řádek

Důležitá poznámka: Nemůžeme zaručit, že tato klíčová slova zlepší výkon vaší kampaně. Vyhrazujeme si právo zamítnout jakákoliv přidaná klíčová slova. Za zvolená klíčová slova a za to, že jejich používání nebude v rozporu s relevantními zákony a předpisy, nesete zodpovědnost vy

výběr klíčových slov, po jejichž zadání ze strany uživatelů se reklama zobrazí

Zadáním klíčových slov je reklama ve své základní podobě hotová. Po uložení se však reklama nezačne užívatelům po zadání zvolených frází (klíčových slov) zobrazovat ihned, ale až poté, co bude schválena ze strany Googlu. Google tedy ve vztahu k inzertnímu systému Google AdWords nehraje pasivní roli, ale roli aktivní, neboť obsah reklam reviduje. Z tohoto důvodu na něj nelze v době psaní této diplomové práce vztáhnout omezenou odpovědnost typu hosting podle čl. 14 směrnice

o elektronickém obchodu, nevhodně (ba až nesprávně) transponovanou do ustanovení § 5 zákona o některých službách informační společnosti.¹³⁹ K tomu více viz výše v závěru rozboru rozhodnutí v právní věci Google France.



po uložení reklamy je tato zkontrolována ze strany Googlu

Jakmile bude reklama ze strany zaměstnance společnosti Google schválena a uživatelé zadají do ve vyhledávače frázi, která odpovídá právě některému z vybraných klíčových slov zpracovatele, zobrazí se mu jím zpracovaná reklama.

Z pohledu zadavatelů (resp. i zpracovatelů) reklamy je vhodné zmínit, že i v případě reklamy ve vyhledávání (PPC reklamy) platí u reklamních výsledků stejný princip, jako v případě výsledků přirozeného vyhledávání. Touto ústřední zásadou je, aby byly uživatelům zobrazovány co nejrelevantnější výsledky (tzn. aby uživatel našel to, co skutečně hledá). Jak často bude reklama inzerenta zobrazována (a zdali bude zobrazena na lepší či horší pozici), popř. zdali bude vůbec zobrazována, je určeno na základě několika proměnných. Těmito proměnnými jsou (i) shoda klíčového slova s dotazem (hledaným výrazem) uživatele, (ii) maximální cena, kterou je inzerent ochoten zaplatit za proklik na své stránky (CPC), (iii) kvalita cílové stránky (v Skliku tzv. koeficient kvality), tzn. jak kvalitní odpověď (obsah) uživateli cílová webová

¹³⁹ Směrnice o elektronickém obchodu v čl. 14 odst. 1 písm. a) stanoví povinnost členským státům, aby zajistily, aby v případě služby informační společnosti spočívající v ukládání informací poskytovaných příjemcem služby nebyl poskytovatel služby odpovědný za informace ukládané na žádost příjemce, pokud poskytovatel nebyl účinně seznámen s protiprávní činností nebo informací a ani s ohledem na nárok na náhradu škody si není vědom skutečností nebo okolností, z nichž by byla zjevná protiprávní činnost nebo informace“, zatímco zákon o některých službách informační společnosti ve svém § 5 odst. 1 písm. a) stanoví, že „Poskytovatel služby, jež spočívá v ukládání informací poskytnutých uživatelem, odpovídá za obsah informací uložených na žádost uživatele, jen a) mohl-li vzhledem k předmětu své činnosti a okolnostem a povaze případu vědět, že obsah ukládaných informací nebo jednání uživatele jsou protiprávní.

stránka nabízí. Kvalita webové stránky je pak faktorem relevance a je určena mimo jiné mírou prokliku inzerátu, která vyjadřuje, jak uživatele reklama zaujala.¹⁴⁰

Jedním z prvních důležitých rozhodnutí, které se zabývalo PPC reklamou, bylo již uvedené rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci Google France¹⁴¹. Pouze pro zopakování necht' je uvedeno, že Soudní dvůr se v daném rozhodnutí mimo jiné zabýval reklamou ve vyhledávání (PPC reklamou) ve vztahu k ochranné známce a dovedl, že internetové vyhledávače v tehdejší podobě nebyly za reklamu porušující práva k ochranným známkám v rámci reklamních systémů typu AdWords přímo odpovědné, a to z důvodu, že ve vztahu k reklamním sdělením ukládaných inzerenty (tj. zpravidla zpracovateli reklamy) do systému Google AdWords hrály pasivní roli, čímž bylo možné je podřadit pod právní pojem *poskytovatele zprostředkovatelských služeb* ve smyslu čl. 14 směrnice o elektronickém obchodu (transpozice do českého právního řádu byla provedena do ust. § 5 zákona o některých službách informační společnosti). Dnes by však měl být závěr soudu, a to s ohledem na klíčovou skutečnost, že Google již k reklamním sdělením pasivní roli nehraje, jiný (viz výše u rozboru rozhodnutí ve věci Google France). Soud dále dovedl, že inzerenti odpovědnými subjekty jsou.

Rozhodnutí navazující na rozhodnutí ve věci Google France se pak zabývala otázkou odpovědnosti inzerentů za porušování práv k ochranným označením o poznání podrobněji. Závěr ohledně odpovědnosti Googlu v nich však zatím přehodnocen nebyl.

2.2.7.1.2. BergSpechte proti trekking.at Reisen

Chronologicky prvním navazujícím rozhodnutím na rozhodnutí v právní věci Google France byl rozsudek Soudního dvora ve věci žalobce společnosti BergSpechte proti společnosti trekking.at Reisen jakožto žalovanému¹⁴².

Skutkový základ sporu spočíval v tom, že žalobce vlastnil kombinovanou ochrannou známku, jejíž slovní prvky žalovaný používal jako klíčová slova v rámci své reklamní kampaně. Soudní dvůr zopakoval závěr z rozhodnutí ve věci Google France,

¹⁴⁰ BRODILOVÁ, Petra. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 52.

¹⁴¹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 23.3.2010 ve spojených věcech sp. zn. C-236/08 až C-238/08

¹⁴² Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 25. března 2010, sp. zn. C-278/08.

že použití chráněného označení v klíčových slovech inzerenty je užitím ochranné známky ve smyslu předpisů o ochranných známkách, a tedy prvním předpokladem pro porušení práv k ní.

Soud tuto argumentaci rozvinul a zkoumal, jaký má na právní posouzení vliv skutečnost, že klíčové slovo se s ochrannou známkou doslovně neshoduje a je mu pouze podobné (např. když u kombinované ochranné známky absentují grafické prvky). V takovém případě Soudní dvůr dovedl, že užití klíčového slova lze zakázat pouze za předpokladu, že mezi klíčovým slovem a ochrannou známkou existuje nebezpečí záměny. V případě nebezpečí záměny by totiž bylo zasaženo do hlavní funkce ochranných známek, tj. funkce rozlišovací (odlišení výrobků a služeb jednoho subjektu od výrobků a služeb jiného subjektu).

Pokud tedy reklamní sdělení inzerenta využívá klíčového slova, které je podobné ochranné známce jiného subjektu, neznamená to ještě samo o sobě porušení ochranné známky. K porušení by dle Soudního dvora došlo až v případě, že by reklamní sdělení¹⁴³ bylo zaměnitelné s prezentací vlastníka ochranné známky, čímž by byla narušena rozlišovací funkce ochrany známky. Podstatně podrobněji tuto myšlenku (vyřčenou již v rozhodnutí ve věci Google France) Soudní dvůr rozvádí v chronologicky dalším rozhodnutí v právní věci Interflora proti Marks & Spencer. K tomu viz dále.

2.2.7.1.3. Interflora proti Marks & Spencer

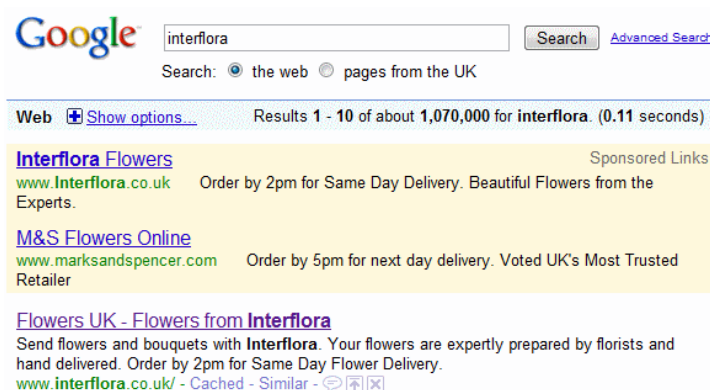
Další rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie bylo vydáno v právní věci společnosti Interflora Inc. jakožto žalobce proti společnosti Marks & Spencer plc. jakožto žalovanému¹⁴⁴. Jádrem tohoto rozhodnutí je právní názor, který již Soudní dvůr vyřkl v rozhodnutí Google France a zopakoval v rozhodnutí BergSpechte. Rozhodnutí ve věci

¹⁴³ Soudní dvůr zde používá pojmu „reklamní odkaz“ či „sponzorovaný odkaz“. Samotný odkaz (link) má však na posouzení zásahu do rozlišovací funkce ochranné známky pramalý vliv, když odkaz je jen součástí celkové reklamy, resp. reklamního sdělení (anglické prostředí Google AdWords používá pojmu Advertisement). Dalšími součástmi placené reklamy jsou její nadpis a popis (obsah) a právě tyto součásti jsou pro reklamu a její rozlišovací funkci klíčové. Naopak odkaz hraje pro rozlišovací funkci roli zanedbatelnou. Ke zmatení mohlo dojít z důvodu, že Google v té době označoval svojí reklamu souhrnným pojmem „sponzorované odkazy“, což je však samo o sobě nepřesné. Nyní Google používá v českém prostředí pojmu „reklama“ a v anglickém prostředí pojmu „Ad“ jako zkratku pro advertisement.

¹⁴⁴ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 22. září 2011, sp. zn. C-323/09.

společnosti Interflora lze však považovat za argumentačně nejbohatší a pro oblast PPC reklamy je v naší geografické oblasti rozhodnutím klíčovým, proto mu bude věnována největší pozornost.

Skutkový základ tkvěl v užívání ochranné známky žalobce „INTERFLORA“ jako klíčového slova v placené reklamě¹⁴⁵ žalovaného.



Při zadání klíčového slova interflora došlo k zobrazení reklamy společnosti Marks & Spencer.¹⁴⁶

Jednalo se o případ tzv. dvojí totožnosti, neboť k užívání označení totožného s ochrannou známkou ze strany třetí osoby (Marks & Spencer) docházelo u výrobků nebo služeb, které byly totožné s těmi, pro které je ochranná známka zapsána. Situaci lze tedy podřadit pod ust. čl. 9 odst. 1 písm. a) nařízení č. 40/94, o ochranné známce Společenství, dle kterého je majitel oprávněn zakázat všem třetím osobám užívat bez jeho souhlasu v obchodním styku označení totožné s ochrannou známkou Společenství pro výrobky nebo služby, které jsou totožné s těmi, pro které je ochranná známka Společenství zapsána.¹⁴⁷

Uvedené ustanovení však Soudní dvůr koriguje a ve vztahu k vlastníkům ochranných známek omezuje, když dodává, že „Majitel ochranné známky však nemůže

¹⁴⁵ Soudní dvůr zde opět zaměňuje pojem „reklamní odkaz“ a „sponzorovaný odkaz“ s pojmem „reklama“ či „reklamní sdělení“. K odůvodnění viz poznámka pod čarou výše.

¹⁴⁶ Zdroj obrázku: blog.interflora.co.uk.

¹⁴⁷ V tom je uvedeno, že *Z ochranné známky Společenství vzniká jejímu majiteli výlučné právo. Majitel je oprávněn zakázat všem třetím stranám užívat bez jeho souhlasu v obchodním styku: a) označení totožné s ochrannou známkou Společenství pro výrobky nebo služby, které jsou totožné s těmi, pro které je ochranná známka Společenství zapsána; (...).*

bránit užívání označení, které je totožné s jeho ochrannou známkou, jakožto klíčového slova, jestliže nejsou splněny všechny podmínky stanovené za tímto účelem v článku 5 směrnice 89/104 a článku 9 nařízení č. 40/94, jakož i v související judikatuře.“ To dále upřesňuje konstatováním, že „majitel ochranné známky je oprávněn toto užívání zakázat pouze tehdy, jestliže je s to způsobit újmu některé z funkcí ochranné známky.“ Tento závěr je přitom totožný jako v předchozích soudních rozhodnutích ve věcech Google France, BergSpechte, L'Oréal a další a lze jej tedy považovat za ustálený.¹⁴⁸

Výkon výlučného práva plynoucího z ochranné známky je tak vyhrazen pouze pro případy, kdy „užívání označení třetí osobou zasahuje či je s to zasáhnout do funkcí ochranné známky a zejména její základní funkce zaručit spotřebitelům původ výrobku“.¹⁴⁹

Mezi funkce ochranné známky pak unijní právo¹⁵⁰ řadí ve svém demonstrativním výčtu pouze označení původu, tedy funkci rozlišovací. Tato je považována za základní funkci ochranné známky, kterou ochranná známka plní vždy. Mezi další funkce ochranné známky Soudní dvůr řadí funkci reklamní a funkci investiční. Část doktríny funkce ochranné známky vymezuje obdobně.¹⁵¹ Lze se však setkat i s názorem, že funkcí ochranných známek, do kterých může být zasaženo, je daleko více – na konferenci Marques jich bylo napočítáno dokonce 17.¹⁵²

K zásahu do rozlišovací funkce.

Co se zásahu do rozlišovací funkce týče, soud uzavřel, že zásah musí být posuzován s ohledem na obsah konkrétní reklamy. K zásahu do rozlišovací funkce dochází dle názoru soudu až v případě, že reklamní sdělení působí na průměrného spotřebitele matoucím dojmem ve vztahu k původu výrobků a služeb, které reklamní

¹⁴⁸ Viz bod č. 34 rozebíraného rozhodnutí ve věci Interflora.

¹⁴⁹ Soudní dvůr tento právní názor považuje za ustálený a odkazuje přitom na řadu svých rozhodnutí, ve kterých jej zopakoval. Viz bod č. 37 rozebíraného rozhodnutí ve věci Interflora.

¹⁵⁰ Desátý bod odůvodnění Staré směrnice o ochranných známkách (č. 89/104/EHS) a sedmý bod odůvodnění Starého nařízení o ochranné známce Společenství (č. 40/94).

¹⁵¹ HART, Tina. CLARK, Simon., FAZZANI, Linda. Intellectual Property Law. 6. vydání. Palgrave Macmillan, 2013. 300 s. ISBN-13: 978-0-230-36653-4. Str. 91.

¹⁵² PHILLIPS, Jeremy. Autumn a golden season for Interflora. The IPKat. Publikováno 22. září 2011. [cit. 9.12.2016]. Dostupné z: ipkitten.blogspot.com.

sdělení propaguje.¹⁵³ Při použití klíčového slova „Interflora“ konkurenční společnosti Marks & Spencer pro svoji vlastní reklamu pak Soudní dvůr došel k závěru, že tím do rozlišovací funkce ochranné známky společnosti Interflora zasaženo nebylo, a to z důvodu, že „běžně informovaný a přiměřeně pozorný uživatel internetu, který zadal vyhledávané výrazy obsahující slovo „Interflora“ mohl pochopit, že nabízená služba doručování květin nepochází od společnosti Interflora“¹⁵⁴. Důvodem pro takovýto závěr je dle autora této práce skutečnost, že obě společnosti, tj. společnosti Marks & Spencer i Interflora, jsou mezi veřejností všeobecně známé (řadí se mezi nejznámější a největší světové značky).

Jiná situace by dle soudu nastala v případě, pokud by reklama společnosti Marks & Spencer mohla u uživatelů, kteří zadali do vyhledávače klíčové slovo Interflora vyvolat nesprávný dojem, že služba doručování květin nabízená společností Marks & Spencer je součástí obchodní sítě společnosti Interflora. Za takové situace by bylo „nutno vyvodit závěr, že uvedená reklama neumožňuje zjistit, zda je M&S třetí stranou ve vztahu k majiteli ochranné známky, či zda je naopak s majitelem ochranné známky hospodářsky propojena.“. Za podmínek uvedených v tomto odstavci by tedy k zásahu do rozlišovací funkce ochranné známky Interflora došlo.

Zjednodušeně lze uvedené shrnout tak, že aby bylo užití ochranné známky třetí osoby v souladu s její rozlišovací funkcí a nedošlo tak k jejímu porušení, musí být běžně informovaným a přiměřeně pozorným uživatelům zřejmé, že výrobky či služby pochází od jiné osoby, než je vlastník této ochranné známky.

¹⁵³ K zásahu do této funkce dochází tehdy, když inzerce běžně informovanému a přiměřeně pozornému uživateli internetu neumožňuje nebo mu umožňuje jen obtížně zjistit, zda výrobky nebo služby, kterých se inzerce týká, pocházejí od majitele ochranné známky nebo od podniku, který je s ním hospodářsky propojen, či naopak od třetí osoby (výše uvedené rozsudky *Google France a Google*, body 83 a 84, jakož i *Portakabin*, bod 34). V takové situaci, která se nadto vyznačuje tím, že se inzerce objeví okamžitě po zadání ochranné známky jakožto vyhledávaného slova a je zobrazená v okamžiku, kdy se na obrazovce rovněž objevuje jakožto vyhledávané slovo ochranná známka, se uživatel internetu skutečně může zmýlit ohledně původu dotčených výrobků nebo služeb (viz výše uvedený rozsudek *Google France a Google*, bod 85).

¹⁵⁴ Viz bod č. 53 předmětného rozhodnutí.

K zásahu do reklamní funkce.

Úvahami o zásahu do reklamní funkce ochranné známky se Soudní dvůr zabýval již v rozhodnutí Google France¹⁵⁵, jakož i v rozhodnutí BergSpechte¹⁵⁶.

Stejně jako v předchozích případech, tak ani tentokrát Soudní dvůr nespatřuje v použití označení tvořícího ochrannou známku (zde Interflora) jako klíčového slova ke zobrazení inzerce konkurenční společnosti (zde společnosti Marks & Spencer) zásah do reklamní funkce ochranné známky.

Soudní dvůr již v rozhodnutí Google France přiznal, že následek uvedeného jednání konkurenta bude takový, že „majitel ochranné známky bude muset případně souhlasit s tím, že zaplatí vyšší cenu za proklik než některé jiné hospodářské subjekty, chce-li dosáhnout toho, aby se jeho inzerce objevila před inzercí uvedených subjektů, které rovněž zvolily jeho ochrannou známku jako klíčové slovo. Kromě toho, i když je majitel ochranné známky připraven zaplatit vyšší cenu za proklik, než je cena, kterou nabízí třetí osoby, které rovněž zvolily uvedenou ochrannou známku, nemá jistotu, že se jeho inzerce objeví před inzercí uvedených třetích osob, jelikož pro určení pořadí zobrazení inzerce jsou zohledňovány i jiné skutečnosti.“¹⁵⁷, což uzavírá slovy, že „Tyto dopady užívání označení totožného s ochrannou známkou třetími osobami však samy o sobě nepředstavují zásah do reklamní funkce ochranné známky.“¹⁵⁸

V rozhodnutí ve věci Interflora je uvedený závěr odůvodněn podstatně podrobněji a přesvědčivěji. Soudní dvůr v něm uvádí, že „Pouhá skutečnost, že užívání označení totožného s ochrannou známkou pro výrobky nebo služby, které jsou totožné s těmi, pro něž je tato ochranná známka zapsána, ze strany třetí osoby nutí majitele této ochranné známky ke zintenzivnění reklamního úsilí k zachování nebo zvýšení jejího zviditelnění u spotřebitelů, nepostačuje v žádném případě k závěru, že došlo k zásahu do reklamní funkce uvedené ochranné známky. V této souvislosti je nezbytné zdůraznit, že ačkoli je ochranná známka podstatným prvkem v systému nenarušené hospodářské

¹⁵⁵ Viz bod č. 91 a násl. rozhodnutí Google France.

¹⁵⁶ Viz bod č. 33 rozhodnutí BergSpechte.

¹⁵⁷ Viz body č. 94 rozhodnutí Google France.

¹⁵⁸ Viz body č. 95 rozhodnutí Google France.

soutěže, jehož zavedení je cílem práva Unie (...), není jejím účelem chránit svého majitele před praktikami, které jsou hospodářské soutěži vlastní.“¹⁵⁹

Soudní dvůr tedy uvedenou praktiku označuje za součást zdravé hospodářské soutěže, která nemůže reklamní funkci ochranné známky narušit.

K zásahu do investiční funkce.

Investiční funkce ochranné známky je chápána jako použití svým majitelem za účelem získání nebo udržení si dobré pověsti, která může přilákat spotřebitele a zachovat si jeho přízeň.¹⁶⁰

Pokud by někdo (typicky konkurenční subjekt) majiteli ochranné známky bránil podstatným způsobem v tom, aby používal svoji ochrannou známku k získání či udržení dobré pověsti, zasahoval by tímto svým jednáním do investiční funkce ochranné známky. Soudní dvůr Evropské unie například dovodil, že zásahem do již nabyté dobré pověsti vlastníka ochranné známky je prodej jeho výrobků bez originálního obalu.¹⁶¹

Soudní dvůr ve věci Interflora uzavřel, že je na národním soudu, aby posoudil, nakolik užití klíčových slov „Interflora“ ze strany žalovaného a na základě toho zobrazená reklama ohrožuje udržení dobré pověsti žalobce (vlastníka ochranné známky), kterážto dobrá pověst může přilákat spotřebitele a zachovat si jejich přízeň. Tato otázka do značné míry souvisí s posouzením, zda bylo zasaženo do rozlišovací funkce ochranné známky. Pokud do rozlišovací funkce ochranné známky zasaženo nebylo, nebude pravděpodobně ani zasaženo do investiční funkce.¹⁶²

Zvláštní ochrana ochranné známky s dobrým jménem.

Vzhledem k tomu, že ochranná známka INTERFLORA má dobré jméno¹⁶³, bylo možné použít ustanovení¹⁶⁴, která poskytují širší ochranu než je tomu v případě

¹⁵⁹ Viz bod č. 57 rozhodnutí Interflora.

¹⁶⁰ Viz bod č. 60 rozhodnutí Interflora.

¹⁶¹ Viz bod č. 83 rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci L'Oréal a další ze dne 12. července 2011, sp. zn. C-324/09.

¹⁶² MALIŠ, Petr. In: JANSKA, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 302.

¹⁶³ Dobré jméno nese ochranná známka, která díky své známosti, délce nebo intenzitě užívání získala mezi veřejností takovou známost, že již požívá ochrany v rámci celého spektra výrobků a služeb, nikoliv

„běžných“ ochranných známek. Tato širší ochrana je s ohledem na všeobecnou známost ochranných známek s dobrým jménem poskytována v rámci všech výrobků a služeb (nikoliv tedy pouze v rámci těch, pro něž je zapsána).

Příslušná ustanovení¹⁶⁵ zajišťují majitelům ochranných známek s dobrým jménem ochranu proti zásahům, které představují:

- (a) protiprávní těžení z rozlišovací způsobilosti nebo dobrého jména ochranné známky (parazitování na pověsti),
- (b) újmu způsobenou rozlišovací způsobilostí ochranné známky (rozmělnění)¹⁶⁶
- (c) újmu způsobenou dobrému jménu této ochranné známky (pošpinění)¹⁶⁷.

V oblasti PPC reklamy to znamená, že majitel ochranné známky s dobrým jménem může třetím osobám zakázat, aby pro zobrazení své reklamy použily klíčového slova, které odpovídá této ochranné známce, a to pokud tím třetí osoba protiprávně těží z rozlišovací způsobilosti nebo dobrého jména ochranné známky (parazitování na pověsti) nebo pokud uvedená reklama způsobuje újmu této rozlišovací způsobilosti (rozmělnění) nebo tomuto dobrému jménu (pošpinění).

pouze v rámci těch, pro něž je zapsána. Jde zpravidla o nejznámější a největší světové značky. U těchto značek se totiž nepředpokládá, že by u dotčené veřejnosti existovalo nebezpečí záměny. K tomu srov. MALIŠ, Petr. In: JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 301 a rozsudky SDEU Adidas-Solomon a Adidas Benelux (bod 31), jakož i L'Oréal a další (bod 36).

¹⁶⁴ Viz čl. 5 odst. 2 písm. c) Staré směrnice o ochranných známkách a čl. 9 odst. 1 písm. c) Starého nařízení o ochranné známce Společenství.

¹⁶⁵ Viz čl. 5 odst. 2 písm. c) Staré směrnice o ochranných známkách a čl. 9 odst. 1 písm. c) Starého nařízení o ochranné známce Společenství.

¹⁶⁶ K té dojde pokud je snížena schopnost této ochranné známky odlišovat výrobky nebo služby majitele ochranné známky od výrobků nebo služeb, které mají jiný původ (k tomu srov. bod 76 rozhodnutí Interflora). Soudní dvůr toto pro oblast PPC reklamy upřesňuje a uvádí, že „Pokud užívání označení odpovídajícího ochranné známce, která má dobré jméno, jakožto klíčového slova vede k zobrazení reklamy, která běžně informovanému a přiměřeně pozornému uživateli internetu umožňuje pochopit, že nabízené výrobky nebo služby pocházejí nikoli od majitele ochranné známky, která má dobré jméno, ale naopak od jeho konkurenta, bude třeba dospět k závěru, že rozlišovací schopnost této ochranné známky nebyla uvedeným užíváním snížena, jelikož toto užívání pouze sloužilo k upoutání pozornosti uživatele internetu na existenci alternativy k výrobku nebo službě majitele uvedené ochranné známky.“ (k tomu srov. bod 81 rozhodnutí Interflora).

¹⁶⁷ Újma způsobená dobrému jménu ochranné známky „nastává tehdy, mohou-li být výrobky nebo služby, pro něž je třetími osobami použito totožné nebo podobné označení, vnímány veřejností takovým způsobem, že se přitažlivost ochranné známky sníží“. K tomu srov. bod 73 rozhodnutí Interflora.

Zvláště zajímavý se jeví výklad soudu k zásahu nejdříve uvedenému - k protiprávnímu těžení z rozlišovací způsobilosti nebo dobrého jména ochranné známky, neboli parazitování na pověsti. Jde totiž o jednání, které odpovídá jedné z pojmenovaných forem nekalé soutěže podle občanského zákoníku.

Soud k tomu zpočátku uvádí, že „pokud uživatelé internetu, kteří poté, co se dozvěděli o inzerátu uvedeného konkurenta, koupí výrobek nebo službu nabízené tímto konkurentem namísto výrobku či služby majitele ochranné známky, které původně chtěli vyhledat, těží uvedený konkurent skutečnou výhodou z rozlišovací způsobilosti a dobrého jména této ochranné známky.“¹⁶⁸ Při parazitním použití klíčového slova ani inzerent neplatí majitelům ochranných známek za toto užívání obvykle žádnou provizi.

Soudní dvůr ve svých úvahách pokračuje a dodává, že takový výběr klíčového slova může být chápán jako „užívání, kterým inzerent kráčí ve stopách ochranné známky s dobrým jménem s cílem využít její přitažlivosti, dobré pověsti a prestiže, jakož i bez jakékoli finanční kompenzace a vyvinutí vlastního úsilí v tomto ohledu využívat obchodního úsilí vyvinutého majitelem ochranné známky k vytvoření a pěstování image této ochranné známky. Je-li tomu tak, musí být takto získaný výtěžek ze strany třetí osoby považován za neoprávněný.“¹⁶⁹ Tento závěr se pak podle soudu jeví obzvláště relevantní v případech, kdy inzerenti nabízejí prostřednictvím klíčových slov k prodeji výrobky, které jsou napodobeninami výrobků majitele dotčené ochranné známky. Naopak v případě, kdy inzerent využívá klíčových slov odpovídajících ochranné známce jiné osoby k propagaci svých vlastních výrobků nebo služeb, které jsou „pouhou alternativou“ a nikoliv napodobeninou výrobků nebo služeb majitele této ochranné známky, dochází Soudní dvůr k překvapivému závěru¹⁷⁰, že „takové užívání v zásadě spadá do mezí zdravé a spravedlivé hospodářské soutěže v odvětví dotyčných výrobků nebo služeb“¹⁷¹. Tímto tvrzením si Soudní dvůr do jisté míry protiče s předem řečeným (viz předchozí citace) a takový závěr soudu nelze podle názoru

¹⁶⁸ Viz bod č. 87 rozhodnutí Interflora.

¹⁶⁹ Viz bod č. 89 rozhodnutí Interflora.

¹⁷⁰ Který je pak opakován v řadě odborných publikací. Viz např. FRANKLYN, David, David Hyman. *Trademarks as Search Engine Keywords: Much Ado About Something?* (překlad autora: Ochranné známky jako klíčová slova v reklamě ve vyhledávání: mnoho povyku pro nic?). In: Harvard Journal of Law & Technology. Publikováno v roce 2013. [cit. 9.12.2016]. Str. 468.

¹⁷¹ Viz bod č. 91 rozhodnutí Interflora.

autora považovat za přesvědčivý. Phillips¹⁷² se přiklání k tomu, že v praxi bude k takovému závěru možné dojít pouze zcela výjimečně.

Autor diplomové práce si v této souvislosti neodpustí poznámku, že přestože uvedené obchodní praktiky Soudní dvůr za parazitování na ochranné známce nepovažuje, jsou tyto v současné době stejně obvykle dlouhodobě finančně nevýhodné. Cíl Google AdWords je totiž obdobný jako cíl přirozeného vyhledávání Googlu, tedy hledat správné odpovědi na dotazy svých uživatelů. Larry King¹⁷³ jde ještě dále s tvrzením¹⁷⁴, že „Dokonalý vyhledávač pochopí, co uživatel svým dotazem myslí, a poskytne mu přesně takovou odpověď, kterou si představoval“. Nerelevantní stránka ani reklama proto z dlouhodobého hlediska nemůže u Googlu uspět. Pokud totiž uživatelé, kteří na Googlu (či jiném vyhledávači) hledají společnost A (zde Interflora) a naleznou společnost B (zde Marks & Spencer), nebude to zpravidla odpovídat jejich očekávání. To se mimo jiné promítne v nízké proklikovosti (Click Through Rate, neboli CTR) a ve velké míře bude docházet k okamžitému opuštění takové nerelevantní stránky, pokud na reklamu uživatelé kliknou omylem. Tyto údaje má (a musí k plnění svého poslání mít) Google k dispozici a vysílají mu jednoznačný signál, že taková reklama není pro uživatele relevantní.

V případě přirozeného vyhledávání by to vedlo k tomu, že by se „neočekávaný“ (nerelevantní) odkaz ve výsledcích vyhledávání propadl a velmi rychle zmizel z prvních stran výsledků vyhledávání. V případě placené reklamy Google AdWords jsou konečné důsledky podobné. Kromě postupného snižování počtu zobrazení neočekávané reklamy by rovněž došlo i k nárůstu ceny, kterou by takový inzerent musel za každý proklik na nerelevantní odkaz nabídnout, resp. zaplatit.

¹⁷² PHILLIPS, Jeremy. Autumn a golden season for Interflora. The IPKat. Publikováno 22. září 2011. [cit. 9.12.2016]. Dostupné z: ipkitten.blogspot.com.

¹⁷³ Spoluzakladatel společnosti Google.

¹⁷⁴ Google.com: HOW SEARCH WORKS From algorithms to answers. [cit. 24.11.2016]. Dostupné z www.google.com.

Díky algoritmu služby Google AdWords tak dochází k utlumování praktik posuzovaných v kauze Interflora, které Soudní dvůr Evropské unie označil v uvedeném rozhodnutí za „zdravé a spravedlivé“¹⁷⁵.

2.2.7.2. České právo a rozhodovací praxe soudů (Teco proti Seznam Sklik)

Ač unijní právo¹⁷⁶ demonstrativně stanoví, že cílem ochrany poskytnuté ochranným známkám je zejména zajistit jim funkci označení původu (rozlišovací funkce), česká právní úprava tak ve svém zákoně o ochranných známkách výslovně nečiní. Nelze však opomenout skutečnost, že národní soudy jsou povinny vykládat a aplikovat vnitrostátní předpisy v souladu s požadavky unijního práva (hovoříme o tzv. eurokonformním výkladu¹⁷⁷).

Pro oblast PPC reklamy ve vztahu k ochranným známkám jsou v českém právním řádu klíčová ustanovení § 8 odst. 2 písm. a), b) zákona o ochranných známkách, která uvádí, že *Nestanoví-li tento zákon jinak (§ 10 a 11), nikdo nesmí v obchodním styku bez souhlasu vlastníka ochranné známky užívat:*

- a) *označení shodné s ochrannou známkou pro výrobky nebo služby, které jsou shodné s těmi, pro které je ochranná známka zapsána,*
- b) *označení, u něhož z důvodu jeho shodnosti nebo podobnosti s ochrannou známkou a shodnosti nebo podobnosti výrobků nebo služeb označených ochrannou známkou a označením existuje pravděpodobnost záměny na straně veřejnosti, včetně pravděpodobnosti asociace mezi označením a ochrannou známkou.*

Pokud bude výše uvedené ustanovení porušeno a zároveň nebude dána některá z výjimek dle §§ 10¹⁷⁸ nebo 11¹⁷⁹ zákona o ochranných známkách, část odborné

¹⁷⁵ Viz bod č. 91 rozhodnutí Interflora.

¹⁷⁶ Staré i Nové nařízení o ochranné známce, jakož i Stará i Nová směrnice o ochranných známkách. K tomu srov. bod sedmý odůvodnění Starého nařízení o ochranné známce, resp. bod jedenáctý odůvodnění Nové směrnice o ochranných známkách.

¹⁷⁷ K tomu srov. např. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci Sabine von Colson a Elisabeth Kamann, sp. zn. C - 14/83, body 25, 26 a 28.

¹⁷⁸ Zejména jde o užití jména, obchodní firmy, adresy či údajů týkající se druhu, jakosti, množství, účelu, hodnoty, zeměpisného původu nebo označení nezbytného k určení účelu výrobku nebo služby.

¹⁷⁹ Situace, kdy došlo k vyčerpání práv k ochranné známce prvním uvedením zboží na trh.

veřejnosti se domnívá¹⁸⁰, že soud rozhodne o tom, že k porušení práva vlastníka k jeho ochranné známce dochází.

V oblasti určení odpovědnosti subjektů (tj. inzerentů a provozovatelů inzertních systémů) za porušení práva vlastníka k jeho ochranné známce jsou s ohledem na totožnost národní právní úpravy s právní úpravou unijní závěry Soudního dvora Evropské unie (např. ve věci Google France) plně použitelné. Proto je možné aplikovat § 13 občanského zákoníku, podle kterého *každý, kdo se domáhá právní ochrany, může důvodně očekávat, že jeho právní případ bude rozhodnut obdobně jako jiný právní případ, který již byl rozhodnut a který se s jeho právním případem shoduje v podstatných znacích*.

Je třeba zopakovat, že Soudní dvůr v rozhodnutí Google France vyřkl “prorocky“ právní závěry dva. Jeden “závazný“, druhý hypotetický.

Závazný závěr se opíral o pasivitu Googlu ve vztahu ke službě AdWords (Google reklamy inzerentů nekontroluje a ani je nezná a je tedy ve vztahu k nim pasivní a neutrální) díky které bylo možné Google v tomto případě subsumovat pod poskytovatele zprostředkovatelských služeb (konkrétně pod poskytovatele služby za ukládání obsahu informací poskytovaných uživatelem¹⁸¹). Důsledkem této subsumce bylo přiznání Googlu omezené odpovědnosti typu hosting.

Naproti tomu hypotetický závěr¹⁸² připustil, že pokud by Google přestal být ve vztahu ke službě AdWords pasivní (reklamu by kontroloval a tedy i znal její obsah), nebylo by užití ustanovení vztahující se na poskytovatele zprostředkovatelských služeb možné. Důsledkem toho by byla i nemožnost přiznat v této věci Googlu omezenou odpovědnost, a proto by za protiprávní obsah reklamy inzerentů odpovídal přímo. Vzhledem k tomu, že Google v mezidobí ve vztahu k platformě AdWords změnil svůj přístup a začal reklamy inzerentů kontrolovat, je třeba v době psaní této práce přisvědčit právě onomu hypotetickému závěru.

¹⁸⁰ ČERMÁK, Jiří, Petr Mališ. In: *Internetové právo*. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 303.

¹⁸¹ Srov. § 5 našeho zákona o některých službách informační společnosti, resp. článek 14 směrnice o elektronickém obchodu.

¹⁸² Srov. bod č. 120 rozhodnutí Google France.

Uvedený závěr však nelze s ohledem na řečené označit za všeobecně platný. Rozhodující orgán musí před hlubším právním posouzením vždy důkladně přezkoumat a prokázat, jakým způsobem byla reklama inzerenta ze strany Googlu (či jiného provozovatele inzertního systému, např. Seznam) zpracovávána, tj. zdali se tak dělo aktivně či pasivně.

V případě porušení práva vlastníka k jeho ochranné známce je v souladu s výše uvedeným tím, kdo ochrannou známku užívá (tedy ten, kdo je přímo odpovědný za případnou protiprávní povahu užití klíčových slov):

- (i) inzerent a
- (ii) provozovatel inzertních systémů typu AdWords či Seznam Sklik pak vždy podle toho, jakým způsobem reklamu inzerentů zpracovává.

Pokud zaujme provozovatel inzertního systému typu Google AdWords či Seznam Sklik ve vztahu k reklamě inzerentů aktivní postoj, bude za obsah reklamy odpovědný přímo společně s inzerenty. Pokud však provozovatel inzertního systému zaujme ve vztahu k reklamě inzerentů roli pasivní, bude za obsah uložený inzerenty (včetně klíčových slov) odpovídat až od okamžiku, kdy se o jeho protiprávnosti dozví a následně jej neprodleně neodstraní nebo k němu neznemožní přístup.

K tomu podrobněji viz předchozí rozbor rozhodnutí Google France v kapitole SEO a vyhledávání.

První české rozhodnutí¹⁸³ týkající se odpovědnosti provozovatele inzertního systému typu Google AdWords vynesl ve věci žalobce Tecu, a.s. proti žalovanému Seznam.cz, a.s. Městský soud v Praze jakožto soud prvoinstanční. Skutkový stav byl přitom v zásadě obdobný jako v případě již rozebraného rozhodnutí Soudního dvora ve věci žalobce Interflora proti žalovanému Marks & Spencer.

Městský soud ve svém rozhodnutí došel k závěru, který je pravděpodobně v souladu s již uvedenými závěry autora této práce, když dovodil, že provozovatel inzertního systému typu Google AdWords (v tomto případě šlo o jeho českou obdobu Seznam Sklik) je za protiprávní obsah (reklamu) uložený inzerenty přímo odpovědný.

¹⁸³ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6.9.2015, sp. zn. 21Cm 8/2015. Kopie rozsudku je přílohou této práce.

Městskému soudu v Praze je však třeba vytknout nedostatečné (místy dokonce až absentující) a nepřesvědčivé odůvodnění svých závěrů. S ohledem na přímou rozpornost závěru vnitrostátního soudu se závazným (myšleno v kontextu výše uvedeného dělení autora, nikoli ve smyslu precedenční závaznosti), přesvědčivým a velmi podrobně odůvodněným závěrem Soudního dvora Evropské unie by rozhodnutí českého soudu mělo být odůvodněno naopak velice důkladně. K tomu však nedošlo.

Žalobce se v uvedeném řízení odvolával mj. na ustanovení § 8 odst. 2 písm. a) zákona o ochranných známkách, podle kterého platí, že *Nestanoví-li tento zákon jinak (§ 10 a 11), nikdo nesmí v obchodním styku bez souhlasu vlastníka ochranné známky užívat:*

- a) označení shodné s ochrannou známkou pro výrobky nebo služby, které jsou shodné s těmi, pro které je ochranná známka zapsána.*

Dané ustanovení (resp. ustanovení unijního práva, jehož znění je však obdobné) již Soudní dvůr Evropské unie vyložil v rozhodnutí ve věci Google France tak, že provozovatel inzertního systému typu Google AdWords zásadně ochranné označení neužívá, a to s ohledem na skutečnost, že jeho role ve vztahu k reklamě inzerentů je ryze technická a pasivní, důsledkem čehož nese pouze omezenou odpovědnost typu hosting.¹⁸⁴ Omezená odpovědnost pak spočívá v tom, že provozovatel takového inzertního systému odpovídá až v případě, kdy poté, co se dozvěděl o protiprávním charakteru reklamy inzerenta, uvedená data neprodleně neodstraní nebo k nim neznemožní přístup.

V projednané věci byl žalovaný na protiprávní obsah reklamy žalobcem upozorněn a k odstranění reklamy vyzván. Výzva však neobsahovala žádný právně relevantní důkaz, z něhož by se žalovaný mohl dozvědět o prokazatelně protiprávním jednání inzerenta, když obsahovala pouhý názor žalobce, který byl o protiprávnosti reklamy inzerenta subjektivně přesvědčen. Proto se žalovaný bránil tvrzením, že posuzovat to, co je nebo není porušením práv z ochranné známky, může buď soud v konkrétním řízení vůči porušovateli, nebo Úřad průmyslového vlastnictví

¹⁸⁴ K tomu srov. body 56 a 57 rozhodnutí Google France.

v námitkovém řízení, nikoli on. Proti žalovanému byl rovněž podán návrh na vydání předběžného opatření, který byl však Vrchním soudem zamítnut.

Jak se k dané věci postavil Městský soud v Praze je zajímavé zejména v kontextu závěrů Soudního dvora Evropské unie. Podle rétorského pravidla *contraria juxta se posita magis elucescunt* (protiklady ve vzájemné konfrontaci více vyniknou) se jeví příhodné vyzdvihnout při rozboru uvedeného rozhodnutí Městského soudu v Praze kvalit rozhodovací praxe Soudního dvora, o které již bylo pojednáno.

Městský soud v předmětném rozhodnutí nejprve dochází k závěru, že žalovaný (provozovatel inzertního systému) ochrannou známkou žalobce užívá, což je prvním předpokladem porušení práv k ní. Tento závěr zdánlivě podporuje citací části rozhodnutí Soudního dvora ve věci Google France: „užívání označení totožného s ochrannou známkou konkurenta jakožto klíčového slova prováděné inzerentem v rámci optimalizace pro vyhledávání na internetu za tím účelem, aby se uživatel internetu dozvěděl nejen o výrobcích nebo službách nabízených tímto konkurentem, ale rovněž o výrobcích nebo službách uvedeného inzerenta, je užíváním pro výrobky nebo služby tohoto inzerenta“. Rozporu závěru Městského soudu se závěrem Soudního dvora (Soudní dvůr po rozsáhlých a přesvědčivých úvahách dovedl, že ochrannou známkou za tehdejšího stavu užíval naopak pouze inzerent a nikoliv tedy provozovatel inzertního systému, což je patrné i z výše uvedené citace) však národní soud již nevěnuje pozornost.

Závěr o tom, kdo ochrannou známkou použitou v reklamě inzerenta užívá, je tedy v rozporu se závěry Soudního dvora, a to přestože jde o výklad obdobných právních norem¹⁸⁵. I když tento závěr může být v souladu s již vyřčenými závěry autora této práce, Městský soud se nijak nezabýval zkoumáním, jaká je role žalovaného ve vztahu k jím provozovanému inzertnímu systému, tedy zdali je jeho role aktivní (obsah reklamy přezkoumává) či pasivní (jeho role je čistě technická a reklamy nijak nepřezkoumává). Přesvědčivá odpověď na tuto otázku je přitom kurčení přímo odpovědného subjektu klíčová. Městský soud se jí však vůbec nezabýval (jakoby automaticky, bez jakéhokoli dokazování presumoval, že role žalovaného je aktivní)

¹⁸⁵ K tomu srov. čl. 14 směrnice o elektronickém obchodu.

a jedinou podporou jeho rychle vyčteného závěru byla citace části rozhodnutí Soudního dvora, která jej však naopak vyvrací.

K obraně žalovaného, že se na něj jako na poskytovatele zprostředkovatelských služeb informační společnosti (k tomu srov. § 5 zákona o některých službách informační společnosti a čl. 14 podkladové směrnice o elektronickém obchodu) vztahuje omezená odpovědnost, soud úsečně uvedl, že taková obrana „v konkrétním případě není namístě“. Proč Městský soud v Praze při výkladu norem pocházejících z práva Evropské unie (srov. čl. 14 směrnice o elektronickém obchodu) došel ke zcela opačným názorům, než ke kterým došel při jejich interpretaci Soudní dvůr Evropské unie, však není z jeho rozhodnutí patrné.

V návaznosti „určení“ žalovaného jako případného přímo odpovědného subjektu z porušení práv k ochranné známce žalobce se Městský soud dále zabýval výkladem a aplikací příslušných ustanovení zákona o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví a zákona o regulaci reklamy. Přitom však zcela opominul ustálený názor Soudního dvora, že výkon výlučného práva plynoucího z ochranné známky (v tomto případě výkon práva zakázat všem třetím osobám v obchodním styku bez souhlasu vlastníka ochranné známky užívat označení shodné s touto ochrannou známkou pro výrobky nebo služby, které jsou shodné s těmi, pro které je ochranná známka zapsána) je vyhrazen pouze pro případy, kdy „užívání označení třetí osobou zasahuje či je s to zasáhnout do funkcí ochranné známky a zejména její základní funkce zaručit spotřebitelům původ výrobku“.¹⁸⁶

Nejvíce znepokujícím však je, že z odůvodnění rozhodnutí Městského soudu je zřejmé, že závěr soudu by byl stejný i za situace, kdyby žalovaného označil za poskytovatele zprostředkovatelských služeb (což by bylo v souladu s judikaturou Soudního dvora), čímž by mu přiznal omezenou odpovědnost za protiprávní obsah reklamy svých inzerentů. Omezená odpovědnost by spočívala v tom, že žalovaný by za obsah reklamy odpovídal až pokud by se prokazatelně dozvěděl o protiprávní povaze jejího obsahu a neučinil by neprodleně veškeré kroky, které lze po něm požadovat,

¹⁸⁶ Soudní dvůr tento právní názor považuje za ustálený a odkazuje přitom na řadu svých rozhodnutí, ve kterých jej zopakoval. Viz bod č. 37 rozebíraného rozhodnutí ve věci Interflora.

k jejímu odstranění nebo zneprístupnění¹⁸⁷. Městský soud k tomu uvádí, že k posouzení protiprávnosti reklamy spočívající v porušení práv k ochranným známkám žalobce „žalovaný nepotřeboval žádné oprávnění, ani právnické vzdělání, stačil mu jen zdravý rozum.“

S ohledem na vše uvedené nelze tomuto prvnímu českému rozhodnutí ve věci reklamy ve vyhledávání přisvědčit.

2.2.7.3. Display reklama (bannerová reklama)

2.2.7.3.1. Úvod

V České republice tvoří bannerová neboli display reklama zhruba 50% investic do inzerce na internetu. Bannery jsou vymezeny prostorově (nejčastěji rozměrově v pixelech) v rámci určitých webových stránek (viz obrázky níže).



Bannerová reklama (obrázek znázorněný červeně) v záhlaví webových stránek echo24.cz. Print screen ze dne 1.12.2016.

V rámci bannerové reklamy je vhodné rozlišovat její dvě formy.

Tou první a starší formou je display (bannerová) reklama, kterou si inzerent (zpravidla zadavatel reklamy) nakupuje přímo. Jde o tradiční metodu kdy inzerent osloví přímo majitele reklamní plochy (tj. majitele webových stránek) a poptá u něj

¹⁸⁷ Srov. § 5 odst. 1 písm. b) zákona o některých službách informační společnosti.

reklamu. Inzerentům jsou tak snadno přístupné prémiové a nestandardní plochy (viz obrázek výše), které se nakupují primárně pro velké brandové kampaně. Přímý nákup může inzerent realizovat i prostřednictvím zprostředkovatele.¹⁸⁸ Výdaje na přímý nákup display reklamy v České republice v roce 2015 tvořily 6,65 miliard korun (celkové výdaje na internetovou reklamu pak byly 15 miliard korun).¹⁸⁹

Druhou, novou a prudce se rozvíjející formou bannerové reklamy je automatizovaný nákup (programmatic buying), někdy také označovaný jako RTB (real time bidding). Ceny jsou postavené na základě automatizované aukce mezi inzerenty, jež sami navrhnou cenu, kterou jsou ochotni za reklamu zaplatit. Výhodou automatizovaného nákupu je úspora času a peněz inzerentů. Tou největší chloubou RTB technologie je však možnost zacílení reklamy na konkrétního uživatele. Každému uživateli se pak na stejných stránkách zobrazí jiná reklama, a to na základě jeho zjistitelného osobního profilu¹⁹⁰. Proto se RTB reklama často používá v rámci remarketingových kampaní. Mezi příklady míst, na kterých lze automatizovaný nákup realizovat, patří Google AdWords, který mj. umožňuje i nákup bannerové reklamy na YouTube, dále např. Seznam Sklik a webová tržiště typu AdPlace.¹⁹¹ V loňském roce zaznamenala RTB reklama v České republice růst o 120% oproti roku předchozímu a inzerenti za ni zaplatili 198 milionů korun.¹⁹²

Jakým způsobem inzerent za reklamu platí pak není tak jednoduchý jako v případě reklamy ve vyhledávání, kde je současným standardem platba za proklik (PPC, tedy pay per click). V oblasti bannerové reklamy je využívána celá škála možností, podle které lze určit její cenu. Ta může být dána buď počtem zobrazení reklamy (CPT, cost per

¹⁸⁸ APPLETAUEROVÁ, Lucie. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 81.

¹⁸⁹ Česká televize. Výdaje na internetovou reklamu vzrostly na 15 miliard. Publikováno dne 3.3.2016. [cit. 27.11.2016]. Dostupné z: www.ceskatelevize.cz.

¹⁹⁰ Např. mladým ženám, které na internetu v nedávné době hledaly parfém, se zobrazí jiná reklama než starším mužům, kteří si prohlíželi knihy Milana Kundery.

¹⁹¹ APPLETAUEROVÁ, Lucie. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 82.

¹⁹² Česká televize. Výdaje na internetovou reklamu vzrostly na 15 miliard. Publikováno dne 3.3.2016. [cit. 27.11.2016]. Dostupné z: www.ceskatelevize.cz

thousand) či počtem prokliků na reklamu (CPC, cost per click) nebo počtem akcí¹⁹³ či konverzí (CPA, cost per action).

2.2.7.3.2. Právní regulace

Právní regulace bannerové reklamy je v zásadě stejná jako v případě reklamy ve vyhledávání, proto je již řečené použitelné i v tomto případě. Bannery jsou obvykle graficky oddělené a představují tedy zvláštní inzertní prostor.

V první řadě je třeba pamatovat na veřejnoprávní regulaci obsahu a šíření bannerové reklamy, kterou představuje zejména zákon o regulaci reklamy ve spojení se zákonem o ochraně spotřebitele. Zde pouze stojí za zmínku skutečnost, že bannerová reklama již nemusí obecně nést výslovné označení, že jde o reklamu, ale musí se jednat o graficky či jinak oddělený inzertní prostor. K tomu více viz podkapitola věnovaná zakázané internetové reklamě.

Soukromoprávní regulaci představuje občanský zákoník a zejména jeho úprava nekalé soutěže a ochrany osobnosti.

Zvláště za zmínku pak stojí práva k chráněným označením, se kterými se obsah bannerové reklamy může rovněž dostat do konfliktu. Bannerová reklama se tak může dostat do kolize zejména s právy k ochranným známkám jiných osob, ale i s právem k názvu právnické osoby (popř. obchodní firmy) či jménu fyzické osoby.

2.2.7.4. Remarketing

Remarketing je technika, jejíž pomocí se zadavatel reklamy snaží přivést uživatele zpět na webovou stránku, kterou předtím navštívil, ale neprovedl požadovanou akci – nejčastěji nákup. Jedním z nejčastějších kroků remarketingu je právě přivést nerozhodnuté návštěvníky zpět na stránku a zvýšit tak šance, že nákup dokončí. Google význam remarketingu podtrhuje konstatováním, že až 96% návštěvníků nedokončí akci, kvůli které na web inzerenta přišli. A právě remarketing zobrazením reklamního sdělení šitého na míru či zvláštní nabídkou může tyto jedince přimět, aby se na stránky vrátili a nákup dokončili.

¹⁹³ Akcí je např. registrace uživatele či přihlášení k odběru obchodních sdělení.

K tomu, aby byli tito uživatelé na internetu „odchyceni“ inzerenty, se pak využívá dat (konkrétně prostých textových souborů) zvaných cookies. Formou remarketingu je pak obvykle display (bannerová) reklama, o které již bylo pojednáno výše.

Nebylo-li by cookies, remarketing by pravděpodobně nespátřil světlo světa. Proto je pro pojednání o remarketingu v právním světle klíčová právě problematika cookies. Té bude věnována pozornost v rámci následující kapitoly věnované webové analytice.

2.3. WEBOVÁ ANALYTIKA

2.3.1. Úvod

Webová analytika zahrnuje měření, sběr, analýzu a reportování internetových dat¹⁹⁴ za účelem pochopení a optimalizace využívání webu. Smyslem webové analytiky je primárně pochopit, co se na webu děje (jak se návštěvníci webu chovají, které funkce webu mají pozitivní dopad na obchodní výsledky, zdali na webu návštěvníci nacházejí to, co hledají apod.). Dále můžeme díky webové analytice (i) rychle identifikovat, co na webu nefunguje, (ii) vyzdvihnout obsah, o který je zájem, (iii) vypočítat hodnotu webu pro danou společnost, (iv) zlepšit obchodní výsledky webu, (v) ospravedlnit rozhodnutí a investice do rozvoje webu a kampaní.¹⁹⁵

Hlavním nástrojem pro webovou analytiku v České republice je bezplatný nástroj Google Analytics, přičemž pro některé specifické techniky webové analytiky (např. A/B testování) jsou využívány i nástroje jiné. Počítadla návštěvnosti typu Toplist, Navrcholu a další jsou již však historií.

Google Analytics technicky funguje díky měřicímu JavaScriptovému kódu, který si provozovatelé webových stránek umístí do zdrojového kódu své webové

¹⁹⁴ Webová analytika používá dva typy dat, a to kvantitativní data a kvalitativní data. Kvantitativní data odpovídají na otázku co a jak se stalo (nejčastěji se měří interakce na webových stránkách, např. zobrazování stránek na webu, registrace do e-mailové databáze, počet dokočení objednávek apod.). Tato data se obvykle sbírají skrze JavaScriptový kód umístění v kódu webové stránky. Kvalitativní data odpovídají naopak na otázku proč se něco stalo. Tato data lze získat komunikací se zákazníky, ve větším měřítku různými dotazníky a dalšími metodami kvalitativního výzkumu.

¹⁹⁵ JAŠEK, Pavel. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 88 a násl.

stránky. Ten pak sleduje, které stránky na tomto webu návštěvníci navštěvují. Některé údaje kód ukládá uživatelům do souboru cookie v prohlížeči a také je posílá ke zpracování na servery společnosti Google. Google všechna získaná data zpracuje a v rozhraní Google Analytics jsou pak provozovatelům webů dostupné desítky standardních přehledů mapujících chování uživatelů webové stránky.¹⁹⁶

Klíčovou podmínkou pro funkčnost webové analytiky (jakož i remarketingu, viz výše) jsou právě cookies, které podléhají právní regulaci. Proto je při pojednání o webové analytice z právního hlediska problematika cookies otázkou zásadní.

2.3.2. Problematika cookies

2.3.2.1. Technický úvod do cookies

Nebylo-li by cookies, remarketing ani webová analytika by pravděpodobně nespátřily světlo světa.

Z technického hlediska nejsou cookies ničím jiným než textem, který server příslušné webové stránky zašle internetovému prohlížeči jako je např. Google Chrome, Safari či Internet Explorer a tento prohlížeč je – pokud nejsou cookies ze strany uživatele v nastavení prohlížeče vypnuta - uloží na pevný disk počítače uživatele¹⁹⁷. Cookies tedy umožňují webovým stránkám nahrát na pevný disk uživatele textové soubory s tím, že následně k tomuto textovému souboru (cookie) mají přístup.

Pokud uživatel navštíví webovou stránku XYZ.cz, tato zpravidla uloží na disk uživatelova počítače svůj soubor cookie, který bude obvykle vypadat následovně: <UserID A983JAWJDSJOIDSAOJJDS www.XYZ.cz>. Tím si webová stránka daného uživatele označí náhodně přiděleným (a pro třetí strany nic neříkajícím) uživatelským ID. Jiné informace v souboru cookie obvykle ukládány nejsou. Pokud návštěvník webovou stránku XYZ.cz navštíví znovu, tato webová stránka si od prohlížeče vyžádá přístup k jejich souboru cookie. K žádnému jinému souboru cookie (tj. ke cookie z jiné webové stránky), ani k žádným jiným informacím na disku uživatele, pak dotyčná

¹⁹⁶ JAŠEK, Pavel. In: Online marketing, současné trendy očima předních expertů. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 97 a násl.

¹⁹⁷ V případě prohlížeče Google Chrome jsou cookie ukládána do složky C:\Users<uživatelské_jméno>\AppData\Local\Google\Chrome\User Data\Default\ a dále jsou navíc automaticky zašifrována.

webová stránka přístup nemá. Jakmile má webová stránka od internetového prohlížeče povolen přístup k souboru cookie, který si dříve na počítač uživatele uložila, je jí k dispozici ID daného uživatele. Tím zjistí, že jde o stejného uživatele. Pokud si tento uživatel např. vložil zboží do košíku v e-shopu a půjde na další podstránku, e-shop díky cookie pozná, že jde o stejného uživatele a zboží z košíku mu „nezmizí“. Bez cookies by nákupy v e-shopu pro neregistrované uživatele nebyly možné (zboží se přiřazuje uživateli s určitým ID). Dalším příkladem je optimalizace vzhledu webových stránek. Pokud si uživatel nastaví jiný vzhled webové stránky (např. na seznam.cz viz nastavení v pravém horním rohu) či jinou jazykovou preferenci, webová stránka podle souboru cookie pozná, že jde o stejného uživatele a vzhled webové stránky a jazykovou preferenci přizpůsobí jeho nastavení. Tato uživatelská nastavení pak fungují obvykle tak, že webová stránka si uloží nastavení uživatele do vlastní databáze a jakmile zjistí, že si uživatel s určitým ID webovou stránku prohlíží, informace spojí a zobrazí mu web v podobě, kterou si nastavil. Podobný princip platí v případě YouTube - pokud uživatel opustí sledování videa uprostřed a na stránku s videem se později vrátí, automaticky mu bude přehráváno tam, kde jej naposledy přestal sledovat. Smyslem cookies je tedy v první řadě zpříjemnění uživatelského zážitku z návštěvy dané webové stránky.

Ve valné většině případů pak webové stránky uloží do počítače svého uživatele právě onu jedinou zmiňovanou informaci – náhodně vygenerované ID uživatele.¹⁹⁸ To webovým stránkám umožní výše příkladmo uvedené funkce a dále i sledovat, jak se tento uživatel na webové stránce chová (což je v konečném důsledku opět ve prospěch uživatelů, neboť díky analýze těchto dat jsou webové stránky zdokonalovány).

Cookies jsou dále nezbytným předpokladem funkčnosti remarketingu a personalizace reklam (v obou případech jde přitom o nové nástroje online marketingu, kterým cookies pomáhají až od relativně nedávna). Jak již bylo řečeno, pokud uživatel navštíví např. webovou stránku youtube.com, tak tato webová stránka má přístup právě a pouze ke svému souboru cookie. Jde tedy o dvousměrnou komunikaci, která může být zachycena leda tak hackerskými útoky či připojením se na nezabezpečenou síť wi-fi. Je

¹⁹⁸ Zbylé informace si pak provozovatel webu obvykle ukládá do své databáze a přiřadí je k tomuto konkrétnímu uživateli. Některé - zpravidla rozsáhlé - webové stránky (např. největší e-shop na světě amazon.com) pak ukládají do souboru cookie větší množství informací, které by mohly ukládat do své databáze. To však již není nutné a záleží na konkrétní webové stránce, jaký přístup zvolí.

však důležité si uvědomit, že na stránce YouTube je umístěna reklama. Tato reklama se pak v zásadě chová jako webová stránka embeddovaná do webové stránky YouTube.com. Pokud tedy na webové stránce YouTube bude embeddována reklama od Googlu (či alespoň sledovací kód Google DoubleClick), Google si na počítač uživatele uloží svůj vlastní textový soubor (cookie) a uživateli přiřadí své vlastní ID. Jakmile uživatel s tímto ID navštíví jinou webovou stránku s kódem (resp. reklamou) Googlu, Google to zaznamená. Google (či jiný podobný šířitel reklamy) takto postupně shromáždí informace o uživateli s přiřazeným ID, spočívající zejména v tom, jaké webové stránky uživatel navštívil a kdy, podle čehož zjistí jeho zájmy, ale i pravděpodobné bydliště a další informace, které lze z těchto dat odhadnout. Google dále pomocí svého kódu zjistí, že např. uživatel s určitým ID momentálně hledá flash disky o kapacitě 64 GB. Jakmile se pak takovýto uživatel ocitne na webové stránce, která bude mít embeddovanou reklamu Googlu, Google si vyžádá přístup do souboru cookies, čímž zjistí, že jde o uživatele se stejným ID. Následně probíhá automatická aukce ohledně toho, jaká reklama bude takovému uživateli zobrazena. Zájem budou mít např. inzerenti s reklamou na flash disky o dané kapacitě. Pokud takový inzerent vyhraje aukci, zobrazí se tomuto uživateli jeho reklama. Toto vše se děje díky automatizaci v řádu milisekund. Výhodou pro inzerenty je, že zobrazují reklamu uživateli, který o ni bude mít pravděpodobně zájem. Inzerenti navíc mohou na internetu „odchytit“ uživatele, který vložil určité zboží v jejich e-shopu do košíku, ale nedokončil nákupní proces a nabídnout mu např. slevu, čímž ho nalákají k dokončení nákupního procesu. Z personalizace reklamy a remarketingu tak těží i samotní uživatelé, když jim nejenže bude zobrazována relevantní reklama, ale může jim být nabídnuta i výhodnější nabídka.

Přínos cookies pro uživatele je tedy zřejmý a obvykle pro ně nepředstavuje žádný zásah do soukromí, když údaje v nich obsažené zpravidla nemohou uživatele identifikovat. Cookies sdělují pouze uživateli internetovou historii, z čehož lze poté pouze dovodit (tedy odhadnout, nikoliv přímo určit) jeho zájmy, bydliště, pravděpodobné pohlaví, věkové rozpětí apod. Vzhledem k tomu, že některé profily uživatelů mohou být velice obsáhlé (ale stále samy o sobě anonymní, tzn. že podle nich není možné určit konkrétní osobu), mohou ve spojení s jinými daty již k identifikaci člověka vést. Tato hypotetická možnost, kdy anonymní profily uživatelů získané díky

textovým souborům cookie mohou vést ve spojení s dalšími daty k určení konkrétní osoby, již hrozbu zásahu do soukromí představovat může. V takovém případě by totiž internetová historie byla přiřazena konkrétní osobě, což lze bez nadsázky považovat za jistou formu sledování, kteréžto privilegium je obvykle vyhrazeno státním orgánům za přesně daných podmínek (např. sledování osob dle trestního řádu). A právě proto je cookies věnována taková pozornost ze strany zákonodárců a médií.

Závěrem k tomuto technickému úvodu je však třeba dodat, že internetové prohlížeče umožňují cookies z počítače nejen smazat, ale taktéž zcela vypnout (navštívené webové stránky pak prohlížeč neumožní, aby na diskový prostor uživatele umístila textový soubor cookies a přiřadila mu určité ID, tzn. uživatel pro ni zůstane anonymní). Vypnutí cookies je však zpravidla v neprospěch samotného uživatele, neboť tím přijde o všechny shora uvedené výhody. Má-li však některý uživatel obavy o své soukromí, v řádu sekund se jich může snadno zbavit. Je otázka, zdali tento způsob neřeší obavy o soukromí lépe, než kostrbatá regulace (viz dále). Stanovení povinnosti vývojářům internetových prohlížečů, aby svým uživatelům umožnily cookies snadno vypnout, by se proto mohlo jevit jako alternativní řešení obav o soukromí.

2.3.2.2. Právní regulace cookies

Za první snahu právně regulovat cookies lze považovat směrnici o soukromí a elektronické komunikaci (tzv. e-Privacy Directive či sušenková směrnice), která zavázala členské státy, aby do svých právních řádů zakotvily povinnost provozovatelů webových stránek předem informovat své uživatele (návštěvníky) o používání cookies a současně obdržet s užitím cookies jejich souhlas.¹⁹⁹

Oproti požadavku předchozího souhlasu uživatele webových stránek (princip opt-in) pojal český zákonodárce problematiku cookies odlišně od podkladové směrnice a v § 89 odst. 3 zákona o elektronických komunikacích stanovil, že *Každý, kdo hodlá používat nebo používá síť elektronických komunikací k ukládání údajů nebo k získávání přístupu k údajům uloženým v koncových zařízeních účastníků nebo uživatelů, je*

¹⁹⁹ Viz. čl. 5 odst. 3 směrnice o soukromí a elektronické komunikaci v kontextu novelizace směrnice 2009/136/ES: *Členské státy zajistí, aby uchování informací nebo získávání přístupu k již uchovávaným informacím bylo v koncovém zařízení účastníka nebo uživatele povoleno pouze pod podmínkou, že dotčený účastník či uživatel poskytl svůj souhlas poté, co mu byly poskytnuty jasné a úplné informace v souladu se směrnicí 95/46/ES, mimo jiné o účelu zpracování.*

povinen tyto účastníky nebo uživatele předem prokazatelně informovat o rozsahu a účelu jejich zpracování a je povinen nabídnout jim možnost takové zpracování odmítnout. Odlišnost českého práva tedy spočívá v tom, že není uplatňován princip opt-in (spočívající v nutnosti udělení předchozího souhlasu uživatele s užitím cookies) požadovaný Evropským právem, ale naopak princip opt-out, kdy se souhlas uživatele automaticky předpokládá, přičemž zpracování cookies je možné následně odmítnout.

Vzhledem k tomu, že téměř všechny webové stránky cookies zpracovávají, zobrazují se uživatelům okénka, ve kterých jsou v souladu se zákonnou povinností o této skutečnosti informováni. Následkem toho musí uživatelé informační okénka odklikávat, což se mnohým z nich jeví jako obtěžující²⁰⁰. Zarážející postoj pak k uvedené regulaci zvolily státní instituce (cookies prokazatelně zpracovávající²⁰¹) jako např. Úřad vlády České republiky²⁰², Nejvyšší správní soud České republiky²⁰³ či Ústavní soud České republiky²⁰⁴, které nedodržují ani mírnější právní pravidla zakotvená českým zákonem o elektronických komunikacích. Mezi státními institucemi pak jakoby září Úřad pro ochranu osobních údajů, který se však přesto vydal cestou mírnější a své návštěvníky pouze informuje, že „Tento web využívá cookies. Jeho používáním s tím vyjadřujete souhlas.“ a umožňuje jim kliknout na tlačítko *Rozumím*, kterým se okénko zavře²⁰⁵.

I tím, že příkladmo uvedené státní instituce citované zákonné ustanovení porušují, lze uzavřít, že požadavek, který směrnice o elektronických komunikacích na členské státy klade, se jeví jako přinejmenším kontroverzní.

Dále bylo Evropským parlamentem a Radou schváleno obecné nařízení o ochraně osobních údajů, které je platné od 24. května 2016 a v účinnost vstoupí dne 25. května 2018. Nařízení ve svém odůvodnění výslovně stanoví, že osobními údaji

²⁰⁰ Srov. např. ŠABLATURA, Jan. Budete dodržovat „sušenkový zákon“? A je to vůbec možné? Publikováno dne 12.8.2015. [cit. 7.12.2016]. Dostupné z www.zdrojak.cz.

²⁰¹ Viz jejich zdrojový kód, který obsahuje mj. i sledovací kód Google Analytics.

²⁰² Viz www.vlada.cz. Stav ke dni 2.12.2016.

²⁰³ Viz www.nssoud.cz. Stav ke dni 2.12.2016.

²⁰⁴ Viz www.usoud.cz. Stav ke dni 2.12.2016.

²⁰⁵ Viz www.uoou.cz. Stav ke dni 2.12.2016.

mohou být i síťové identifikátory jako například IP adresa nebo právě cookies.²⁰⁶ Pokud by cookies skutečně byly za osobní údaje považovány, znamenalo by to nejen, že by provozovatelé webových stránek museli se zpracováním cookies vyžadovat předchozí souhlas svých návštěvníků, ale dopadala by na ně při shromažďování či zpracovávání těchto osobních údajů i řada dalších právních povinností²⁰⁷, a to pod hrozbou veřejnoprávních sankcí.²⁰⁸

²⁰⁶ Srov. bod 30 odůvodnění obecného nařízení o ochraně osobních údajů.

²⁰⁷ Např. uchovávat cookies pouze po dobu, která je nezbytná k účelu jejich zpracování a po uplynutí této doby je odstranit či přijmout taková opatření, aby nemohlo dojít k neoprávněnému nebo nahodilému přístupu k těmto osobním údajům, k jejich změně, zničení, ztrátě či jinému zneužití a dále např. ohlašovat narušení bezpečnosti osobních údajů bez zbytečného odkladu orgánu dozoru.

²⁰⁸ KARTNER, Martin, Jiří Prouza. Evropská unie schválila konečnou podobu obecného nařízení o ochraně osobních údajů. Publikováno dne 15.6.2016. Epravo.cz. [cit. 2.12.2016]. Dostupné z: www.epravo.cz.

3. ZAKÁZANÉ PRAKTIKY

3.1. SPAM

3.1.1. Pojem a dělení

Pojem spam není nikde vymezen a neexistuje ani všeobecná shoda na tom, co je jeho obsahem.²⁰⁹ Podle rozsahu vymezení však autor této práce pro účely právní vědy rozlišuje spam v užším slova smyslu a v širším slova smyslu.

V užším slova smyslu rozumíme spamem šíření nevyžádaných obchodních sdělení. Takto vymezený pojem spamu zásadně není v České republice trestněprávně postižitelný, a to z důvodu absence jak vnitrostátní, tak i mezinárodněprávní ochrany.²¹⁰ Jeho podstatným rysem pak je obchodní (reklamní) aktivita, která je zároveň v rozporu s právními pravidly. Vzhledem k tomu, že nevyžádaná obchodní sdělení tvoří pouze část všech nevyžádaných zpráv²¹¹, je třeba definovat i spam v širším slova smyslu a zasadit jej do právního kontextu.

V širším slova smyslu lze mezi spam zahrnout všechny doručené hromadně šířené nevyžádané zprávy vyjma již uvedených nevyžádaných obchodních sdělení. V širším kontextu tedy chápeme spamem i zprávy obsahující např. viry a trojské koně. V případě vymezení spamu tímto způsobem je trestněprávní postih obvykle možný. Je tomu tak z důvodu, že většinu všech spamů tvoří scamy²¹² (v rámci scamů pak dále rozlišujeme phishing, malware a scamy nigerijského typu), které již trestním právem pro svoji společenskou škodlivost postižitelné jsou.

Smyslem tohoto teoretického členění je otázka možnosti vzniku trestní odpovědnosti a s tím do značné míry související povaha aktivity spamera a škodlivost

²⁰⁹ JANSÁ, Lukáš, JÁN MATEJKA. *In: Internetové právo*. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 259.

²¹⁰ KOLOUCH, Jan a Petr VOLEVECKÝ. *Trestněprávní ochrana před kybernetickou kriminalitou*. Vyd. 1. Praha: Policejní akademie České republiky v Praze, 2013. ISBN 978-80-7251-402-1, str. 35.

²¹¹ Konkrétně 36 %. Na všechny statistické údaje je však v této oblasti třeba pohlížet s nadhledem, a to nejen kvůli nejednotným definicím, ale i kvůli tomu, že údaje se v průběhu času různí, a to často i podstatně. Srov. Spam Laws. Spam statistics and facts [cit. 7. 12. 2016]. Dostupné z www.spamlaws.com.

²¹² Pro více k pojmu scam, jakož i k pojmům phishing, malware a scamy nigerijského typu viz str. 76 a násl. této práce. K tomu srov. KOLOUCH, Jan a Petr VOLEVECKÝ. *Trestněprávní ochrana před kybernetickou kriminalitou*. Vyd. 1. Praha: Policejní akademie České republiky v Praze, 2013. ISBN 978-80-7251-402-1, str. 36.

jejího následku, jak bude rozebráno dále. V případě spamu v užším slova smyslu je následkem obvykle pouze obtěžování příjemců. U spamů v širším slova smyslu může být však následek v případě dokonání pachatelova jednání podstatně závažnější.

Vedle nastíněného dělení je třeba ještě pamatovat na právně šedou zónu. Do této lze zařadit obchodní sdělení šířená po předchozím souhlasu adresáta, která však v důsledku nedostatečného e-mail marketingu (nedůsledná práce s databází a nevyužívání všech dostupných údajů pro detailní cílení kampaní) nemají pro adresáta dostatečnou či vůbec žádnou hodnotu, a jsou tak jejich adresátem subjektivně jako spam vnímána. Pro vyhodnocení úspěšnosti e-mailového marketingu (tedy i toho, zda zpráva příjemce do menší či větší míry obtěžuje) mají online marketéři k dispozici řadu metrik, například open rate²¹³, click through rate (CTR)²¹⁴, deliverabilitu²¹⁵, unsubscribe rate²¹⁶ a jiné²¹⁷. Sankce za obtěžování příjemce obchodními sděleními v tomto případě není sankcí právní, ale sankcí v podobě snížení důvěry a zejména ztráty zákazníka (přičemž takovouto sankci lze i do jisté míry monetizovat, neboť každý, byť i potenciální, zákazník má pro odesílatele určitou v penězích vyjádřitelnou hodnotu). Takováto sankce se jeví jako zcela dostačující a regulovat nastíněnou šedou zónu právem by bylo nejen velice obtížné, ale i nadbytečné²¹⁸.

3.1.2. Spam v širším slova smyslu

S ohledem na skutečnost, že největší část všech spamů v současné době tvoří tzv. scamy (z angl. *scam* – podvod), je v rámci pojednání o spamech podle širšího pojetí věnována pozornost právnímu rozboru zejména tohoto fenoménu. Mezi scamy řadíme phishing, malware a nigerijský typ. Společným rysem všech scamů je jejich účel, tj. vylákat finanční prostředky podvedených uživatelů.

²¹³ Poměr příjemců, kteří sdělení otevřeli k celkovému obeslanému publiku.

²¹⁴ Poměr příjemců, kteří v zaslaném e-mailu klikli na odkaz a dostali se tak na e-shop.

²¹⁵ Vyjadřuje doručitelnost, tedy podíl došlých e-mailů do schránek příjemců z celkového počtu zaslaných e-mailů.

²¹⁶ Kolik kontaktů se odhlásilo z přijímání dalších zpráv z každé rozesílky.

²¹⁷ Srov. Online marketing. Kolektiv autorů. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 159 a n.

²¹⁸ V případě regulace i této oblasti je pro její praktickou účinnost nezbytné, aby dozorový orgán měl přístup do databází odesílatelů, kteréžto databáze představují obchodní tajemství. Takový zásah se jeví jako nadměrně extenzivní sledovanému cíli a s ohledem na řečené by byl navíc i nadbytečným.

Phishingové útoky spočívají nejčastěji v zaslání zprávy poškozenému (zpravidla e-mailem), která v běžných uživateliích na první pohled nevzbudí žádné podezření, že by mělo jít o sdělení podvodného charakteru. Součástí textu phishingových e-mailů bývají odkazy, na něž jsou uživatelé vyzýváni kliknout. Záminkou pro kliknutí na odkaz je nejčastěji bezpečnostní mezera systému, potřeba autorizace uživatele či změna hesla apod. Odkaz směřuje na padělanou webovou stránku, která se od pravé webové stránky (sloužící např. k přístupu do internetového bankovníctví) vzhledově nijak podstatně neliší. Ve skutečnosti jde však o pouhou imitaci, pomocí které uživatel nevědomky zašle cenná data (zpravidla přístupové údaje) útočníkovi. Nejčastějšími cíli phishingových útoků jsou pak uživatelé stránek Yahoo!, Microsoftu a Facebooku.²¹⁹ V České republice dochází nejčastěji k útokům na účty České spořitelny, a. s.²²⁰ Uvedené jednání naplňuje skutkovou podstatu trestního činu podvodu dle § 209 trestního zákoníku a trestného činu neoprávněného opatření, padělání a pozměnění platebního prostředku dle § 234 trestního zákoníku. Vytvoření samotné repliky webové stránky a získání přihlašovacích údajů bez jejich dalšího užití by pak bylo možné kvalifikovat jako přípravu či pokus trestného činu podvodu dle § 209 trestního zákoníku²²¹, přičemž nelze opomenout ani možnost podřazení takového jednání pod trestný čin porušení autorského práva, práv souvisejících s právem autorským a práv k databázi dle § 270 trestního zákoníku, popř. trestný čin porušení práv k ochranné známce a jiným označením dle § 268 trestního zákoníku.

Malware (tedy počítačové viry, červi, trojské koně apod.) jsou *de facto* škodlivé kódy, jejichž úkolem je „usídlit“ se v co největším počtu počítačových systémů a tyto pak využít k cílenému útoku. Mezi jednotlivými systémy se škodlivé kódy šíří bez nutnosti jakékoliv aktivity uživatele počítačového systému. Dlužno dodat, že většina všech nevyžádaných zpráv zaslaných elektronickou formou obsahuje přílohy²²², které

²¹⁹ Spam and phishing in Q1 2016. Dostupné na WWW: <<https://securelist.com/analysis/quarterly-spam-reports/74682/spam-and-phishing-in-q1-2016/>>

²²⁰ KOLOUCH, Jan a Petr VOLEVECKÝ. Trestněprávní ochrana před kybernetickou kriminalitou. Vyd. 1. Praha: Policejní akademie České republiky v Praze, 2013. ISBN 978-80-7251-402-1, str. 38.

²²¹ KOLOUCH, Jan a Petr VOLEVECKÝ. Trestněprávní ochrana před kybernetickou kriminalitou. Vyd. 1. Praha: Policejní akademie České republiky v Praze, 2013. ISBN 978-80-7251-402-1, str. 37–39.

²²² Blíže srov. podíl spamů s přílohami na celkovém počtu spamů na WWW: <<https://www.av-test.org/en/statistics/spam/>> [cit. 9. 10. 2016].

jsou tvořené nejčastěji právě trojskými koňmi a červy²²³. Převážnou většinu však vyfiltruje e-mailový klient, resp. antivirový program, a adresát tak spatří pouze jejich nepatrný zlomek. Trestněprávní postih se liší podle účelu, jakému má škodlivý kód sloužit (např. chce-li pachatel pomocí škodlivého kódu získat přístup do počítačového systému za účelem zneužití dat tam uložených, půjde o trestný čin opatření a přechovávání přístupového zařízení a hesla k počítačovému systému a jiných takových dat podle § 231 trestního zákoníku).

Scamy nigerijského typu (označované také jako „scam 419“) představují fingované zprávy (dnes téměř výlučně elektronické), které se snaží oklamat příjemce takovým způsobem, aby tento zaslal odesílateli peněžní částku k určitému účelu, přičemž peněžní částka je použita k účelu jinému. Odesílatelé jsou stylizováni např. jako vdovy po bohatém podnikateli, které žádají o pomoc při převodu peněz ze země, kde žijí. Nabízená částka je slíbena jako odměna za poskytnutou pomoc. Pokud příjemce zareaguje na zprávu pozitivně, je vyzván k postupnému zasílání dalších peněžních částek jako krytí údajných nákladů vzniklých v souvislosti s chystaným převodem peněz. Celý převod je však fingovaný. Takto popsáním jednáním, jež naplňuje skutkovou podstatu trestného činu podvodu dle § 209 trestního zákoníku, jsou způsobovány značné škody. Například v USA v roce 2006 dosahovala škoda vzniklá tímto podvodným jednáním výše téměř 800 milionů dolarů.²²⁴

Trestněprávní postih je tak omezen jen na ty nezávažnější případy, což se jeví být v souladu se zásadou subsidiarity trestní represe (srov. § 12 odst. 2 trestního zákoníku). V případě postihu všech spamů (tedy i „pouhých“ nevyžádaných obchodních sdělení) instituty trestního práva by se již dle názoru autora této práce jednalo o porušení této zásady, když uplatnění správněprávní a občanskoprávní odpovědnosti se jeví jako zcela dostačující, o čemž bude pojednáno dále.

Jak vyplývá z výše uvedeného, pravidelným, nikoli však podstatným rysem spamu v širším slova smyslu, je páchání trestné činnosti.

²²³ Blíže k seznamu nejčastějších příloh ve spamech na WWW: <<https://usa.kaspersky.com/internet-security-center/threats/spam-statistics-report-q1-2013>> [cit. 19. 10. 2016].

²²⁴ KOLOUCH, Jan a Petr VOLEVECKÝ. Trestněprávní ochrana před kybernetickou kriminalitou. Vyd. 1. Praha: Policejní akademie České republiky v Praze, 2013. ISBN 978-80-7251-402-1, str. 45–46.

Pro účely online marketingu jsou pak klíčové právě spamy v užším slova smyslu (tedy nevyžádaná obchodní sdělení), jejichž rozboru jsou věnovány následující odstavce. Před hlubším právním rozbohem lze uvést, že nevyžádaná obchodní sdělení jsou sdělení obchodního (reklamního) charakteru, která sama o sobě (tj. obsahově) obvykle v souladu s právem jsou²²⁵, ale šířena jsou již v rozporu s právními pravidly (typicky bez předchozího souhlasu adresáta).

3.1.3. Nevyžádaná obchodní sdělení v Evropském právu vč. historického kontextu

Jen pár let předtím, než začal být internet na úrovni Evropské unie podřizován právním pravidlům, vydal v roce 1996 John Perry Barlow *Declaration of Independence of Cyberspace*²²⁶, ve které vyzval státy, aby ponechaly oblast internetu neregulovanou: „Vlády průmyslového světa, vy unavení obří z masa a oceli, přicházím z Kyberprostoru, nového domova myslí. Jménem budoucnosti vás – z minulosti – žádám, abyste nás nechali na pokoji. Nejste mezi námi vítáni. Nemáte jakoukoli suverenitu nad místem, kde se shromažďujeme. Nemáme volenou vládu, a ani ji asi nebudeme mít, a tak se na vás obracím bez větší autority než té, se kterou sama svoboda vždy hovoří. Prohlašuji globální společenský prostor, který budujeme, za přirozeně nezávislý nad tyranii, kterou se nám snažíte vnutit. Nemáte žádné morální právo nám vládnout ani mít jakékoli metody jeho uplatňování, kterých bychom se měli bát.“

Pouhé dva roky po této deklaraci vychází ve Spojených státech DMCA²²⁷ a pozadu nezůstává ani Evropská unie vydáním nejdříve směrnice o elektronickém obchodu. A tak i oblast internetu začíná být postupně podřizována právním pravidlům.

Odhlédneme-li od sporu mezi svobodou a každým rokem stále rozsáhlejší vázaností (právními) pravidly, spamování je při nejmenším co do četnosti závažným společenským fenoménem. Veškeré spamy (tedy spamy podle širšího i užšího pojetí) tvoří více než polovinu všech poslaných e-mailů²²⁸ (v dřívějších letech tvořily spamy

²²⁵ Např. obchodní nabídky, newslettery, ale i přání k narozeninám. Podrobně viz další podkapitoly.

²²⁶ BARLOW, P. John. A Declaration of the Independence of Cyberspace. [cit. 19. 10. 2016]. Dostupné z <https://projects.eff.org>. Překlad Zdeněk Kučera.

²²⁷ Digital Millenium Copyright Act of 1998.

²²⁸ Statista. Global spam volume as percentage of total e-mail traffic from January 2014 to June 2016, by month. [cit. 19. 10. 2016]. Dostupné z <https://www.statista.com>.

dokonce 87 procent všech e-mailů²²⁹). A více než třetinu všech spamů tvoří nevyžádaná obchodní sdělení²³⁰.

První právní síť v oblasti internetu na území Evropské unie byla vržena právě v souvislosti s regulací mimo jiné nevyžádaných obchodních sdělení. Jedním z prvních předpisů zabývajících se problematikou nevyžádaných obchodních sdělení v Evropské unii byla směrnice o elektronickém obchodu, která obchodní sdělení definuje ve svém čl. 2 písm. f) následovně: *Pro účely této směrnice se rozumí ‚obchodním sdělením‘ všechny formy sdělení určeného k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo obrazu podniku, organizace nebo osoby, která je činná v oblasti obchodu, průmyslu, řemesel nebo vykonává regulované povolání.* Směrnice o elektronickém obchodu tuto definici upřesňuje negativním vymezením obchodního sdělení uvedením údajů, které nejsou za obchodní sdělení považovány (informace umožňující přímý přístup k činnosti podniku, organizace nebo osoby, zejména název domény nebo adresa elektronické pošty a sdělení týkající se zboží, služeb nebo obrazu podniku, organizace nebo osoby získané nezávisle, zejména jsou-li poskytovány bez finančního protiplnění).

Důvody vedoucí k přijetí směrnice o elektronickém obchodu pak zahrnovaly mj. zaručení právní jistoty a důvěry spotřebitelů stanovením jasného obecného rámce pro řešení některých právních aspektů elektronického obchodu na vnitřním trhu.

Otázka souhlasu uživatelů s určitými formami nevyžádaných obchodních sdělení a stanovení povinnosti jasné rozeznatelnosti nevyžádaných obchodních sdělení je pak upravena zejména směrnicí o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavíraných na dálku a směrnicí o zpracovávání osobních údajů a ochraně soukromí v telekomunikacích.

Základní standard pro regulaci spamu v rámci Evropské unie stanovila směrnice o soukromí a elektronické komunikaci, která se však netýká pouze spamu, ale obecné ochrany jednotlivců proti nedovoleným zásahům do soukromého života prostřednictvím služeb informační společnosti.

²²⁹ ŠOLTYS Adam, SKINNER Carrie-Ann. Statistika 2009: Spam tvořil 87 % všech emailů. Publikováno dne 16. 12. 2009 [cit. 25. 10. 2016]. Dostupné z www.pcworld.cz.

²³⁰ Spam Statistics and Facts [cit. 19. 10. 2016]. Dostupné z www.spamlaws.com.

3.1.4. Nevyžádaná obchodní sdělení podle vnitrostátního práva

3.1.4.1. Pojem obchodní sdělení

Nastíněný regulační rámec práva EU byl do českého právního řádu transponován přijetím zákona o některých službách informační společnosti.

Zákon o některých službách informační společnosti vymezuje pojem obchodní sdělení jako *všechny formy sdělení, včetně reklamy a vybízení k návštěvě internetových stránek, určeného k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image podniku osoby, která je podnikatelem nebo vykonává regulovanou činnost.*²³¹

Pokud jde o formu obchodního sdělení, zde právě citované ust. zákona *explicite* uvádí, že se může jednat o všechny formy sdělení. Tato formulace by mohla navodit pocit, že se tento zákon vztahuje nejen na obchodní sdělení zasílaná pomocí elektronických prostředků, ale i na obchodní sdělení zasílaná jiným způsobem, například v listinné podobě (klasickou poštou). Tento názor je však nutno odmítnout jako nesprávný. Úprava šíření obchodních sdělení je obsažena toliko v § 7 a 8 zákona o některých službách informační společnosti a téměř každý z odstavců v těchto dvou zmíněných ustanovení ve svém textu výslovně uvádí, že se vztahuje pouze na zasílání obchodních sdělení elektronickými prostředky. Výjimku představuje pouze § 8 odst. 3, kde se tato slova nevyskytují. To je však možné přisuzovat chybné transpozici podkladové směrnice o elektronickém obchodu, která již ve své preambuli v bodě 30 poukazuje toliko na zasílání obchodních sdělení elektronickou poštou. V normativní části uvedené směrnice pak nalezneme článek 8 (Regulovaná povolání), podle kterého se podmínky v tomto článku uvedené výslovně vztahují pouze na obchodní sdělení, která jsou součástí služby informační společnosti. Lze tedy shrnout, že ačkoliv je možné formalistickým postupem neelektronické obchodní sdělení podřadit pod pojem obchodní sdělení ve smyslu § 2 písm. f), samotná regulace zákona o některých službách informační společnosti na tyto nicméně nedopadá a nechává tak prostor jiným právním předpisům.²³² Zákonem regulovaným obchodním sdělením tedy je:

²³¹ Srov. § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti.

²³² MAISNER, Martin. Zákon o některých službách informační společnosti: komentář. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0, str. 18-19.

- (i) sdělení
- (ii) zaslané elektronickými prostředky
- (iii) určené k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image závodu²³³ osoby
- (iv) přičemž tato osoba musí být podnikatelem nebo vykonávat regulovanou činnost.

S ohledem na skutečnost, že pojem obchodní sdělení je pojmem pro tuto podkapitolu klíčovým, je vhodné jej rozebrat podrobněji.

První součástí legální definice je pojem sdělení.

Zákon pod pojem obchodní sdělení výslovně zahrnuje vybízení k návštěvě internetových stránek²³⁴. Tím rozumíme zejména elektronické vybízení přímo v prostředí internetu, typicky různé reklamní bannery a odkazy, kterými lze navést uživatele internetu na konkrétní webové stránky.

Dále zákon pod pojem obchodního sdělení *explicite* zahrnuje reklamu. Obecnou definici reklamy nalezneme v ust. § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy, přičemž tato definice zní následovně: *Reklamou se rozumí oznámení, předvedení či jiná prezentace šířená zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, pokud není dále stanoveno jinak.* Vzhledem ke skutečnosti, že pojmovým znakem reklamy je podpora podnikatelské činnosti, lze dojít k závěru, že bude vždy naplněna i třetí podmínka obchodního sdělení, tedy podpora zboží či služeb nebo image podniku podnikatele či osoby vykonávající regulovanou činnost. Lze tedy konstatovat, že vše, co je podřaditelné pod definici

²³³ Ač zákon pracuje s pojmem podnik, jde zřejmě jen o nedůslednost zákonodárce, který nerefletoval pojmovou změnu při rekonstrukci.

²³⁴ Srov. § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti.

reklamy dle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy je současně také obchodním sdělením ve smyslu § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti.²³⁵

Dále již není pojem sdělení v textu zákona ani v důvodové zprávě nijak přiblížen. Pro další výklad si tedy můžeme pomoci obecným jazykem, kdy do tohoto pojmu lze zahrnout jakoukoliv formu předávání informací mezi subjekty.

Druhou součástí legální definice je podmínka, že sdělení musí být zasláno elektronickými prostředky.

Elektronické prostředky ve smyslu zákona o některých službách informační společnosti jsou prostředky za pomoci kterých je služba odesílána z výchozího místa a přijatá v místě jejího určení prostřednictvím elektronického zařízení pro zpracování a uchování dat (včetně digitální komprese) a jako celek odeslaná, přenesená nebo přijatá drátově, rádiově, opticky nebo jinými elektromagnetickými prostředky. Za takové prostředky můžeme považovat v souladu s ust. § 2 odst. c) zákona o některých službách informační společnosti především síť elektronických komunikací, elektronická komunikační zařízení, automatické volací a komunikační systémy, telekomunikační koncová zařízení a elektronickou poštu. Pro definování všech jednotlivých druhů komunikace právě uvedených demonstrativně můžeme využít subsidiárně zákona o elektronických komunikacích²³⁶, když zákon o některých službách informační společnosti tyto pojmy sám nikterak nespecifikuje.

Dlužno dodat, že důvodová zpráva uvádí, že pro účely zákona o některých službách informační společnosti je za elektronické prostředky nutno považovat nejen softwarou aplikaci, ale i hardware (regulace tedy dle názoru zákonodárce dopadá i např. na obchodní sdělení umístěná, resp. předinstalovaná, na pevných discích, flash discích apod.). Výslovně potom důvodová zpráva konstatuje, že za elektronické prostředky lze kromě prostředků přímo vyjmenovaných považovat také messenger typů ICQ a jiné prostředky umožňující tento druh komunikace.

²³⁵ MAISNER, Martin. Zákon o některých službách informační společnosti: komentář. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0, str. 17-18.

²³⁶ Srov. § 2 odst. h) a i), § 73 a § 96 odst. 2 zákona o elektronických komunikacích.

Obchodní sdělení dále musí být určeno k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image závodu osoby (třetí součást legální definice obchodního sdělení).

Rozhodující je tedy úmysl odesílatele podpořit zboží či služby nebo image závodu a naopak je lhostejné zda se kýžený výsledek skutečně dostavil. Tak dojdeme k tomu, že ani skutečnost, že v konečném důsledku došlo k podpoře zboží či služby nebo image závodu, neznamena, že toto byl původní záměr odesílatele. Lze si například představit původně nijak soutěžně nezamýšlené sdělení na téma „kožich je vražda“, které ve svém důsledku jako kouzlo nechtěného způsobí značný nárůst prodeju kabátů a jiných substitutů ke kožichům. Je však nutno zdůraznit skutečnost, že v praxi není rozhodné, jaké byly skutečné záměry odesílatele, nýbrž co se podaří prokázat a doložit příslušnému rozhodovacímu orgánu. Rozhodující orgán proto bude pravděpodobně vycházet z tzv. testu kachny („Pokud vidím ptáka, který chodí jako kachna, plave jako kachna a kváká jako kachna, tak o tomto ptáku tvrdím, že je to kachna.“, J. W. Riley). Odesílatel pak bude velmi těžko prokazovat, že jeho záměry byly původně zcela jiné, než byl konečný důsledek.²³⁷

Pojmy jako jsou přímá či nepřímá podpora je nutno s ohledem na účel předpisu vykládat extenzivně. Podporou tak může být i skutečnost, že produkt či služba vejde ve známost. Podporou může být i skutečnost, že je konkrétní produkt spojován s významnými lidmi, věcmi nebo událostmi či příležitostmi. Podpora produktu také může paradoxně spočívat i v zatajování informací. Tímto způsobem vzrůstá zájem o konkrétní produkt a každá „uniknuvší“ informace má pak hodnotu zlata a je umístěná na titulních stránkách zejména bulvárních novin. Z toho důvodu i strohý text „Již za 14 dní se dozvíte více“ může splňovat podmínku určení k podpoře zboží nebo služeb.²³⁸

Co se právního pojmu image podniku týče, lze zjednodušeně říci, že jde o jakési uznání podnikající fyzické i právnické osoby, kterému se těší ve společnosti.²³⁹

²³⁷ MAISNER, Martin. *Zákon o některých službách informační společnosti: komentář*. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0, str. 19.

²³⁸ BARTÍK, Václav, Eva Janečková. *Zasílání obchodních sdělení v souladu se zákonem o některých službách informační společnosti*. Publikováno dne 1.11.2011. [cit. 12.12.2016]. Dostupné z www.danarionline.cz.

²³⁹ MAISNER, Martin. *Zákon o některých službách informační společnosti: komentář*. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0, str. 20.

Jak tedy vidno, definice obchodního sdělení je co obsahu široká a zároveň ne zcela jasně ohraničená. Pokud bude sdělení obsahovat informace o určitém výrobku, nabízeném zboží či službách a jejím cílem bude jej propagovat, ať už přímo (např. odkazováním na jeho vlastnosti, cenu či výhody) či nepřímo (např. formou osobního hodnocení či doporučení), bude se jednat o obchodní sdělení ve smyslu zákona o některých službách informační společnosti.²⁴⁰ V praxi však často není tak jednoduché učinit rozhodnutí zda konkrétní sdělení bude do kategorie obchodních sdělení spadat či nikoliv. Bartík a Janečková k tomu uvádí, že „nejčastěji se dotazy v tomto směru týkají přání k svátkům (např. Vánoce, Nový rok apod.) zasílané prostřednictvím SMS zákazníkům od poskytovatele telekomunikačních služeb. Je nutno uvést, že i taková přání jsou považována za sdělení k podpoře image [tedy za obchodní sdělení ve smyslu § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti] jakéhokoliv šířitele obecně, tedy i poskytovatele telekomunikačních služeb. Navíc účelem zákona je omezení obtěžujících forem elektronické komunikace, kam zasílání těchto typů zpráv nepochybně patří.“²⁴¹

Poslední podmínka pro naplnění definice obchodního byla záměrně ponechána nakonec, neboť shora uvedené široké vymezení pojmu obchodního sdělení jako jediné podstatně zužuje. Touto zužující podmínkou je skutečnost, že sdělení musí být určeno k podpoře podniku osoby, která je (a) podnikatelem nebo (b) vykonává regulovanou činnost.

Podnikatelem může být osoba fyzická i právnická, přičemž podnikatele obecně vymezuje občanský zákoník ve svém § 420 odst. 1 následovně: *Kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku, je považován se zřetelem k této činnosti za podnikatele.* Doplněním legálního vymezení pak bude konstatování, že výkonem činnosti živnostenským či obdobným způsobem je

²⁴⁰ JANSÁ, Lukáš a kol. *Internetové právo*. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 262.

²⁴¹ JANEČKOVÁ, Eva, Václav Bartík: Vybrané základní pojmy používané zákonem o některých službách informační společnosti – šíření obchodních sdělení. [Právní rozhledy 4/2012, s. 130]

nabídka zboží či služeb jiným osobám a vstupováním s nimi do smluvních vztahů²⁴². Proto je za podnikatele třeba považovat nejen osoby podnikající na základě živnostenského zákona, ale i osoby vykonávající tzv. svobodná povolání.

Mimo § 420 uvádí občanský zákoník ještě fikce a domněnky ohledně toho, koho je za třeba podnikatele považovat, a to v ustanovení § 421 občanského zákoníku.

Druhou variantou toho, k podpoře podniku kterého subjektu vedle podnikatele může obchodní sdělení směřovat, jsou pak osoby vykonávající tzv. regulovanou činnost.

Regulované činnosti pak obsáhle vymezuje zákon o uznávání odborné kvalifikaci ve svém ust. § 3 odst 1 písm. e). Zjednodušeně lze uvést, že se jedná o profese, k jejichž výkonu je třeba doložení odborné kvalifikace. Dále platí, že regulovanou činností jsou ty činnosti, které jsou vyňaty z působnosti živnostenského zákona (srov. § 3 odst. 2 živnostenského zákona), kdy důvodem jejich vynětí je právě ta skutečnost, že dohled nad nimi vykonává jiná organizace (profesní organizace či komory).²⁴³

Vším výše uvedeným bylo pouze osvětleno, co se pod pojmem obchodního sdělení skrývá. Zákon však zakazuje až případy, kdy jsou obchodní sdělení šířena v rozporu se zákonem (poté již hovoříme o nevyžádaných obchodních sdělení či o nedovoleném šíření obchodních sdělení). Tím se dostáváme k právním podmínkám šíření obchodních sdělení v České republice.

3.1.4.2. Šíření obchodních sdělení

České právo upravuje podmínky šíření obchodních sdělení zejména v ustanovení § 7 a násl. zákona o některých službách informační společnosti. Tím je zároveň konstruována skutková podstata nedovoleného šíření obchodních sdělení, čímž je zajištěna ochrana adresáta (tím může být jakákoliv osoba, nejen spotřebitel²⁴⁴).

²⁴² BEJČEK, Josef, Petr HAJN a Jarmila POKORNÁ. Obchodní právo: obecná část, soutěžní právo. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014. Academia iuris (C.H. Beck). ISBN 978-80-7400-547-3, str. 56.

²⁴³ MAISNER, Martin. Zákon o některých službách informační společnosti: komentář. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0, str. 25.

²⁴⁴ Viz směrnice o elektronickém obchodu, která v bodě 20 své preambule, uvádí, že *definice příjemce služby zahrnuje všechny druhy užívání (...) pro soukromé či profesní účely*.

Aby byla obchodní sdělení šířena v souladu se zákonem²⁴⁵, musí být předem všeho elektronický kontakt, který je pro jejich další šíření nezbytný, získán zákonem přípustným způsobem. Zákon připouští dvě alternativní možnosti:

- (a) buď musí mít odesílatel ve vztahu k adresátovi obchodního sdělení jeho předchozí souhlas nebo
- (b) odesílatel takovýto souhlas mít nemusí, a to za předpokladu, že elektronický kontakt pro elektronickou poštu byl získán od zákazníka v souvislosti s prodejem výrobku nebo služby.

3.1.4.2.1. Obecné podmínky šíření obchodních sdělení

Před pojednáním o specifických podmínkách šíření obchodních sdělení (a) s předchozím souhlasem adresáta a (b) bez předchozího souhlasu adresáta je třeba zmínit podmínky obecné, které se vztahují na všechna obchodní sdělení²⁴⁶. Obchodní sdělení, která takové podmínky nesplňují, jsou zakázána.

První podmínkou je, aby obchodní sdělení bylo pro adresáta jasně rozeznatelné. Přestože zákon hovoří o povinnosti označení obchodního sdělení jako obchodní sdělení, a to jasně a zřetelně, jedná se dle autora této práce pouze o nevhodnou transpozici do českého právního řádu, která by mohla evokovat nutnost otrocky uvádět např. v předmětu e-mailu slovní spojení „obchodní sdělení“, jehož důsledkem by byla neopodstatněná paralýza e-mailového marketingu. Povinnost označovat obchodní sdělení vyplývá ze směrnice o elektronickém obchodu, která ve svém článku 6 písm. a) stanoví, že „*obchodní sdělení musí být jasně rozeznatelná*“. Smyslem této normy je tedy ochrana adresáta, aby byl tento schopen co nejdříve rozeznat, že se jedná o sdělení materiálně odpovídající pojmu obchodního sdělení a nikoliv např. o soukromou, pracovní či technickou korespondenci. Aby byla rozeznatelnost jasná, měla by být uvedena co nejdříve, aby byl adresát na první pohled schopen rozeznat, že se jedná o obchodní sdělení. V případě e-mailové komunikace lze tedy doporučit označit

²⁴⁵ Důvodová zpráva hovoří o tzv. vyžádaných obchodních sděleních.

²⁴⁶ Viz § 7 odst. 4 zákona o některých službách informační společnosti: „*Zaslání elektronické pošty za účelem šíření obchodního sdělení je zakázáno, pokud a) tato není zřetelně a jasně označena jako obchodní sdělení, b) skrývá nebo utajuje totožnost odesílatele, jehož jménem se komunikace uskutečňuje, nebo c) 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.*“

obchodní sdělení již v předmětu zprávy, pokud to nevyplývá již ze znění obchodní firmy odesílatele. Tím se dostáváme k podobě označení obchodního sdělení. Ta je závislá

na konkrétní situaci. S ohledem na řečené lze obecně připustit použití výrazů jako jsou např. „podzimní nabídka“, „akční nabídka“, „akce“, „výprodej“, „sleva“, „týden rozvozu zdarma“, „newsletter“ apod. Maisner k tomu uvádí, že „jako dostačující lze hodnotit i označení obchodní firmou nebo jiným obchodním označením podnikatele tehdy, pokud je na první pohled jasné, že se jedná o obchodní nabídku“²⁴⁷. S ohledem na řečené tedy za příkladmo uvedené situace z praxe, kdy odesílatelem bude DámeJídlo.cz (či Lucie z DámeJídlo.cz), již není třeba obchodní sdělení v předmětu zprávy označovat jako obchodní sdělení a e-mail s předmětem „Jak vám chutnalo v Yam Yam Vyšehrad“ tak bude v souladu se zákonnou normou, jakož i jejím účelem a smyslem, když i průměrný spotřebitel je schopen na první pohled rozeznat, že se jedná o obchodní komunikaci.

Pokud by však Úřad pro ochranu osobních údajů dovedl závěr jiný a uložil za tuto skutečnost sankci, jednalo by se dle autora této práce o přepjatý formalismus a odhlédnutí od trvale platné Celsově myšlenky *Scire leges non hoc est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem* (znát zákony neznamena držet se jejich slov, ale pochopit jejich účinnost a sílu). Tím by byly otevřeny dveře odůvodněnému podání rozkladu proti takovému rozhodnutí a v případě neúspěchu k podání správní žaloby, popř. s ohledem na judikaturu Ústavního soudu²⁴⁸ i ústavní stížnosti.

²⁴⁷ MAISNER, Martin. Zákon o některých službách informační společnosti: komentář. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0, str. 161.

²⁴⁸ K tomu viz např. náleží Ústavního soudu ze dne 13. 11. 2012, sp. zn. I.ÚS 563/11, ve kterém Ústavní soud vyslovil tento právní názor: *Jestliže obecný soud aplikuje na daný případ právní předpisy sice formálně souladně s jejich textem, avšak odhlédne od reálných společenských vztahů, dopustí se přepjatého formalismu. Takovým postupem poruší stěžovatelovo právo na soudní ochranu zakotvené v čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod.*“ či plenární náleží Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl.ÚS 33/97, ve kterém tento mj. uvádí, že „*Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně nebo v důsledku nevzdělanosti, smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odcizení a absurdity.*“ Rozhodnutí Ústavního soudu o nepřipustnosti přepjatého formalismu je velmi mnoho, proto nechť je zmíněno již poslední rozhodnutí tohoto soudu, a to jeho plenární náleží ze dne 25. 9. 2007, sp. zn. Pl.ÚS 85/06, ve kterém je vyjádřen následující právní názor „*Jde-li o výklad a aplikaci předpisů obecného práva, o což v dané věci šlo výlučně, lze je hodnotit za protiústavní, jestliže (...) jsou v extrémním rozporu s požadavky věcně příslušného a rozumného vypořádání posuzovaného právního vztahu či v rozporu s obecně sdílenými zásadami spravedlnosti (viz teze "přepjatého formalismu").*“

Druhou podmínkou je označení totožnosti odesílatele, jehož jménem se komunikace uskutečňuje. S ohledem na skutečnost, že odesílatel a osoba, jejímž jménem se komunikace uskutečňuje (podnikatel), mohou být dvě rozdílné osoby, se podmínka v tomto zákonném znění jeví jako matoucí. I v případě této podmínky tedy nezbyde než opět vyjít z formulace obsažené v podkladové směrnici, tj. směrnici o elektronickém obchodu. Ta ve svém čl. 6 písm. b) uvádí, že *fyzická nebo právnická osoba, na jejíž objednávku obchodní sdělení probíhá, musí být jasně rozeznatelná*. Tím je tedy dána povinnost osobě, jejíž zboží, služby či image je propagována, aby se v obchodním sdělení identifikovala (tedy aby totožnost této osoby nebyla utajena či skryta). S ohledem na dlouhodobou praxi e-mail marketingu je vhodné takovou informaci v případě e-mailové komunikace sdělit v zápatí obchodního sdělení, neboť na takovém místě ji adresáti očekávají.

Třetí - a zároveň poslední - obecnou podmínkou je uvedení adresy, na které lze zaslání obchodních sdělení přímo a účinně odmítnout (v praxi hovoříme o odhlášení se z odběru dalších obchodních sdělení, typicky e-mailů).

Zněním ust. § 7 odst 4 písm. c)²⁴⁹ zákona o některých službách informační společnosti, zejména použitím pojmu „adresa“, pak zákonodárce předpokládá, že se nemusí jednat pouze o adresu elektronickou, ale lze taktéž využít např. jednoduchého hypertextového odkazu umístěného v zápatí e-mailu²⁵⁰. Restriktivním výkladem bychom pod pojmem adresa spatřovali pouze adresu elektronickou či fyzickou, což by bylo v rozporu se smyslem zákona o některých službách informační společnosti, jakož i v rozporu se smyslem podkladových směrnic, když kliknutí na hypertextový odkaz je pro adresáty obvykle nejpohodlnější způsob odmítnutí dalšího zaslání obchodních sdělení.

Co se možnosti odmítnutí dalšího zaslání obchodních sdělení týče, zákon uvádí, že z adresy musí mít adresát možnost zaslání obchodních sdělení přímo a účinně

²⁴⁹ Zaslání elektronické pošty za účelem šíření obchodního sdělení je zakázáno, pokud 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.

²⁵⁰ Hypertextové odkazy jsou v praxi pro odhlásování se z odběru obchodních sdělení využívány téměř výlučně, neboť tato možnost je automaticky a přirozeně zabudována v softwaru pro e-mail marketing. Text odkazu pak může být například tohoto znění: „Pokud už vám naše emaily nepřinášejí radost, tak je nám to líto, ale odhláste se zde.“

odmítnout. Pojem účinně je pak nutno vykládat tak, že od okamžiku, kdy se projev vůle adresáta dostane do dispoziční sféry odesílatele, nesmí již být zasílána žádná další obchodní sdělení²⁵¹. Pojem přímo pak autor této práce vykládá tak, že adresát musí mít možnost dalšího zasílání obchodních sdělení odmítnout způsobem odpovídajícím povaze obchodního sdělení, tedy v případě obchodního sdělení zaslání e-mailem bude přímým odmítnutím odpověď na odesílatelův e-mail vyjadřující takovou vůli nebo kliknutí na hypertextový odkaz, nikoliv však již možnost zaslání dopisu na fyzickou adresu sídla odesílatele.

Vše, co tato třetí podmínka vyžaduje, je nicméně zajištěno na základě automatizace (tedy bez jakékoli aktivity odesílatele) v rámci softwarových řešení využívaných v e-mail marketingu²⁵². Spornou by pak mohla být situace, kdy by elektronická adresa odesílatele e-mailu byla bez možnosti odpovědi (tzv. noreply adresa), nicméně v zápatí samotného obchodního sdělení by možnost odhlásit se z odběru kliknutím na hypertextový odkaz byla. Autor se přiklání k tomu, že s ohledem na řečené je takovéto řešení v souladu se zákonem. Zároveň (a právě z toho důvodu je tento příklad uváděn) je třeba upozornit na skutečnost, že v případě nefunkčnosti hypertextového odkazu sloužícího k odhlášení se z odběru obchodních sdělení (ať už z důvodu spočívajícího na straně poskytovatele softwarového řešení pro e-mailing či z důvodu jiného), by pravděpodobně došlo k vyloučení možnosti přímého a účinného odmítnutí dalšího zasílání obchodních sdělení. Proto je třeba doporučit nepoužívat pro účely zasílání obchodních sdělení e-mailové adresy obsluhované robotem (noreply) a pokud by to nebylo možné (např. databáze s desítkami a více kontakty), alespoň si s poskytovatelem softwarového řešení zvlášť ujednat otázku odpovědnosti za škodu²⁵³.

²⁵¹ MAISNER, Martin. Zákon o některých službách informační společnosti: komentář. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0, str. 163.

²⁵² V České republice je velice populárním softwarovým řešením Smartemailing od Davida Kirše a v zahraničí např. Agile CRM.

²⁵³ Např. stanovením smluvní povinnosti, že poskytovatel služby se zavazuje poskytovat své služby odesílateli nepřetržitě za současného vyloučení liberačního důvodu poskytovatele dle ust. §2913 odst. 2 občanského zákoníku.

3.1.4.2.2. Specifické podmínky šíření obchodních sdělení – zasílání obchodních sdělení s předchozím souhlasem adresáta

V případě šíření obchodních sdělení s předchozím souhlasem adresáta vychází zákon z obecného principu opt-in (zásada přihlašovací). Odesílatel je v souladu s touto zásadou oprávněn odesílat obchodní sdělení pouze těm adresátům, kteří k takovému šíření obchodních sdělení dali předem souhlas a poskytli za tím účelem libovolný elektronický kontaktní údaj. Důležité je zdůraznit, že tímto kontaktním údajem mohou být nejen e-mailové adresy, ale i telefonní čísla, uživatelská jména, čísla profilu služeb typu Skype, Facebook apod. Využít takovouto kontaktní adresu bude tedy možné pouze tehdy, pokud k tomu dal její uživatel souhlas ještě před samotným zasláním obchodního sdělení.

Náležitosti souhlasu zákon o některých službách informační společnosti neupravuje. Vzhledem k tomu, že získaný elektronický kontakt je taktéž osobním údajem ve smyslu zákona o ochraně osobních údajů, musí být dodrženy i podmínky stanovené tímto zákonem. Zákon o ochraně osobních údajů ve svém ust. § 4 písm. n) stanoví, že pro účely zákona o ochraně osobních údajů se souhlasem subjektu údajů rozumí (i) svobodný a (ii) vědomý projev vůle subjektu údajů, jehož obsahem je svolení subjektu údajů se zpracováním osobních údajů. Jak vyplývá ze stanoviska Úřadu pro ochranu osobních údajů²⁵⁴, dozorový orgán tyto podmínky vykládá velmi široce. Úřad pak v tomto svém stanovisku uvádí následující povinnosti:

- (a) informace o zpracování údajů musejí být poskytnuty čestným a neskrytým způsobem před tím, než jsou údaje poskytnuty
- (b) souhlas může být poskytnut elektronicky
- (c) souhlas se zpracováním osobních údajů, v tomto případě v souvislosti se zasíláním obchodních sdělení, musí být oddělen od ostatních služeb (například není možné jedním tlačítkem objednat služby a současně souhlasit se zasíláním obchodních sdělení)

²⁵⁴ Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 5/2012 z března roku 2012, Poskytnutí informací a získání souhlasu subjektu údajů v elektronické komunikaci.

- (d) souhlas musí následovat až po textu, kde jsou poskytnuty relevantní informace, subjekt musí být vždy a plně informován o tom, k čemu dává souhlas, ještě před tím, než tento souhlas udělí
- (e) případné „okénko“ pro souhlas nesmí být předvyplněno, subjekt jej musí aktivně vyplnit (zaškrtnout) sám
- (f) informace o poskytování osobních údajů k zasílání obchodních sdělení by měly být odděleny od případných dalších sdělení, nesmějí být součástí jiného informativního textu.

S ohledem na řečené nemá odesílatel právo zaslat ani jedno obchodní sdělení, ve kterém ho například požádá o souhlas se zasíláním dalších sdělení, neboť tento souhlas musí být dán předem. Odůvodněním tohoto právního názoru je možná zneužitelnost a praktické dopady, když při současném počtu podnikatelů na území ČR by i jediná zpráva od malého procenta z nich zcela zahltila jakoukoliv e-mailovou či jinou schránku, nemluvě například o mobilních telefonech.

Pokud je navíc udělování souhlasu se zasíláním obchodních sdělení součástí jiného jednání, například registrace do určitého portálu, jeví se jako nejspolehlivější z hlediska zákona o ochraně osobních údajů možnost zaklikávacích políček umístěných těsně za informacemi o rozsahu zpracovávaných údajů a účelu jejich zpracování. Současně je vhodné v rámci svobody takového souhlasu doporučit, aby byl subjekt jasně instruován v tom smyslu, že i v případě, že jím souhlas dán nebude, nebude to na překážku úkonu, například registraci.²⁵⁵

Co se prokazování existence souhlasu adresátů se zasíláním obchodních sdělení týče, leží důkazní břemeno na odesílateli. Odesílatel musí být schopen prokázat udělení svobodného a vědomého souhlasu po celou dobu jeho existence. Úřad pro ochranu osobních údajů k tomu dodává²⁵⁶: „Pokud se účastník řízení odvolává na skutečnost, že pouze zajišťuje marketingovou kampaň pro svého smluvního partnera, společnost X, který má k dispozici souhlasy uživatelů daných e-mailových adres, nemění to nic

²⁵⁵ NONNEMAN, F. Náležitosti souhlasu se zpracováním osobních údajů. Právní rozhledy. 2011, č.9.

²⁵⁶ Srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu osobních údajů, sp. zn. UOOU-09830/13. Dostupné online na: www.uoou.cz.

na tom, že důkazní břemeno je na účastníkovi řízení jakožto odesílateli obchodních sdělení. Pokud by společnost X skutečně disponovala souhlasu jednotlivých uživatelů e-mailových adres se zasíláním obchodních sdělení na tyto adresy, tak by šlo pouze o souhlas udělené společnosti X, nikoliv však nějakému předem neurčitému subjektu. Proto povinnost předložit souhlas adresátů k zasílání obchodních sdělení, včetně prokázání, že souhlas splňovaly všechny výše uvedené náležitosti, má účastník řízení (...).“

Účinnost souhlasu nenastává s ohledem na názor Úřadu pro ochranu osobních samotným doručením do dispoziční sféry odesílatele obchodních sdělení, ale až potvrzením z adresy, na níž má být zaslán²⁵⁷. Důvodem je skutečnost, že často²⁵⁸ jsou souhlas dány prostřednictvím webového formuláře a z jeho samotného vyplnění nelze ověřit, zda ten, kdo elektronický kontakt dává, je skutečně uživatelem konkrétní e-mailové schránky. Spíše, než že by k tomuto skutečně v praxi docházelo, je zde zřejmě obava ze zneužití samotnými odesílateli, kteří by pak *de facto* mohli „vytvářet“ souhlas sami či prostřednictvím robotů. Na první pohled tím Úřad nutí odesílatele k porušení principu opt-in, když konstatuje, že souhlas je dán (nabývá právních účinků) až potvrzením z e-mailové adresy jejího uživatele a zároveň v případě webových formulářů uvádí, že musí být adresátovi zaslána žádost o potvrzení e-mailové adresy (jejímž následkem bude zasílání obchodních sdělení²⁵⁹) již před tímto potvrzením.²⁶⁰ Podstatným rozdílem oproti běžné situaci (přímá žádost o zasílání obchodních sdělení) je legitimní očekávání odesílatele o tom, že uživatel konkrétní e-mailové schránky souhlasí se zasíláním obchodních sdělení.

Spolehlivé prokazování skutečnosti, že zde takovéto legitimní očekávání bylo opravdu dáno (tedy, že e-mailová adresa byla skutečně, nikoli fingovaně, vyplněna

²⁵⁷ MAISNER, Martin. Zákon o některých službách informační společnosti: komentář. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0, str. 154.

²⁵⁸ Prostřednictvím webového formuláře vhodně umístěného na webových stránkách lze získat e-mailový kontakt až od 5% celkových návštěvníků (srov. Kolektiv autorů. Online marketing.. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 160.)

²⁵⁹ Žádost o potvrzení je sama o sobě obchodním sdělením, viz výše k pojmu obchodního sdělení.

²⁶⁰ V praxi tomuto zasílání žádostí o potvrzení registrace e-mailové adresy dochází nehledě na takto vyslovený právní názor Úřadu, a to ryze z důvodů praktických (např. zaslání ztraceného hesla) a ekonomických (power of word, spamování vrhá negativní stín na celou společnost, který má následně ekonomické dopady).

na webovém formuláři) se však jeví jako ještě komplikovanější. Lze totiž odhadnout, že přirozenou obranou odesílatelů žádostí o zasílání obchodních sdělení (tedy obchodních sdělení zasílaných bez předchozího souhlasu) bude tvrzení, že e-mailový kontakt byl dán prostřednictvím webového formuláře, protože zde bylo dáno legitimní očekávání o tom, že uživatel e-mailové schránky souhlasí se zasíláním obchodních sdělení a lze mu tak žádost zaslat. Úřad pro ochranu osobních údajů pak bude s ohledem na omezené množství představitelných důkazů²⁶¹ vyhodnocovat, zdali tvrzení uvěří či nikoliv.

3.1.4.2.3. Specifické podmínky šíření obchodních sdělení – zasílání obchodních sdělení bez předchozího souhlasu adresáta

Obchodní sdělení lze v souladu s ust. § 7 odst 3 zákona o některých službách informační společnosti²⁶² šířit i bez předchozího souhlasu adresáta, a to však z jediného zákonného důvodu za současného dodržení zásady opt-out (zásada odhlašovací). Tímto zákonným důvodem jsou případy, kdy odesílatel získá elektronickou adresu přímo od svého zákazníka v souvislosti s realizací nějakého konkrétního obchodu (typicky prodej nebo poskytnutí služby). Použití tohoto právního důvodu k zasílání obchodních sdělení je nicméně zároveň podmíněno splněním několika kumulativních podmínek:

- (i) První podmínka se týká zúžení komunikačních kanálů na elektronickou poštu²⁶³, která je (na rozdíl od šíření obchodních sdělení s předchozím souhlasem adresáta) jediným přípustným komunikačním kanálem. Tím je vyloučeno šíření obchodních sdělení prostřednictvím jiných komunikačních

²⁶¹ Dle názoru autora této práce by páteřním důkazem mohlo být znění takovéto žádosti v porovnání s žádostí, která bude (zpravidla automaticky) zaslána inspektorovi Úřadu pro ochranu osobních údajů, když webový formulář sám v rámci zajišťování důkazů vyplní. Při důkazní nouzi si lze jako důkaz představit rovněž print screeny případného stěžovatele apod.

²⁶² Ust. § 7 odst. 3 zákona o některých službách informační společnosti pak doslova uvádí: *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.*

²⁶³ Pojem elektronické pošty vymezuje § 2 písm. b) zákona o některých službách informační společnosti konstatováním, že elektronickou poštou se rozumí: *textová, hlasová, zvuková nebo obrazová zpráva poslaná prostřednictvím veřejné sítě elektronických komunikací, která může být uložena v síti nebo v koncovém zařízení uživatele, dokud ji uživatel nevyzvedne.*

kanálů, např. telefonicky. S tímto výkladem se však Úřad pro ochranu osobních údajů jakožto orgán dozorový neztotožňuje, od zákona odhlíží a dovolává se přitom bodu 42 preambule směrnice o soukromí a elektronické komunikaci²⁶⁴, což však není postup zcela správný²⁶⁵.

- (ii) Druhou podmínkou je vztah odesílatele obchodního sdělení a jeho adresáta. Elektronický kontakt tak musí odesílatel získat od uživatele jako od svého zákazníka v souvislosti s prodejem výrobku nebo služby. Otázkou je, zda je nutné pro splnění této podmínky dovést kontraktační proces uzavřením smlouvy či je podmínka splněna již dosažením určité fáze kontraktace. Maisner²⁶⁶ se přiklání k tomu, že „stačí, aby strany došly do určité pokročilejší fáze kontraktace, přičemž nemusí dojít k samotnému uzavření smlouvy“. Tvrzení odůvodňuje vedle jazykového výkladu zákonné podmínky „v souvislosti s prodejem výrobku nebo služby“ též i odkazem na ust. § 2986 odst. 2 občanského zákoníku, které je odbornou literaturou²⁶⁷ vykládáno tak, že stačí, aby strany došly pouze do pokročilejší fáze kontraktace. Rovněž i Úřad pro ochranu osobních údajů zastává stejný názor.²⁶⁸ Autor této práce se přiklání ke stejnému závěru, přičemž shora uvedené odůvodnění si dovoluje doplnit. Při opačném výkladu by v jeho důsledku došlo k zákazu remarketingu²⁶⁹, ač by k tomu nebyl rozumný důvod, když mnohdy by

²⁶⁴ Tento bod preambule pak uvádí: *další formy přímého marketingu, které jsou pro odesílatele nákladnější a neznamenaají finanční náklady pro účastníky a uživatele, jako například telefonické hovory mezi osobami, mohou opravňovat udržování systému, který dává účastníkům nebo uživatelům možnost oznámit, že si nepřejí takové hovory přijímat. Aby však nedošlo ke snížení existující úrovně ochrany soukromí, členské státy musí mít právo potvrdit platnost vnitrostátních systémů, které povolují takové hovory určené pouze pro ty účastníky a uživatele, kteří k nim dali souhlas předem.*

²⁶⁵ Směrnice EU sice mohou mít přímý účinek v případě, že ji členské státy řádně (a včas) netransponují, nicméně přípustný je pouze tzv. vertikální přímý účinek. Ten se uplatní v situaci, kdy se jednotlivec dovolává svých práv vyplývajících pro něho ze směrnice. Naopak přímo ze samotné směrnice zásadně nemohou pro jednotlivce (soukromé subjekty) vyplývat žádné povinnosti.

²⁶⁶ MAISNER, Martin. Zákon o některých službách informační společnosti: komentář. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0, str. 156.

²⁶⁷ KOTÁSEK, J. in: Hulmák, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář.* Praha: C.H. Beck, 2014 str. 1835

²⁶⁸ Úřad pro ochranu osobních údajů. Často kladené otázky k zákonu č. 480/2004 Sb. [cit. 10.12.2016]. Dostupné z www.uoou.cz.

²⁶⁹ Remarketing je technika, jejíž pomocí se snažíme přivést uživatele zpět na webovou stránku, kterou předtím navštívil, ale neprovedl požadovanou akci – nejčastěji nákup. Jedním z nejčastějších kroků remarketingu je právě přivést nerozhodnuté návštěvníky zpět na stránku a zvýšit tak šance, že nákup

takovéto vyloučení bylo na úkor samotného uživatele. V tomto případě je technika remarketingu specifitější oproti obecné definici remarketingu v tom, že v první řadě „neodchytáváme“ všechny návštěvníky webové stránky, nýbrž jen ty z nich, kteří umístili zboží do košíku (tj. byla dosažena určitá fáze kontraktace) a jejichž e-mailová adresa je pro odesílatele např. v důsledku registrace známa a v druhé řadě neprobíhá přivedení uživatele zpět na webovou stránku prostřednictvím placené reklamy rozmístěné na internetu, ale prostřednictvím zaslání obchodního sdělení na e-mail (viz podmínka první shora). Cílíme tedy na zákazníka, u kterého lze předpokládat, že měl o věci v košíku zájem a kontrakční proces přerušil z důvodů na osobě podnikatele obvykle nezávislých, což je cílení přesnější než v případě cílení na pouhého návštěvníka webové stránky. Zákaz popsané remarketingové techniky by navíc bylo mnohdy na úkor samotného uživatele, kterému může být nabídnuta výhodnější nabídka (např. v podobě slevy). Proto se autor přiklání k výše vyřčenému závěru.

- (iii) Třetí podmínkou je, že se obchodní sdělení musí týkat stejné či obdobné záležitosti.
- (iv) Čtvrtou podmínkou pro možnost zaslání obchodních sdělení bez předchozího souhlasu adresáta je, že se musí jednat o vlastní výrobky či služby osoby, se kterou kontrakční fáze dospěla do určité fáze či se kterou byl kontrakční proces završen uzavřením smlouvy.
- (v) Poslední podmínkou je možnost adresáta zaslání obchodních sdělení odmítnout, a to jak při původním kontrakčním procesu, tak i v každém zaslaném obchodním sdělení. Možnost odmítnout zaslání obchodních sdělení musí být zřetelná, jasná, jednoduchá a zdarma či na účet odesílatele nebo podnikatele.²⁷⁰

dokončí. K tomu Google uvádí, že až 96% návštěvníků nedokončí akci, kvůli které na web inzerenta přišli. A právě remarketing zobrazením reklamního sdělení šitého na míru či zvláštní nabídkou může tyto jedince přimět, aby se na stránky vrátili a nákup dokončili.

²⁷⁰ STUHLÍKOVÁ, Zuzana. Online reklama - zaslání obchodních sdělení. Epravo.cz. Publikováno dne 30.1.2013. [cit. 20.11.2016]. Dostupné z: www.epravo.cz.

Skutečnost, že se jedná o zákazníka odesílatele pak tento musí být schopen rovněž prokázat. Úřad pro ochranu osobních údajů v této souvislosti hovoří o povinnosti odesílatele.²⁷¹

3.1.4.3. Dozor nad šířením obchodních sdělení

Orgánem příslušným k výkonu dozoru nad dodržováním zákona o některých službách informační společnosti je Úřad pro ochranu osobních údajů²⁷². Důvodová zpráva se k volbě dozorového orgánu vyjadřuje tak, že šíření obchodních sdělení sice často probíhá formou náhodnou, ale mnohdy je součástí aktivit, při nichž dochází ke zpracování osobních údajů. Proto zákonodárce uvážil za vhodné, aby problematiku zastřešoval jeden úřad, v tomto případě Úřad pro ochranu osobních údajů.

Úřad při své činnosti postupuje z úřední povinnosti (*ex offio*). Veřejnost se tak může pokusit iniciovat správní řízení podáním podnětu k zahájení řízení (v praxi se pro označení tohoto podnětu k zahájení řízení vžilo označení stížnost, přestože stížnost podle správního řádu nese význam jiný; autor proto bude v této kapitole oba pojmy používat jako synonyma), přičemž na zahájení řízení není právní nárok. K usnadnění podávání stížností zveřejnil Úřad jednoduchý a návodný formulář, prostřednictvím kterého lze šíření nevyžádaných obchodních sdělení oznámit.

Pro oblast samotného výkonu dozoru se Úřad pro ochranu osobních údajů řídí zákonem o ochraně osobních údajů se subsidiárním užitím kontrolního řádu. Pro zajištění procesu správního dozoru se dále aplikují některá ustanovení správního řádu. Za účelem řádného provedení dozoru disponuje Úřad dozorčími oprávněními, mezi která náleží například právo vstupu, právo prohlídky (ohledání) věcí nebo osob či požadování poskytnutí informací potřebných pro náležité objasnění skutkového stavu²⁷³. Oproti dozorčím oprávněním je Úřadu uloženo i několik povinností. Ty jsou vymezeny v § 9 kontrolního řádu a patří mezi ně mimo jiné povinnost zjistit stav věci v rozsahu nezbytném pro dosažení účelu kontroly a v závislosti na povaze kontroly doložit kontrolní zjištění potřebnými podklady. Mezi jeho další povinnosti patří

²⁷¹ Výroční zpráva za rok 2015. Praha: Úřad pro ochranu osobních údajů, 2016. ISBN ISBN 978-80-210-8144-4, str. 13 a násl.

²⁷² Srov. § 10 zákona o některých službách informační společnosti.

²⁷³ Srov. § 7–8 kontrolního řádu, a dále § 37–38, § 40 a § 40a zákona o ochraně osobních údajů

povinnost šetřit práva a oprávněné zájmy kontrolované osoby, povinné osoby a třetí osoby.

3.1.4.4. Sankce za šíření nevyžádaných obchodních sdělení - teorie

Sankce za šíření nevyžádaných obchodních sdělení upravuje zákon o některých službách informační společnosti v ust. § 10a a násl. Důležité se jeví upozornit na skutečnost, že k uložení správní sankce nestačí pouhé porušení práva (tedy porušení ustanovení § 7 uvedeného zákona), ale toto porušení musí dosahovat určité intenzity. Ta je dána až v případě, že nevyžádaná obchodní sdělení jsou šířena hromadně nebo opakovaně²⁷⁴.

Tato nejednotnost mezi konstrukcí skutkové podstaty a správním postihem je způsobena novelou zákona o elektronických komunikacích zákonem č. 468/2011 Sb., jejímž účelem bylo omezení dosud velmi široké věcné působnosti zákona o některých službách informační společnosti na v zásadě jakékoliv, byť i co do kvantity sebemenší, porušení zákona. V praxi totiž nebyly ojedinělé případy, kdy docházelo k postihu za jednání v důsledku bagatelního opomenutí či přehmatu (nedbalostní jednání s minimální společenskou škodlivostí), kde navíc v rámci správního řízení musela být prošetřena nejen všechna podezření z neoprávněného zaslání obchodního sdělení, ale zároveň muselo dojít k současnému zkoumání tohoto deliktu z pohledu dodržování všech zásad ochrany osobních údajů ve smyslu zákona o ochraně osobních údajů. Důvodová zpráva k novele dodává, že takovéto případy jsou řešitelné v rámci projednání a domluvy v rámci dozorového řízení.

Povaha právní odpovědnosti a konkrétní sankce se dále liší podle toho, zda se protiprávního jednání dopustí:

- a) fyzická (nepodnikající) osoba nebo
- b) právnická osoba či tzv. podnikající fyzická osoba.

Fyzická (nepodnikající) osoba se dopustí přestupku, pokud bez souhlasu adresáta hromadně nebo opakovaně šíří elektronickými prostředky obchodní sdělení²⁷⁵.

²⁷⁴ Srov. ustanovení § 10a a §11 zákona o některých službách informační společnosti.

²⁷⁵ Srov. §10a zákona o některých službách informační společnosti

Jedná se o komisivní přestupek, který ke vzniku odpovědnostního vztahu vyžaduje zavinění ve formě nedbalostního jednání²⁷⁶. Za spáchání přestupku může Úřad pro ochranu osobních údajů pachateli uložit sankci, jejíž horní hranice je omezena částkou ve výši 100.000,- Kč. Kritéria, ke kterým Úřad pro ochranu osobních údajů při určení výše pokuty přihlíží, vymezuje přestupkový zákon²⁷⁷.

Navíc je možné od uložení sankce úplně upustit v případě, kdy k nápravě pachatele postačí samotné projednání přestupku²⁷⁸. Odpovědnost za přestupek navíc zaniká (prekluduje), pokud o něm Úřad pro ochranu osobních údajů nezahájil řízení do 1 roku od doby, kdy o něm dozvěděl (subjektivní lhůta), nejpozději však do 3 let ode dne, kdy byl spáchán (objektivní lhůta)²⁷⁹.

Právníká osoba nebo podnikající fyzická osoba²⁸⁰ se dopustí správního deliktu, pokud hromadně nebo opakovaně šíří elektronickými prostředky obchodní sdělení:

- a) bez souhlasu adresáta,
- b) neoznačené jasně a zřetelně jako obchodní sdělení,
- c) skrývající nebo utajující totožnost odesílatele, jehož jménem se komunikace uskutečnila,
- d) neobsahující platnou adresu, na niž by adresát mohl odeslat žádost o ukončení takové komunikace, nebo
- e) bez toho, že by zákazníkovi poskytla možnost jasně, zřetelně, jednoduchým způsobem, zdarma nebo na svůj účet udělit či odmítnout souhlas s využitím jeho elektronického kontaktu při zaslání každé jednotlivé zprávy.²⁸¹

²⁷⁶ Srov. § 2 a § 3 přestupkového zákona.

²⁷⁷ Srov. § 12 přestupkového zákona: *Při určení druhu sankce a její výměry se přihlédne k závažnosti přestupku, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům, k okolnostem, za nichž byl spáchán, k míře zavinění, k pohnutkám a k osobě pachatele, zda a jakým způsobem byl pro týž skutek postižen v disciplinárním řízení. K tomu, jakým způsobem musí být k těmto kritériím přihlédnuto, je uvedeno více dále v textu.*

²⁷⁸ Srov. ust. § 11 odst. 3 přestupkového zákona: *Od uložení sankce lze v rozhodnutí o přestupku upustit, jestliže k nápravě pachatele postačí samotné projednání přestupku.*

²⁷⁹ Srov. § 12 odst. 3 a 4 zákona o některých službách informační společnosti.

²⁸⁰ Srov. § 12 odst. 4 zákona o některých službách informační společnosti.

²⁸¹ Srov. § 11 odst. 1 zákona o některých službách informační společnosti.

Sankcí za naplnění této skutkové podstaty správního deliktu je pokuta, jenž je „omezena“ horní hranicí 10 000 000 Kč. Lze konstatovat, že stanovení pokuty tímto způsobem je v rozporu se zásadou *nulla poena sine lege certa*²⁸² aplikovatelnou též ve správním trestání²⁸³. Takto stanovenou sankci lze dle autora této práce označit za absolutně neurčitou a podryvající ústavní princip *nulla poena sine lege* a princip právní jistoty. Takto neurčité sankce však nejsou ve správním právu v České republice nijak neobvyklé.²⁸⁴ Omluva tohoto stavu zásadou *dura lex, sed lex* (sice špatný zákon, ale přece jenom zákon) přitom v právním státě nemůže obstát.

²⁸² Principy vyplývající z čl. 2 odst. 2 a zejména pak z čl. 39 Listiny základních práv a svobod a čl. 6. Úmluvy o ochraně základních práv a svobod. K použití zásad i pro správní trestání, jakož i trestání za přestupky viz další poznámka.

²⁸³ Ač čl. 39 Listiny hovoří *explicite* o zakotvení zásady pouze pro trestní právo, budeme-li vycházet z judikatury Evropského soudu pro lidská práva ve vztahu k čl. 6 Úmluvy o ochraně základních práv a svobod, tak zjistíme, že tento klíčový pojem „trestní obvinění“ vykládá značně extenzivně, když do něj zahrnuje jakékoli protiprávní jednání postižitelné trestem, tedy bezpochyby i správní delikty. K tomu se vyjádřil Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 18. 4. 2007, sp. zn. 4 As 10/2006 následovně: *Se zřetelem k zásadám, vyjádřeným v čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod, vyhlášené ve Sbírce zákonů pod č. 209/1992, které vyjadřují principy práva na spravedlivý proces, musí řízení o přestupku, stejně tak o jiném správním deliktu, podléhat stejnému režimu jako řízení o trestných činech. V tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty, a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy (tedy i přestupky), je výrazem vůle suverénního zákonodárce, není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu. Bylo by ostatně možno na mnohých případech z historického vývoje dokumentovat, že například snaha účelově snížit nepříznivě se vyvíjející počty spáchaných trestných činů vedla v některých případech ke změnám zákonů, přesouvajícím trestné činy méně závažné do kategorie přestupků, a nebo na druhé straně rozmáhající se drobné delikty byly novelami zákonů přesunuty do kategorie činů soudně trestných.*

Z těchto důvodů – a přinejmenším od okamžiku, kdy byla ratifikována Úmluva o ochraně lidských práv a svobod – není rozhodné, zda pozitivní právo označuje určité deliktní jednání za trestný čin, správní delikt, nebo přestupek. Zmiňuje-li se tedy uvedená Úmluva v článku 6 odst. 1 o „jakémkoliv trestním obvinění“, je třeba záruky v této souvislosti poskytnuté tomu, kdo je obviněn, poskytnout shodně, jak v trestním řízení soudním, tak v deliktním řízení správním, tak i v řízení o přestupcích.“ Uvedené zásady lze navíc použít již s odkazem na čl. 39 Listiny základních práv a svobod, a to za použití *analogie iuris*, která je ve prospěch pachatele přípustná. K tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 4. 2008, sp. zn. 1 As 27/2008. V rozsudku ze dne 31. 5. 2007, sp. zn. 8 As 17/2007 pak Nejvyšší správní soud uvedl, že „Věcný rozdíl mezi trestnými činy a správními delikty bývá i velmi mlhavý, může být i výsledkem politického rozhodnutí („dekriminalizace“), a je běžné, že skutky trestané právním řádem jednoho státu nebo v určité době jako trestné činy jsou podle právního řádu jiného státu nebo v jiné době „pouze“ správními delikty a naopak. Pro ilustraci lze vzpomenout i někdy převrácený poměr u peněžitých sankcí: stamilionové pokuty, které hrozí za některé správní delikty, a více než desetinasobně přesahují možnou výměru peněžitého trestu podle trestního zákona. Také proto pro trestnost správních deliktů musí platit obdobné principy a pravidla jako pro trestnost trestných činů.

²⁸⁴ KINDL, Milan. Základy správního práva. 2., upr. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009. Vysokoškolské učebnice (Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk). ISBN 978-80-7380-190-8, str. 211 a násl.

Právnícké a podnikající fyzické osoby vykonávající tzv. regulovanou činnost mají navíc vymezenou doplňující skutkovou podstatu správního deliktu. Tohoto správního deliktu se nad rámec výše uvedeného mohou dopustit²⁸⁵, pokud jejich obchodní sdělení neobsahuje:

- a) název profesní samosprávné komory zřízené zákonem, u níž jsou zapsány,
- b) odkaz na profesní pravidla uplatňovaná v členském státu Evropské unie, v němž jsou usazeny, nebo
- c) způsob trvalého veřejného přístupu k informacím o příslušné profesní samosprávné komoře zřízené zákonem, které jsou členem.

Za spáchání tohoto doplňujícího správního deliktu stanoví zákon pokutu s horní hranicí 1 000 000 Kč. Orgány příslušnými k projednávání, ukládání a vybírání pokut za naplnění shora uvedené skutkové podstaty jsou jednotlivé orgány profesních samospráv²⁸⁶.

Rozdílem oproti přestupkům je, že v případě správních deliktů se ke vzniku odpovědnostního vztahu zavinění nevyžaduje. Jedná se tedy o odpovědnost objektivní, konkrétně prostou, neboť zákon předpokládá možnost liberace v případě, kdy tato osoba prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila²⁸⁷. Stejně jako u přestupků platí, že odpovědnost za správní delikt zaniká (prekluduje), pokud o něm Úřad pro ochranu osobních údajů nezahájil řízení

²⁸⁵ Maisner k tomu uvádí: *Problematickou otázkou může být vztah obou odstavců* (pozn. autora: odst. 1 a 2 ust. § 11 zákona o některých službách informační společnosti); *zda jsou tyto odstavce vůči sobě alternativní či doplňující, tj. zda právnícká osoba vykonávající regulovanou činnost může být sankcionována za správní delikt dle odst. 1. Dle názoru autora komentáře odpověď nalezneme již v samotné textaci komentovaného ustanovení, resp. v jeho skladbě. Skutečnost, že se druhý odstavec vztahuje pouze na vykonavatele regulovaných činností, je zřejmá. Odstavec 1 však nijak neomezuje svou působnost pouze na osoby, které regulovanou činnost nevykonávají, ale na libovolnou „právníckou osobu“.* Z tohoto důvodu zastává autor názor, že vztah obou odstavců je doplňující. Srov. MAISNER, Martin. Zákon o některých službách informační společnosti: komentář. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0, str. 192.

²⁸⁶ Srov. § 12 odst. 5 spolu s § 10 odst. 1 písm. b) zákona o některých službách informační společnosti

²⁸⁷ Srov. § 12 odst. 1 zákona o některých službách informační společnosti: *Právnícká osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila.* Příkladem takovéto liberace je situace, kdy zaměstnanec rozešle závadné obchodní sdělení bez vědomí zaměstnavatele navzdory skutečnosti, že tento typ sdělení je výslovně zakázán vnitřním předpisem a zaměstnavatel dodržování tohoto předpisu kontroluje (a je vše uvedené navíc schopn prokázat).

do 1 roku od doby, kdy o něm dozvěděl (subjektivní lhůta), nejpozději však do 3 let ode dne, kdy byl spáchán (objektivní lhůta)²⁸⁸.

Vzhledem k tomu, že pojem správní delikt není v zákoně nikde definován²⁸⁹ a právní pravidla pro řízení o nich absentují taktéž, postupuje se obecně v řízení o správních deliktech podle správního řádu s tím, že judikatura v některých případech připouští použití přestupkového zákona *per analogiam*²⁹⁰. Vymezení obecných korektivů pro ukládání sankcí za správní delikty je proto poněkud komplikovanější. Zákon o některých službách informační společnosti však *explicite* stanoví²⁹¹, že při stanovení výše pokuty se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména (i) ke způsobu jeho spáchání²⁹², (ii) k jeho následkům²⁹³, jakož i (iii) k okolnostem, za nichž byl spáchán²⁹⁴.

K tomuto demonstrativnímu výčtu je třeba uvést, že „takováto právní úprava váže správní orgán v tom směru, že právě těmito zákonnými hledisky se musí zabývat vždy“²⁹⁵. Úřad pro ochranu osobních údajů je tedy povinen při určování výměry pokuty vždy přihlédnout k závažnosti správního deliktu, tedy (i) ke způsobu jeho spáchání, (ii) jeho následkům a rovněž i (iii) k okolnostem, za nichž byl spáchán.

²⁸⁸ Srov. § 12 odst. 3 zákona o některých službách informační společnosti.

²⁸⁹ Viz např. rozsudek NSS ze dne 30. 1. 2006, č. j. 5 As 4/2005 – 92: *Zatímco přestupek, ale i trestný čin, jsou v zákoně jednoznačně vymezeny a definovány, žádný zákon neobsahuje jednotnou definici správního deliktu; jedná se tak o jeden z druhů deliktů, který není nikde v zákoně definován. Nauka správního práva tento pojem používá jako souhrnný pojem zahrnující jednotlivé druhy správních deliktů, které se vyskytují v platné právní úpravě. Z uvedeného je nutno dovodit, že pod jiný správní delikt je třeba zahrnout jednání, jehož znaky jsou stanoveny zákonem a za které ukládá správní orgán k tomu příslušný trest.*

²⁹⁰ Např. u vícečinných souběhů. Srov. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 29. 12. 1997, sp. zn. 6 A 226/1995 - 22, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 9. 2005, sp. zn. 6 As 57/2004 – 54.

²⁹¹ Srov. § 12 odst. 2 zákona o některých službách informační společnosti.

²⁹² Typicky e-mailem.

²⁹³ Tím je v případě nevyžádaných obchodních sdělení zpravidla jen obtěžování adresáta, přičemž dále rozlišujeme intenzitu tohoto obtěžování. Z rozhodovací praxe Úřadu pak vyplývá, vyšší míru obtěžování pak příkladmo značí následující skutečnosti: adresátům byla obchodní sdělení zasílána navzdory jejich výslovnému nesouhlasu, jednotliví adresáti obdrželi od odesílatele větší množství obchodních sdělení, stejné obchodní sdělení bylo zasláno opakovaně během několika dnů vícekrát za sebou. K tomu srov. závěr této podkapitoly.

²⁹⁴ Jde o okolnosti nejrůznějšího druhu, které ovlivňují povahu a závažnost spáchaného správního deliktu. Např. touto okolností může být (a) vliv tíživých osobních nebo rodinných poměrů, které si pachatel sám nezpůsobil, (b) spáchání správního deliktu využívaje něčí nouze, tísně, bezbrannosti, závislosti nebo podřízenosti nebo (c) spáchání deliktu vůči určitým osobám.

²⁹⁵ Srov. rozsudek NSS ze dne 30. 4. 2009, č. j. 6 As 34/2008 – 54.

Pokud by Úřad pro ochranu osobních údajů v rámci aplikace správního uvážení tuto svoji povinnost nesplnil, tedy pokud by se podrobně nezabýval všemi uvedenými hledisky, které mu zákon o některých službách informační společnosti předkládá a zároveň podrobně a přesvědčivě neodůvodnil, ke kterému hledisku přihlédl a jaký vliv mělo toto hledisko na konečnou výši pokuty, zatížil by rozhodnutí procesní vadou, *in concreto* nepřezkoumatelností pro nedostatek důvodů rozhodnutí, kterážto nepřezkoumatelnost by pak bránila samotnému věcnému přezkumu důvodnosti uložení pokuty v určité výši ze strany soudu²⁹⁶. Proto by v případě soudního přezkumu soud rozhodnutí stížené takovouto vadou zrušil *ex officio*²⁹⁷. Pouze pro úplnost si autor dovoluje uvést, že případný, byť jinak logický návrh na moderaci výše pokuty, by v tomto případě požadoval po soudu něco nemožného, resp. neproveditelného, neboť nelze moderovat něco, co není podloženo zákonnými důvody.

Nadto nicméně může (ale již nemusí) Úřad s ohledem na demonstrativní výčet přihlédnout i k jiným v úvahu přicházejícím kritériím, jsou-li svou povahou pro posouzení této otázky relevantní. Jedním z těchto kritérií je skutečnost, že pokuta nesmí být pro pachatele likvidační, tedy nesmí být nepřiměřená osobním a majetkovým poměrům pachatele deliktu do „míry, že je způsobilá mu sama o sobě přivodit platební neschopnost či ho donutit ukončit podnikatelskou činnost, nebo se v důsledku takové pokuty může stát na dlouhou dobu v podstatě jediným smyslem jeho podnikatelské činnosti splácení této pokuty a zároveň je zde reálné riziko, že se pachatel, případně i jeho rodina (jde-li o podnikající fyzickou osobu) na základě této pokuty dostanou do existenčních potíží“²⁹⁸. Výjimku ze zákazu likvidačního charakteru pokut pak tvoří případy zvláště závažných správních deliktů²⁹⁹ či případy, kdy právnická osoba byla fakticky založena za účelem páchaní protiprávní činnosti³⁰⁰. Doplněním zákonného

²⁹⁶ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. března 2010, č. j. 2 As 47/2009 – 92.

²⁹⁷ Viz § 76 odst. 1 SŘS: *Soud zruší napadené rozhodnutí pro vady řízení bez jednání rozsudkem pro nepřezkoumatelnost spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí*. K tomu srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2004, č. j. 5 A 157/2002 – 35.

²⁹⁸ Srov. nález Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02.

²⁹⁹ Šíření nevyžádaných obchodních sdělení mezi zvláště závažné správní delikty dle názoru autora až na výjimky řadit nelze, neboť obvyklý následek v podobě běžného obtěžování adresáta nelze vnímat jako následek, který by bylo možné označit za zvláště společensky závažný.

³⁰⁰ Srov. bod 33 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 AS 9/2008-133.

demonstrativního výčtu může být taktéž např. existence recidivy pachatele³⁰¹ či charakter šířených zpráv a jejich obsah.

V řízení o přestupcích a správních deliktech se pak subsidiárně postupuje podle správního řádu³⁰². Z toho například vyplývá, že řádným opravným prostředkem proti rozhodnutí Úřadu je rozklad, o němž rozhoduje předseda (předsedkyně) Úřadu³⁰³.

3.1.4.5. Sankce za šíření nevyžádaných obchodních sdělení - praxe

Následující odstavce jsou zaměřeny na dopady shora rozebrané zákonného práva (law in books) na praxi a středem pozornosti je tedy právo živé (law in action).

Nejdříve se jeví jako vhodné začít obecnými statistickými údaji ve vztahu k nevyžádaným obchodním sdělením a demonstrovat jejich vývoj v čase. K počtu podaných stížností, zahájených kontrol a rozhodnutí o pokutě v letech 2012-2015 srov. tabulku níže.

rok	podnětů celkem	zahájených kontrol	rozhodnutí o pokutě
2012 ³⁰⁴	7933	87	23
2013 ³⁰⁵	7428	90	33
2014 ³⁰⁶	7951	23	8
2015 ³⁰⁷	5409	21	23 ³⁰⁸

³⁰¹ HENDRYCH, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, bod 587.

³⁰² Srov. § 13 zákona o některých službách informační společnosti: „*Pokud tento zákon nestanoví jinak, vztahuje se na řízení ve věcech upravených tímto zákonem správní řád.*“

³⁰³ Viz ust. § 152 a násl. správního řádu.

³⁰⁴ Výroční zpráva za rok 2012. Praha: Úřad pro ochranu osobních údajů, 2013. ISBN 978-80-210-6179-8, str. 9 a násl.

³⁰⁵ Výroční zpráva za rok 2013. Praha: Úřad pro ochranu osobních údajů, 2014. ISBN 978-80-210-6700-4, str. 8 a násl.

³⁰⁶ Výroční zpráva za rok 2014. Praha: Úřad pro ochranu osobních údajů, 2015. ISBN 978-80-210-7758-4, str. 10 a násl.

³⁰⁷ Výroční zpráva za rok 2015. Praha: Úřad pro ochranu osobních údajů, 2016. ISBN 978-80-210-8144-4, str. 8 a násl.

³⁰⁸ Vyšší počet rozhodnutí o pokutě (23) než je počet zahájených kontrol (21) je způsoben tím, že v tomto roce bylo ukončeno více kontrol (32), než bylo v tomto roce zahájeno. Tyto ukončené kontroly byly zahájeny v předchozích obdobích, ale ukončeny až v roce 2015, což je zřejmě způsobeno podstatně menším počtem podaných podnětů (stížností).

Výše nejvyšších pokut ukládaných v praxi pak v průběhu uplynulých let několikanásobně vzrostla.

V roce 2011 Úřad pro ochranu osobních údajů udělil pokutu přesahující 100.000,- Kč pouze dvakrát, a to navíc stejnému subjektu. Nejdříve šlo o pokutu ve výši 170.000,- Kč, při recidivě již byla pachateli udělena pokuta ve výši 320.000,- Kč, a to mimo jiné s přihlédnutím ke skutečnosti, že nevyžádaná obchodní sdělení byla zaslána osmdesáti adresátům, přičemž některým z nich i opakovaně.³⁰⁹

V roce 2014 již nejvyšší udělená pokuta dosáhla výše 480.000,- Kč. Udělená byla společnosti eMarketing CZ s.r.o. Úřad k tomu dodává³¹⁰, že „Uvedená společnost rozesílala po dobu přibližně jednoho roku obchodní sdělení v rozporu se zákonem o některých službách informační společnosti. Neprokázala předložením dokumentů, že adresáti rozesílaných sdělení poskytli souhlas s jejich zasíláním, ani nebylo prokázáno, že jde o zákazníky společnosti. Rozklad podaný jmenovanou společností v souvislosti s rozhodnutím Úřadu o uložení pokuty byl zamítnut a rozhodnutí o uložení pokuty bylo potvrzeno a je pravomocné.“

Zlomovým je rok 2015, ve kterém došlo k podstatnému posunutí pomyslné hranice nejvyšších pokut udělených Úřadem.

Společnosti Traffic7 s.r.o. byla uložena pokuta ve výši 1.900.000,- Kč, a to v návaznosti na 336 stížností (podnětů) podaných Úřadu. Kontrolovaný subjekt se hájil doložením zakoupené databáze e-mailových adres, a tvrzením, že uživatelé těchto e-mailových adres udělili souhlas se zasíláním obchodních sdělení třetích osob. Úřad dovodil, že v takovém případě se nejedná o zákazníky kontrolovaného (tj. nelze použít výjimku dle ust. § 7 odst 3 zákona o některých službách informační společnosti) a uživatelé e-mailových adres v takové databázi uvedení ani nedali kontrolovanému (nabyvateli databáze) svobodný a vědomý souhlas k zasílání obchodních sdělení (resp. nebylo prokázáno, že by souhlas dán byl), a proto tuto databázi k šíření obchodních sdělení nebylo možné využít. Při určování výše sankce Úřad přihlédl jako k přitěžujícím

³⁰⁹ STUHLÍKOVÁ, Zuzana. Online reklama – zasílání obchodních sdělení. Publikováno dne 30.1.2013. Epravo.cz. [cit. 2016-10-23]. Dostupné z: www.epravo.cz.

³¹⁰ Úřad pro ochranu osobních údajů. Uložení pokuty společnosti eMarketing CZ. Publikováno dne 21.3.2014. Tisková zpráva. [cit. 2016-10-24]. Dostupné z: www.uoou.cz.

okolnostem k množství adresátů obchodních sdělení (více než 500) a k tomu, že pro adresáty byla obchodní sdělení vysoce obtěžující (desítkám adresátů byla obchodní sdělení zasílána navzdory jejich výslovnému nesouhlasu; někteří adresáti obdrželi od kontrolovaného velké množství obchodních sdělení; v některých případech bylo zasíláno adresátovi několik obchodních sdělení denně nebo bylo stejné obchodní sdělení zasláno opakovaně během několika dnů vícekrát za sebou).³¹¹

Společnosti eMarketing CZ s.r.o. pak byla uložena pokuta ve výši 1.500.000,- Kč, a to opět v návaznosti na stížnosti (podněty) podané Úřadu. Při určování výše sankce v tomto případě Úřad přihlédl k množství odeslaných obchodních sdělení (více než 300) a jako ke skutečnosti zvyšující závažnost jednání účastníka řízení zejména k tomu, že kontrolovaný se protiprávního jednání dopustil opakovaně a musel si být (i s ohledem na předchozí kontrolu a již pravomocně skončené správní řízení) vědom, že jeho postup je nezákonný.

Pro dokreslení postupu Úřadu při určování výše pokuty je vhodné zmínit i kontrolu společnosti ABSOLUT-IN s.r.o. Této společnosti byla uložena pokuta ve výši 60.000,- Kč, a to přestože zaslala nevyžádané obchodní sdělení na více jak 600 e-mailových adres. Výše této sankce byla slovy Úřadu „stanovena při dolní hranici zákonné sazby, a to zejména s přihlédnutím ke skutečnosti, že kontrolovaný na svoji obhajobu uvedl, že jednal v omylu a již přijal konkrétní opatření, aby se tak již nemohlo stát, a zároveň se stěžovateli písemně omluvil.“ K tomu je třeba dodat, že tvrzený omyl sice nezbavuje odesílatele odpovědnosti za šíření nevyžádaných obchodních sdělení, nicméně Úřad vzal tuto skutečnost za polehčující okolnost. Samotné kontrole rovněž i v tomto případě předcházela stížnost (podnět).

Závěrem je třeba uvést, že zákon o některých službách informační společnosti dle názoru Úřadu pro ochranu osobních údajů³¹² postihuje pouze odesílatele nevyžádaných obchodních sdělení (zákon hovoří o šířiteli) a nikoliv toho, komu bylo odesláno obchodní sdělení ku prospěchu. Řízení proto může Úřad pro ochranu

³¹¹ Výroční zpráva za rok 2015. Praha: Úřad pro ochranu osobních údajů, 2016. ISBN 978-80-210-8144-4, str. 13 a násl.

³¹² Viz příloha č. 1: Sdělení Úřadu pro ochranu osobních údajů k žádosti autora této práce o informaci dle zákona o svobodném přístupu k informacím.

osobních údajů zahájit a vést pouze ve vztahu k odesílateli nevyžádaného obchodního sdělení, a to navíc pouze pokud je odesílatel českým subjektem.

V případě nevyžádaných obchodních sdělení zaslaných zahraničními subjekty již Úřad pravomoc v takové věci rozhodnout nemá a postupuje v rámci přeshraniční spolupráce³¹³.

Konkrétně v případě odesílatelů nevyžádaných obchodních sdělení ze zemí, které jsou členskými státy Evropské unie, postupuje Úřad dle nařízení o spolupráci v oblasti ochrany spotřebitele. V této souvislosti je však třeba uvědomit si i praktickou stránku věci. Úřad totiž jinému orgánu v rámci států Evropské unie v období let 2012 až 2015 předal pouze jeden jediný případ, a to příslušným Slovenským orgánům.³¹⁴

Co se postihu odesílatelů nevyžádaných obchodních sdělení ze zemí mimo Evropskou unii týče, je vhodné zdůraznit, že Úřad pro ochranu osobních údajů dosud žádný podnět k vyřízení příslušným orgánům těchto států nepředal.³¹⁵

Fakticky tedy dochází k situaci kdy trestáme své vlastní občany a společnosti, a to navíc mnohdy i velice citelnými sankcemi při současném vědomí toho, že zahraničním subjektům (zejména pak těm ze třetích zemí) nebude s ohledem na výše uvedené za zasílání nevyžádaných obchodních sdělení udělena pravděpodobně sankce žádná. Na druhou stranu je třeba dodat, že stížností podaných na zahraniční odesílatele za šíření nevyžádaných obchodních sdělení je ve srovnání s počtem podnětů na české odesílatele velice málo³¹⁶. Lze tedy uzavřít, že české subjekty této „cesty k nepostihnutelnosti“ za šíření nevyžádaných obchodních sdělení, alespoň prozatím, nevyužívají. Jakmile by však byly pokuty udělované Úřadem pocíťovány dotčenými subjekty jako zjevně nespravedlivé, bylo by (byť pouze virtuální) „stěhování“ odesílatelů do třetích států jen logickým důsledkem. I proto je Úřad pro ochranu

³¹³ Srov. DVOŘÁK, Tomáš. ÚOOÚ a SPAM: Zákon postihuje odesílatele, a ne v čí prospěch bylo sdělení odesláno. Publikováno 18. června 2012. [cit. 2016-10-25]. Dostupné z: www.tomas-dvorak.cz.

³¹⁴ Srov. reakci Úřadu pro ochranu osobních údajů na žádost autora této práce o poskytnutí informace dle zákona o svobodném přístupu k informacím, která se nachází v příloze této práce.

³¹⁵ Srov. reakci Úřadu pro ochranu osobních údajů na žádost autora této práce o poskytnutí informace dle zákona o svobodném přístupu k informacím, která se nachází v příloze této práce.

³¹⁶ Což však může být způsobeno i tím, že stěžovatelé jsou si této nevymahatelnosti vědomi.

osobních údajů v nelehkém postavení a musí sledovat nejen přiměřenost, ale i spravedlivost ukládaných pokut. Pro konkrétní statistické údaje srov. tabulku níže.

sledované období	podnětů celkem	podnětů ve vztahu k zahraničním odesílatelům
2012 - 2015	28 721	2 274 ³¹⁷

3.2. NEKALÁ SOUTĚŽ

3.2.1. Úvod

Právní úprava nekalé soutěže je založena na koncepci kombinace tzv. generální klauzule nekalé soutěže (§ 2976 odst. 1 občanského zákoníku) a tzv. zvláštních skutkových podstat (též označovány jako zákonné skutkové podstaty) nekalé soutěže, které jsou uvedeny demonstrativně v § 2976 odst. 2 občanského zákoníku. Vedle toho právní doktrína rozlišuje³¹⁸ ještě skutkové podstaty, které vznikly soudním výkladem generální klauzule nekalé soutěže, resp. jedné z jejích tří podmínek, konkrétně jednání v “rozporu s dobrými mravy soutěže“.

Vztah mezi generální klauzulí a zvláštními skutkovými podstatami je takový, že pokud bude naplněna pouze generální klauzule a zároveň nebude naplněna žádná ze zvláštních skutkových podstat, bude se jednat o nekalosoutěžní jednání podle generální klauzule. Pokud budou navíc splněny i podmínky některé ze zvláštních skutkových podstat, bude se jednat o nekalosoutěžní jednání podle příslušné zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže.³¹⁹ Úprava zvláštních skutkových podstat pak plní roli spíše jakéhosi dokreslení nekalé soutěže, neboť i v těchto případech bude muset soud dospět k závěru o naplnění všech tří podmínek generální klauzule. Zvláštní skutkové

³¹⁷ Od listopadu 2012 je vedena detailnější statistika stížností, ze které lze dovodit, že (a) ze států Evropské unie bylo zasláno 1196 nevyžádaných obchodních sdělení a (b) ze států mimo Evropskou unii 665 nevyžádaných obchodních sdělení.

³¹⁸ ONDREJOVÁ, Dana. *Tzv. soudcovské (nepojmenované) skutkové podstaty nekalé soutěže pohledem nové systematiky*. Obchodněprávní revue. 2014, č. 10, s. 287-292.

³¹⁹ ONDREJOVÁ, Dana. § 2976 [Základní ustanovení]. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI: komentář. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-287-8, str. 1771.

podstaty tedy nejsou ve vztahu speciality (*lex specialis*) ke generální klauzuli, jak může jejich právněteoretické označení mást.³²⁰

3.2.2. Generální klauzule

Generální klauzule obsahuje tři podmínky, které musí být kumulativně splněny, aby se určité jednání stalo nekalosoutěžním a tudíž jednáním protiprávním. Těmito třemi podmínkami jsou:

1. požadavek, aby k jednání rušitele docházelo v hospodářském styku,
2. rozpor rušitelova jednání s dobrými mravy soutěže a
3. způsobilost jednání přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům.

Jednání v hospodářském styku.

Podle první podmínky je třeba, aby se jednání uskutečnilo v hospodářském styku. Jednání v hospodářském styku je soudy vykládáno extenzivně a zahrnuje širokou škálu činností³²¹. Ondřejová k tomu uvádí³²², že „Jednání v hospodářském styku v sobě zahrnuje také „jednání v hospodářské soutěži“, které je v judikatuře vykládáno velmi široce a odvozuje se od vymezení tzv. soutěžního vztahu. Soutěžní vztah je podle Nejvyššího soudu (srov. NS 32 Odo 1642/2005) třeba vykládat v návaznosti na pojem

³²⁰ PATĚK, Daniel. Nad aktuální podobou práva proti nekalé soutěži (nejen) v občanském zákoníku. *Obchodněprávní revue*. 2016, č. 3, s. 65-80.

³²¹ K tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 5. 2010, sp. zn. 23 Cdo 1345/2009, který vychází ze závěrů doktríny: *Při právním posouzení věci odvolací soud neúplně a nesprávně vzal v úvahu a zhodnotil všechny rozhodné okolnosti, vyplývající ze zjištěného skutkového stavu, a posoudil tak neúplně a nesprávně předpoklady pro právní závěr, že mezi žalobci a žalovanými neexistuje soutěžní vztah (není splněna první podmínka generální klauzule nekalé soutěže). Nevzal v úvahu ani další související otázky, které jsou při rozboru uvedené podmínky generální klauzule nutné a jsou mimo jiné uváděny i v odborné literatuře (bližší viz např. Pelikánová I. Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. § 1–55. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, s. 418–421) – zda se chování soutěžitele týká jeho soutěžní činnosti a spadá do rámce této činnosti. „Pojem jednání v hospodářské soutěži není vymezen pomocí vztahu ke konkrétní osobě. Je proto rozhodující povaha chování, jeho souvislosti, nikoliv otázka, zda jde o jednání v konkrétním vztahu k druhému soutěžiteli. Takovým jednáním je tedy i prodej zboží spotřebiteli, propagace výrobků apod. Jednáním v soutěži však může být i chování spočívající v úpravě interiéru provozovny, v úpravě jejího okolí, v jednání s odběrateli a dodavateli, ba dokonce i v jednání s úřady (když např. podnikatel bude zlehčovat jiného soutěžitele). Soutěžení se totiž v praxi odehrává tak, že soutěžitel uskutečňuje svoji činnost v nejrůznějších právních i neprávních vztazích, ale jeho chování nepřímou ovlivňuje úspěšnost či neúspěšnost ostatních soutěžitelů, a to buď způsobem, který není protiprávní, anebo který je v rozporu s právem.*

³²² ONDŘEJOVÁ, Dana. § 2976 [Základní ustanovení]. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI: komentář. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-287-8, str. 1772.

soutěžitele z hlediska účelu ochrany proti nekalé soutěži velmi široce, kdy ve vztahu soutěžitelů nejsou jen přímí soutěžitelé, ale vůbec všechny subjekty, které působí v podobných nebo navzájem substituovatelných oborech nebo hospodářských činnostech.“

Rozpor s dobrými mravy soutěže.

Druhá podmínka spočívá v rozporu daného jednání s dobrými mravy soutěže. Dobré mravy soutěže³²³ jsou jinou kategorií než dobré mravy obecně. Při konkurenčních bojích totiž platí jiná morální pravidla a určitý stupeň agresivity je zde tolerovatelný.³²⁴ Jako u každého neurčitého právního pojmu, platí i v tomto případě, že bude záviset na okolnostech konkrétního případu, zda bude možné jednání pod tento pojem subsumovat či nikoliv. Předem lze říci pouze to, že protiprávní jednání je vždy jednáním v rozporu s dobrými mravy soutěže, a to s ohledem na zásadu *ignorantia legis non excusat*.

Při posuzování rozpornosti s dobrými mravy soutěže mají soudy značný interpretační prostor, čímž jim zákonodárce umožnil pružně reagovat na praktické potřeby postihu nekalosoutěžního jednání, a to včetně jednání v oblasti internetového marketingu. Podle Pelikánové³²⁵ by „cesta interpretace by měla být natolik pružná, aby vyhovovala praktické potřebě postihu nekalosoutěžních jednání“, přičemž Patěk k tomu poznamenává³²⁶, že soudy po této cestě dlouhodobě krácejí.

Způsobilost přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům.

Poslední podmínka spočívá ve způsobilosti určitého jednání přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům. Obecný pojem újma vyjadřuje, že se může jednat o újmu hmotnou i nehmotnou (poškození dobré pověsti, ale i pocit oklamání, ztráta

³²³ Vhodnou by mohla být inspirace německým právem, které již v roce 2004 opustilo znak nekalé soutěže „dobré mravy soutěže“ a nahradilo jej znakem „nekalosti“.

³²⁴ Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář. Praha: C.H. Beck, 2014 str. 1772.

³²⁵ Pelikánová, I. Komentář k obchodnímu zákoníku (s přihlédnutím k evropskému právu). 1. díl (§ 1–55). 4. vydání. Praha: ASPI, 2004, s. 598 a 599; Pelikánová, I. Obchodní právo. 5. díl. Odpovědnost (s přihlédnutím k návrhu nového občanského zákoníku). Praha: C. H. Beck, 2012, sub 10, str. 222.

³²⁶ PATĚK, Daniel. Nad aktuální podobou práva proti nekalé soutěži (nejen) v občanském zákoníku. *Obchodněprávní revue*, 2016, č. 3, str. 65.

jedinečnosti atd.). Proto je pojem újma tradičně vykládán velmi široce. Pojem újma je tedy obsahově širší než pojem škoda.³²⁷

3.2.3. Zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže

Jak již bylo řečeno v úvodu, aby bylo možné považovat jednání za nekalosoutěžní, musí být vždy naplněna generální klauzule nekalé soutěže. V případě, že bude naplněna některá ze zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže, avšak k naplnění všech podmínek generální klauzule nedojde, nemůže se jednat o nekalosoutěžní jednání.

Zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže vymezuje demonstrativně ustanovení § 2976 odst. 2 občanského zákoníku. Blíže rozvedeny jsou pak v §§ 2977 až 2987 občanského zákoníku.

Pro oblast online marketingu jsou relevantní především následující skutkové podstaty:

- (a) klamavá reklama
- (b) klamavé označení zboží nebo služby
- (c) srovnávací reklama
- (d) vyvolání nebezpečí záměny
- (e) parazitování na pověsti
- (f) zlehčování
- (g) porušení obchodního tajemství
- (h) dotěrné obtěžování.

Naplnění těchto zvláštních skutkových podstat si lze v oblasti online marketingu představit v praxi nejen ve vztahu k internetové reklamě (tomu již byla věnována pozornost v kapitole pojednávající o zakázané internetové reklamě), ale i např. ve vztahu k optimalizaci pro vyhledávače (SEO), jakož i ve vztahu k zasílání nevyžádaných obchodních sdělení.

³²⁷ ONDREJOVÁ, Dana. § 2976 [Základní ustanovení]. In: HULMÁK, Milan a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, str. 1773. ISBN 978-80-7400-287-8.

V případě optimalizace pro vyhledávače si lze představit naplnění zejména skutkové podstaty parazitování na pověsti (§ 2982 občanského zákoníku). Optimalizované stránky totiž mohou cílit na klíčová slova, která jsou v daném oboru často vyhledávaná a zároveň jsou spojena s určitým výrobkem či službou jiného soutěžitele (např. klíčová slova „sklo moser“, ale i již zmíněné „louis vuitton imitation“). V případě, že bude takováto SEO optimalizace úspěšná a daná stránka bude zobrazována na dobrých pozicích, či dokonce i na první straně vyhledávání (byť i jen krátkodobě dle metod black hat SEO³²⁸), může být dotčenému subjektu (v tomto případě společnosti Moser a Louis Vuitton) způsobena újma. Za této situace jistě nelze činit internetové vyhledávače (Google, Seznam a jiné) přímo odpovědnými, neboť jsou při zobrazení výsledků přirozeného vyhledávání pouhými poskytovateli zprostředkovatelských služeb. Pasivně legitimovanou osobou bude proto pouze parazitující soutěžitel.

Co se týče zasílání nevyžádaných obchodních sdělení, o kterých již bylo pojednáno, nekončí možnosti ochrany podáním „stížnosti“ Úřadu pro ochranu osobních údajů pro porušení zákona o některých službách informační společnosti. Na nevyžádaná obchodní sdělení lze totiž aplikovat rovněž ustanovení § 2986 občanského zákoníku, které upravuje skutkovou podstatu dotěrného obtěžování. Dotěrné obtěžování mimo jiné spočívá ve sdělování údajů o soutěžiteli, zboží nebo službách, jakož i v nabídce zboží nebo služeb s využitím elektronické pošty nebo podobných prostředků, ačkoli si takovou činnost příjemce zjevně nepřeje³²⁹. Za dotěrné používání je ve smyslu uvedeného ustanovení považováno rovněž sdělování reklamy, při kterém původce utají nebo zastře údaje, podle nichž ho lze zjistit, a neuvede, kde příjemce může bez zvláštních nákladů ukončení reklamy přikázat³³⁰. Mezi dotěrné obtěžování však naopak nelze řadit rozesílání reklamy na elektronickou adresu, kterou podnikatel získal v souvislosti s prodejem zboží nebo poskytnutím služby, pokud jsou navíc splněny další podmínky stanovené zákonem (podnikatel reklamou podporuje pouze vlastní zboží či

³²⁸ Metody black hats SEO optimalizátorů jsou sice rychlé, ale zpravidla pouze s dočasným efektem. I tento krátkodobý efekt však může způsobit újmu jinému subjektu.

³²⁹ Viz § 2986 odst. 1 občanského zákoníku.

³³⁰ Viz § 2986 odst. 1 občanského zákoníku.

služby, adresát zasílání reklamy nezakázal a obchodní sdělení umožňují odhlásit se z odběru)³³¹.

3.2.4. Soudcovské (nepojmenované) skutkové podstaty nekalé soutěže

Soudcovské skutkové podstaty nekalé soutěže vznikly soudním výkladem generální klauzule nekalé soutěže, resp. jedné z jejích tří podmínek, konkrétně jednání v “rozporu s dobrými mravy soutěže”.³³² Označovány jsou též jako nepojmenované, neboť nejsou výslovně pojmenovány v zákoně (na rozdíl od zákonných, resp. zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže).

Soudcovské skutkové podstaty nekalé soutěže lze členit na 3 základní skupiny, a to na:

- (a) porušení norem veřejného nebo soukromého práva se soutěžním dopadem,
- (b) jednání nenaplňující znaky zákonných (pojmenovaných) skutkových podstat nekalé soutěže, ale těmto skutkovým podstatám se blíží,
- (c) ostatní jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže.

Soudcovským skutkovým podstatám bude dále věnována pozornost pouze ve vztahu k online marketingu.

Ad (a) porušení norem veřejného nebo soukromého práva se soutěžním dopadem.

Mezi veřejnoprávní předpisy, jejichž porušením se dostane dané jednání v oblasti online marketingu do rozporu s dobrými mravy soutěže, lze mimo jiné zařadit (i) zákon o regulaci reklamy (zejména ve vztahu k zakázané reklamě), (ii) zákon o ochraně hospodářské soutěže a (iii) zákon o ochraně spotřebitele (zejména úprava nekalých obchodních praktik).

Mezi soukromoprávní předpisy, v důsledku jejichž porušení lze získat soutěžní předstih, lze zařadit např. občanský zákoník, autorský zákon a další.

³³¹ Viz § 2986 odst. 2 občanského zákoníku.

³³² ONDREJOVÁ, Dana. § 2976 [Základní ustanovení]. In: HULMÁK, Milan a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, str. 1773. ISBN 978-80-7400-287-8.

Ad (b) jednání nenaplňující znaky zákonných (pojmenovaných) skutkových podstat nekalé soutěže, ale těmto skutkovým podstatám se blíží.

Do této skupiny lze zařadit³³³:

- (i) praktiky podobné klamavé reklamě a klamavému označení zboží nebo služby (v oblasti e-shopů hojně využívané praktiky spočívající ve vytvoření dojmu „zlevněného“ zboží nebo umělé snížování cen typu „nyní akční cena jen za 500 Kč“, přičemž tato cena je stabilní apod.)
- (ii) praktiky podobné vyvolání nebezpečí záměny (různé formy zneužití doménových jmen, např. v násl. kapitole 3.3. rozebraný cybersquatting a typosquatting; obě uvedené praktiky současně naplňují zákonnou skutkovou podstatu parazitování na pověsti)
- (iii) praktiky podobné porušení obchodního tajemství (např. porušení know-how, zneužití jiných vnitřních informací apod., které nejsou porušením obchodního tajemství ve smyslu § 2985 občanského zákoníku).

Ad (c) ostatní jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže.

Do této zbytkové skupiny lze zařadit jednání, která nepatří do předchozích dvou skupiny, avšak jsou rozporná s dobrými mravy soutěže.

Patří sem například guerilla marketing³³⁴, ambush marketing³³⁵ a jiné formy agresivního marketingu³³⁶. Je však třeba si uvědomit, že zejména tato skupina soudcovských skutkových podstat nekalé soutěže se neustále vyvíjí, a to společně se stále rychlejším rozvojem (internetového) marketingu a jeho nových praktik.

³³³ ONDREJOVÁ, Dana. *Tzv. soudcovské (nepojmenované) skutkové podstaty nekalé soutěže pohledem nové systematiky*. Obchodněprávní revue. 2014, č. 10, s. 287-292

³³⁴ K tomu srov. rozhodnutí arbitrážní komise Rady pro reklamu ze dne dne 18. 12. 2006, Čj. 068/2006/STÍŽ a rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky ze dne 28.1.2013, sp. zn. 23 Cdo 3893/2010.

³³⁵ K tomu srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 29.11.2012, sp. zn. 23 Cdo 2097/2011. Ambush marketing si lze představit zejména ve vztahu k black hat SEO a reklamě ve vyhledávání.

³³⁶ Např. marketing podněcující k veřejné či mediální diskuzi o značce, zejména v důsledku šokujících, tajemných či tabuizovaných téma (označovaný též za buzzmarketing).

Ondrejová závěrem trefně poznamenává³³⁷, že uvedená systematika není v praxi tak podstatná jako „odhadnout, zda konkrétní jednání bude konkrétní soudce (odvolací senát) považovat za rozporné s “dobrými mravy soutěže“, či nikoliv, neboť to vždy silně záleží na okolnostech konkrétního případu i osobnosti soudce.“

3.2.5. Ochrana proti nekalé soutěži

3.2.5.1. Úvod

Prostředky ochrany proti nekalé soutěži upravují ustanovení §§ 2988 a 2989 občanského zákoníku, kde jsou zakotveny jednotlivé typy nároků, které může aktivně legitimovaná osoba proti rušiteli uplatnit.

Aktivně legitimovanou osobou může být nejen soutěžitel, ale i zákazník a právnická osoba oprávněná hájit jejich zájmy. Soutěžitel může být aktivně legitimován v případě naplnění jakékoliv skutkové podstaty podstatách nekalé soutěže za předpokladu, že jsou v konkrétním případě přímo dotčena – tj. ohrožena či porušena – jeho práva. Naproti tomu zákazník může být aktivně legitimován pouze v případech dle § 2976 až 2981, § 2986 a § 2987 občanského zákoníku (bez výslovného zákonného omezení). Právnická osoba oprávněná hájit zájmy soutěžitelů či zákazníků může být aktivně legitimována ve stejných případech jako zákazník (s výslovným zákonným omezením) s tím, že v žalobě může uplatnit pouze zdržovací a odstraňovací nárok³³⁸.

Pasivně legitimovanou osobou je rušitel (tradičně myšleno jako „rušitel soutěžního pořádku“), což je pojem významově širší než soutěžitel, neboť rušitelem může být i někdo jiný než soutěžitel, například osoba pomocná (typicky e-marketingová agentura).

3.2.5.2. Nároky oprávněné osoby

Nároky, které může aktivně legitimovaná osoba proti rušiteli vznést, zahrnují nárok zdržovací (negatorní), odstraňovací (restituční), na přiznání přiměřeného zadostiučinění (satisfakční), náhradu škody a vydání bezdůvodného obohacení.

³³⁷ ONDREJOVÁ, Dana. Tzv. soudcovské (nepojmenované) skutkové podstaty nekalé soutěže pohledem nové systematiky. *Obchodněprávní revue*. 2014, č. 10, s. 287-292

³³⁸ Srov. § 2989 odst. 1 občanského zákoníku.

Nárok na zdržení se nekalosoutěžního jednání, tzv. zdržovací či negatorní nárok, mohou uplatnit všechny aktivně legitimované subjekty (zákazník a právnická osoba oprávněná hájit zájmy soutěžitelů nebo zákazníků však pouze u vybraných skutkových podstat). Pokud se tohoto nároku domáhá spotřebitel v případech dle § 2976 až 2981 a § 2987 občanského zákoníku, musí rušitel prokázat, že se nekalé soutěže nedopustil (tzv. obrácené důkazní břemeno). S uplatněním nároku souvisí otázka vhodné formulace petitu. Příliš široké pojetí petitu totiž může být soudem odmítnuto pro neurčitost a naopak příliš úzké pojetí petitu může být rušitelem obcházeno modifikací deliktního jednání. Nárok nepodléhá promlčení³³⁹.

Nárok na odstranění nekalosoutěžního stavu, tzv. odstraňovací či restituční nárok, směřuje na rozdíl od zdržovacího nároku do minulosti, protože se týká odstranění zdroje negativních následků nekalosoutěžního jednání, a nikoliv následků samotných. Takovému nároku lze vyhovět pouze v případě, že protiprávní stav nastal a pramen nekalosoutěžního jednání trvá i nadále. Příkladem může být odstranění protiprávní kampaně rušitelem v inzertním systému Google AdWords. Tento nárok promlčení rovněž nepodléhá³⁴⁰.

Nárok na přiměřené zadostiučinění je obecně upraven ustanovením § 2984 odst. 2 občanského zákoníku, podle kterého se povinnost k náhradě nemajetkové újmy posoudí obdobně podle ustanovení o povinnosti nahradit škodu. Smyslem nároku na přiměřené zadostiučinění je odčinit imateriální újmu (např. poškození pověsti, snížení přitažlivosti nabídky pro zákazníky apod.), nikoliv újmu materiální (škodu). Způsobu odčinění nemajetkové újmy se věnuje zvláštní ustanovení § 2951 odst. 2 občanského zákoníku, které stanoví, že zadostiučinění musí být poskytnuto v penězích, pokud jiný způsob (např. omluva) nezajistí skutečné a dostatečně účinné odčinění způsobené újmy. Pokud bude žalobce požadovat zadostiučinění v penězích, je proto tento nárok třeba odůvodnit a navrhnout konkrétní výši peněžního zadostiučinění (k sofistikovanému návrhnutí výše peněžního zadostiučinění srov. str. 6, poznámku pod čarou č. 8, k čemuž je třeba zároveň dodat, že v českých poměrech může být jakýkoli odkaz na hospodářské ukazatele, např. obrat, odmítnut s tím, že nemajetkovou

³³⁹ Srov. § 611 občanského zákoníku.

³⁴⁰ Srov. § 611 občanského zákoníku.

újmu nelze vyčíslit pomocí hospodářských ukazatelů). Přiznání přiměřeného zadostiučinění je vázáno (na rozdíl od předchozí úpravy v obchodním zákoníku) na existenci zavinění rušitele (viz § 2910 občanského zákoníku), které se ze zákona předpokládá ve formě nevědomé nedbalosti (tzv. domněnka nedbalosti dle § 2911 občanského zákoníku). Ondřejová³⁴¹ předvídá, že „v praxi bude vyvrácení domněnky nedbalosti poměrně složité“.

Nárok na náhradu škody v oblasti nekalé soutěže opět vychází z obecné úpravy podle § 2894 a násl. občanského zákoníku. Předpoklady vzniku odpovědnosti za škodu vzniklou nekalosoutěžním jednáním jsou (i) protiprávnost spočívající v nekalosoutěžním jednání, (ii) vznik škody, (iii) příčinná souvislost mezi nekalosoutěžním jednáním a vznikem škody a (iv) zavinění rušitele³⁴². Je třeba zdůraznit, že uvedený subjektivní odpovědnostní princip se týká pouze nároku na náhradu škody a nároku na přiměřené zadostiučinění a je třeba jej považovat za výjimku z obecného pojetí odpovědnosti nekalé soutěže, která je založena naopak na principu objektivním³⁴³. Pokud se soutěžitel dopustí nekalosoutěžního jednání prostřednictvím tzv. osoby pomocné, bude ve vztahu k nároku na náhradu škody využitelné také ustanovení § 2914 občanského zákoníku, podle něhož platí, že *Kdo při své činnosti použije zmocněnce, zaměstnance nebo jiného pomocníka, nahradí škodu jím způsobenou stejně, jako by ji způsobil sám. Zavázal-li se však někdo při plnění jiné osoby provést určitou činnost samostatně, nepovažuje se za pomocníka; pokud ho však tato jiná osoba nepečlivě vybrala nebo na něho nedostatečně dohlížela, ručí za splnění jeho povinnosti k náhradě škody*. Nárok na náhradu škody promlčení podléhá a to podle obecné úpravy promlčení.

Posledním nárokem z titulu nekalé soutěže je nárok na vydání bezdůvodného obohacení, který zakotvuje ust. § 2988 odst. 1 občanského zákoníku. Občanský zákoník

³⁴¹ ONDŘEJOVÁ, Dana. § 2988 [Nároky oprávněné osoby proti rušiteli]. In: HULMÁK, Milan a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-287-8, str. 1847.

³⁴² Zavinění se v případě uplatnění nároku na náhradu škody způsobené nekalosoutěžním jednáním (porušení zákonné povinnosti) předpokládá již ze zákona podle tzv. domněnky nedbalosti (§ 2911 občanského zákoníku).

³⁴³ K tomu srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 14.3.2006, sp. zn. 32 Odo 1230/2005, ve kterém tento soud konstatoval, že *Odpovědnost osoby porušující ustanovení o nekalé soutěži je založena na objektivním principu*.

vychází z toho, že každý, kdo se majetkově bez spravedlivého důvodu obohatí na úkor jiného (obohacený), je povinen toto obohacení vydat tomu, na jehož úkor se obohatil (ochuzený)³⁴⁴. Povinnost vydat to, oč se subjekt bez spravedlivého důvodu obohatil, je v zákoně formulována jako plná naturální restituce, což znamená, že tento subjekt je povinen vydat vše, co tímto způsobem nabyl. Pokud není naturální restituce možná, musí být ochuzenému poskytnuta peněžitá náhrada ve výši obvyklé ceny³⁴⁵. Ondřejová poznamenává³⁴⁶, že „Prokázání příčinné souvislosti mezi porušením práv a vznikem majetkového prospěchu rušitele je v praxi problematické, stejně jako přesné vyčíslení konkrétní výše bezdůvodného obohacení z nekalé soutěže.“. Nárok na vydání bezdůvodného obohacení podléhá promlčení v obecné promlčecí lhůtě.

Kromě uvedených právních prostředků ochrany proti nekalé soutěži zakotvených v občanském zákoníku však existují i jiné prostředky ochrany. Mezi ně lze zařadit například předběžné opatření³⁴⁷ či uveřejnění rozsudku na náklady povinné strany podle občanského soudního řádu³⁴⁸. Vedle těchto soukromoprávních prostředků ochrany ze uvažovat i o veřejnoprávních prostředcích podle trestního zákoníku (trestný čin porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže), zákona o regulaci reklamy, zákona o ochraně spotřebitele, zákona o některých službách informační společnosti, přestupkového zákona apod.

³⁴⁴ Viz obecná úprava bezdůvodného obohacení dle § 2991 a násl. občanského zákoníku.

³⁴⁵ Srov. § 2999 odst. 1 občanského zákoníku: *Není-li vydání předmětu bezdůvodného obohacení dobře možné, má ochuzený právo na peněžitou náhradu ve výši obvyklé ceny. Bylo-li plněno na základě neplatného nebo zrušeného právního jednání, právo na peněžitou náhradu však nevznikne v rozsahu, v jakém se to přičí účelu pravidla vylučujícího platnost právního jednání.*

³⁴⁶ ONDŘEJOVÁ, Dana. § 2988 [Nároky oprávněné osoby proti rušiteli]. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-287-8, str. 1847.

³⁴⁷ Srov. § 74 a násl. občanského soudního řádu, jakož i § 102 občanského soudního řádu.

³⁴⁸ Srov. § 155 odst. 4 občanského soudního řádu. Nárok na uveřejnění rozsudku může být přiznán kumulativně s jinými nároky z nekalé soutěže s tím, že je možné jej navrhnout až do vyhlášení rozhodnutí. Tento nárok je však nárokem zvláštním, vyplývajícím z občanského soudního řádu, a nelze jej tedy zaměňovat s nárokem na odčinění nemajetkové újmy poskytnutím přiměřeného zadostiučinění.

3.3. CYBERSQUATTING (DOMÉNOVÉ PIRÁTSTVÍ)

3.3.1. Pojem a úvod do problematiky

Cybersquatting představuje složení slov *cybernetic* (kybernetický) a *squatting* (protiprávní obsazení domu). Jde tedy o protiprávní obsazení určitého virtuálního prostoru v síti Internet, v tomto případě domény. Protiprávnost jednání spočívá v tom, že si spekulant zaregistruje doménové jméno odpovídající známému subjektu, a to obvykle (pravidelně) s cílem se touto registrací obohatit. Vše úzce souvisí (a je i jeho důsledkem) s principem *first come, first served*³⁴⁹.

Nejčastěji dochází k užívání domény na úkor:

- (a) ochranné známky jiné osoby,
- (b) názvu právnické osoby (popř. obchodní firmy)³⁵⁰ či
- (c) jménu fyzické osoby³⁵¹.

³⁴⁹ Princip, podle kterého registraci doménového jména získá ten, kdo o registraci požádá jako první. Tento princip zpočátku nečinil žádný problém, neboť historicky první registrace doménových jmen probíhaly v několika jednotkách případů denně. Jakmile se začal rozvíjet obchodní potenciál na internetu, počet registrovaných doménových jmen prudce narostl. Tak začalo docházet ke střetům doménových jmen s právy k ochranným známkám, názvům právnických osob, obchodním firmám apod. V současnosti se nejvhodnějším řešením u nově zaváděných domén nejvyšší úrovně jeví zavedení časově omezené lhůty, ve které může doménové jméno zaregistrovat pouze ten, jehož ochranná známka či obchodní firma je s tímto doménovým jménem shodná. Tato lhůta je označována jako „Sunrise period”. Po uplynutí lhůty je další registrace umožněna každému na základě principu „first come, first served”. Nicméně je třeba dodat, že i tato tzv. Sunrise period byla spekulanty obcházena tím, že tito zaregistrovali ochranné známky odpovídající atraktivnímu doménovému jménu ve zrychleném řízení u Úřadu pro ochranné známky Beneluxu. K tomu srov. JANSÁ, Lukáš a kol. *Internetové právo*. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 32 a násl.

³⁵⁰ Jedním z prvních rozhodnutí ve věci kolize doménového jména a názvu právnické osoby se týkalo registrace doménového jména ceskapojistovna.cz. Rozsudkem Vrchního soudu v Praze ze dne 10. 8. 2004, sp. zn. 3 Cmo 293/2003 pak bylo rozhodnuto, že registrací doménového jména ceskapojistovna.cz došlo k neoprávněnému zásahu do práv k obchodní firmě. K ochraně názvu veřejnoprávních korporací srov. rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 3. 6. 2005, sp. zn. 5 Cm 85/2001 týkající se sporu o doménu ostrava.cz.

³⁵¹ Ochrana osobního jména a příjmení (případně rodného příjmení či pseudonymu, pokud vejde ve známost) náleží všem fyzickým osobám. V této souvislosti lze zmínit dva případy. První se týkal domény dagmarhavlova.cz, přičemž ve věci bylo zahájeno trestní řízení pro trestný čin poškození cizích práv (§ 208 trestního zákoníku) a Okresní soud v České Lípě v červenci roku 2003 konstatoval, že k poškození cizích práv skutečně došlo. Doménové jméno bylo následně mimosoudně převedeno na Nadaci Dagmar a Václava Havlových VIZE 97. Druhý případ se týká domény vaclavhavel.eu, jehož předmětem byla ochrana jména zemřelé fyzické osoby (bývalého prezidenta České republiky Václava Havla). Rozhodnutím Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR ze dne 6. 12. 2013, sp. zn. CAC 06573 byl nárok na ochranu před neoprávněnou registrací doménového jména přiznán a byla autoritativně uložena povinnost jejího převod.

Cybersquattingem zpravidla současně dochází k nekalosoutěžnímu jednání³⁵². Příkladem může být jednání, kdy spekulant registrací domény parazituje na pověsti úspěšného subjektu či produktu tím, že na registrované doméně provozuje svůj vlastní internetový obchod.³⁵³ Za nekalosoutěžní dokonce může být považováno již prosté registrování doménového jména, které je v kolizi s ochrannou známkou či názvem výrobku.³⁵⁴

Pokud by však doména byla registrována a užívána ještě před podáním přihlášky ochranné známky či před zápisem obchodní firmy do obchodního rejstříku, mohlo by držiteli domény svědčit právo předchozího uživatele. Užíváním takovéto domény nedochází k zásahu do pozdějších práv vlastníka ochranné známky či obchodní firmy. To však platí za předpokladu, že držitel doménové jméno zvolil a užívá jej v souladu s dobrými mravy soutěže a právním řádem České republiky.³⁵⁵ V opačném případě by bylo možné jednání posoudit jako nekalosoutěžní. Příkladem tohoto nekalosoutěžního jednání může být situace, kdy si třetí osoba získá informaci o připravovaném názvu podnikatele a tento název si zaregistruje jako doménové jméno (tzv. spekulativní registrace).³⁵⁶

Pro úplnost lze uvést, že pokud by spekulant po registraci domény nabídl subjektu, jehož se doména dotýká (doména např. odpovídá obchodní firmě či jménu dotčeného subjektu), aby doménu odkoupil s tím, že pokud tak neučiní, bude na uvedených stránkách zobrazena pornografie či jiný nevhodný obsah, vystaví se

³⁵² Srov. § 2976 občanského zákoníku. V oblasti cybersquattingu si lze představit jen některé z demonstrativně uvedených skutkových podstat nekalé soutěže, a to (a) klamavou reklamou, (b) klamavé označení zboží nebo služby, (c) vyvolání nebezpečí záměny, (d) parazitování na pověsti závodu, výrobku či služeb jiného soutěžitele či (e) zlehčování. Více viz dále.

³⁵³ JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALÍŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 408.

³⁵⁴ Prosté registrování doménového jména, které je v kolizi s ochrannou známkou nelze považovat za užití ochranné známky, a tudíž ani za zásah do ochranné známky, a proto je v zásadě jedinou právní ochranou právě ochrana před nekalou soutěží. K tomu srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 24. 2. 2015, sp. zn. 3 Cmo 283/2014 (obklady-rako.cz).

³⁵⁵ Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 25.9.2013, sp. zn. 3 Cmo 62/2013 (stavba.cz).

³⁵⁶ Tak dovodil Vrchní soud v Praze ve věci registrace doménového jména tpcz.cz ještě před tím, než vznikla společnost Toyota Peugeot Citroen Automobile Czech, s.r.o. Před samotnou registrací totiž vešlo ve známost označení připravované společnosti „TPCA“. K tomu srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 15. 1. 2007, sp. zn. 41 Cm 195/2004.

pachatel možnosti trestněprávního postihu. Takovéto jednání by eventuálně při splnění všech ostatních znaků trestného jednání bylo možné subsumovat pod skutkovou podstatu (i) trestného činu vydírání podle ust. § 175 trestního zákoníku a (ii) trestného činu porušení práv k ochranné známce a jiným označením podle § 268 trestního zákoníku.³⁵⁷

Subjektem odpovědným za případné porušení práv třetích osob je primárně držitel doménového jména. Naopak správce domény nejvyšší úrovně za porušení práv třetích osob odpovědnost zásadně nenesou.³⁵⁸

3.3.2. Doménové spory obecně

V současné době je možné doménové spory řešit nejdříve obvyklou předžalobní výzvou adresovanou neoprávněnému držiteli, aby svoji protiprávní činnost ukončil a doménové jméno zpravidla na vyzývatele (odesílatele) převedl, popřípadě aby rovněž nahradil způsobenou škodu. Co se samotného převodu doménového jména týče, lze jej realizovat postoupením pohledávky ze smlouvy o registraci doménového jména (viz § 1879 občanského zákoníku), jejímž obsahem je povinnost správce domény nejvyšší úrovně udržovat za sjednaných podmínek záznam o existenci doménového jména v registru doménových jmen, případně postoupením celé smlouvy (§ 1895 občanského zákoníku). O převodu a samotné právní povaze doménového jména bude z důvodu logické návaznosti pojednáno níže.

V případě neúspěchu předžalobní výzvy lze spor řešit (a) před obecnými soudy nebo (b) cestou alternativního řešení sporu (Alternative Dispute Resolution – ADR).

3.3.3. Doménové spory před obecnými soudy

Nevýhodou soudního řízení je jeho pomalost. Například ve srovnání s alternativním řešením sporu o CZ domény prostřednictvím expertního řízení, které probíhá online a je obvykle vyřízeno v řádech měsíců, se délka soudního řízení běžně pohybuje v řádu

³⁵⁷ KOLOUCH, Jan a Petr VOLEVECKÝ. Trestněprávní ochrana před kybernetickou kriminalitou. Vyd. 1. Praha: Policejní akademie České republiky v Praze, 2013. ISBN 978-80-7251-402-1, str. 49.

³⁵⁸ K tomu srov. například (konstantní judikatura) rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 19. 11. 2008, sp. zn. 3 Cmo 112/2008 (dove.cz, hera.cz).

let.³⁵⁹ Z toho důvodu se v případě soudního řízení jeví vhodné užití předběžného opatření před zahájením soudního řízení ve smyslu ust. § 74 a násl. občanského soudního řádu, popř. po zahájení soudního řízení dle ust. § 102 občanského soudního řádu. Důvodem pro nařízení předběžného opatření v případě takovýchto doménových sporů bude zpravidla (i) naléhavá potřeba zatímní úpravy poměrů účastníků, jakož i (ii) obava z ohrožení výkonu rozhodnutí, které má být teprve vydáno (převod doménového jména na třetí osobu je totiž otázkou několika minut).³⁶⁰ Naléhavost a ohrožení přitom musí být reálné a musí být alespoň osvědčeny.

Adresátem předběžného opatření může být (mimo držitele domény) i správce domény CZ, vůči kterému lze např. požadovat, aby neumožnil (zdržel se) převedení doménového jména na jinou osobu vyjma žalobce.

Vzhledem ke skutečnosti, že většina doménových sporů je vyvolána kolizí doménového jména s ochrannou známkou či názvem právnické osoby nebo je nekalosoutěžním jednáním, jsou v prvním stupni k rozhodování o těchto sporech věcně příslušné krajské soudy, a to s ohledem na ust. § 9 odst. 2 písm. g), h) a i) občanského soudního řádu. V případě kolize doménového jména a jména fyzické osoby jsou však věcně příslušné soudy okresní.³⁶¹

Místní příslušnost se řídí obecnými pravidly podle občanského soudního řádu.³⁶² Pokud je však předmětem sporu kolize s právy k ochranným známkám (či jinými právy vyplývajícími z průmyslového vlastnictví), je věcně a místně příslušným Městský soud v Praze.³⁶³

³⁵⁹ SOUČEK, Martin. Právní úprava domén na internetu, postup při řešení sporů z domén. [cit. 2016-10-28]. Dostupné z: www.advokatijelinek.cz.

³⁶⁰ JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 68-69.

³⁶¹ JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 55.

³⁶² Srov. § 84 a násl. občanského soudního řádu.

³⁶³ Viz § 39 odst. 2 zákona o soudech a soudcích: *Ve věcech průmyslového vlastnictví a ochrany práv k odrůdám je příslušný věcně a místně jako soud prvního stupně Městský soud v Praze.*

V případě zahraničních osob je pro určení místní příslušnosti a z ní vyplývající pravomoci českých soudů třeba vycházet z ust. § 86 odst. 2 a 3 občanského soudního řádu. Podle těchto ustanovení platí, že vůči zahraničním osobám lze uplatnit majetková práva u soudu, v jehož obvodu má tato svůj majetek, nebo u soudu, v jehož obvodu je v České republice umístěn její závod nebo organizační složka jejího závodu. Za majetek je pak třeba považovat právě doménové jméno jakožto majetek nehmotný (k právní povaze doménového jména viz dále), a proto by takto určený ukazatel místní příslušnosti měl obstát. Zvláštní pravidla platí pro zahraniční osoby se sídlem/bydlištěm na území některého z členských států Evropské unie (s výjimkou Dánska). V těchto případech se místní příslušnost určuje podle čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis, který stanoví, že *Osoba, která má bydliště v některém členském státě, může být v jiném členském státě žalována ve věcech týkajících se deliktů nebo kvazideliktů odpovědnosti u soudu místa, kde došlo nebo může dojít ke škodné události*. Zahraniční osoby se sídlem/bydlištěm na území některého z členských států Evropské unie lze tedy žalovat u soudu v České republice, konkrétně u soudu dle sídla/bydliště žalobce, neboť lze tvrdit, že ke škodné události zpravidla dochází právě u žalobce.³⁶⁴

3.3.4. Právní prostředky ochrany obecně

V závislosti na povaze práva, jehož ochrany se dotčený subjekt domáhá, má tento volbu způsobů, kterých může k ochraně svého práva užít. Rozlišujeme právní prostředky zabraňovací (negatorní a restituční nárok) a kompenzační (náhrada škody, odčinění nemajetkové újmy a vydání bezdůvodného obohacení).

3.3.4.1. Zabraňovací právní prostředky

Ve všech případech připadají v úvahu oba zabraňovací právní prostředky, tedy právo domáhat se:

- (i) aby se rušitel neoprávněného zásahu zdržel, tj. aby od něj upustil (negatorní nárok) a
- (ii) aby byl odstraněn závadný stav nebo jeho následek (restituční nárok).

³⁶⁴ JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 55-56.

Negatorní (zdržovací) nárok má charakter preventivní a jeho účelem je zakázat rušiteli neoprávněné jednání. Podmínkou úspěšnosti žaloby je, že neoprávněný zásah trvá (pokračuje), popř. reálné nebezpečí zásahu hrozí. Pokud již neoprávněný zásah ustal, negatorní žaloba nemůže být úspěšná.³⁶⁵

Naproti tomu restituční (odstraňovací) nárok směřuje do minulosti, protože se týká odstranění zdroje negativních účinků vzniklých v důsledku protiprávního jednání, které již nastaly. Jeho cílem je obnovit (restituovat) předchozí stav (*restitutio in integrum*). Podmínkou úspěšnosti této žaloby je trvajícím negativní následek neoprávněného zásahu a možnost tento následek přiměřeným, procesně vykonatelným způsobem odstranit (v případě doménových sporů uložením povinnosti zrušit registraci doménového jména).³⁶⁶

Ad (i) negatorní nárok v doménových sporech.

V doménových sporech je povinnost vyplývající z nároku prvního, tj. nároku negatorního, formulována jako povinnost zdržet se užívání doménového jména. Žalobní petit (žalobní návrh) bude tedy formulován následovně: „Žalovaný je povinen zdržet se užívání doménového jména XYZ.cz a nakládání s ním, vyjma převodu na žalobce“.

Pokud by soudní výrok uložil jen tuto povinnost, nebylo by však možné se pouze na základě tohoto výroku domáhat, aby se držitel doménového jména vzdal nebo aby byla registrace doménového jména zrušena či aby bylo doménové jméno převedeno na žalobce.³⁶⁷

Ad (ii) restituční nárok v doménových sporech.

Povinnost, jenž vyplývá z nároku druhého, tj. nároku restitučního, lze formulovat jako povinnost zrušit registraci doménového jména. Žalobní petit (žalobní

³⁶⁵ DVOŘÁK, Jan, Jiří ŠVESTKA a Michaela ZUKLÍNOVÁ. Občanské právo hmotné. Vydání první. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7478-325-8, str. 260 an.

³⁶⁶ Tamtéž.

³⁶⁷ JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 58-60.

návrh) bude tedy formulován následovně: „Žalovaný je povinen zrušit registraci doménového jména XYZ.cz“.³⁶⁸

V takovém případě správce domény CZ neumožní po dobu 1 měsíce opětovnou registraci v rozhodnutí uvedeného doménového jména jiné osobě než právě úspěšnému žalobci.³⁶⁹ Tím se v zásadě obchází skutečnost, že soud za současného právního stavu nemůže uložit žalovanému povinnost doménové jméno převést. Účinky jako v případě nařízení převodu domény jsou přitom obdobné. K tomu viz dále.

3.3.4.2. K povinnosti převést doménové jméno

Po dlouhou dobu byla povinnost převést doménové jméno právní praxí nesprávně (v kontextu judikatury Nejvyššího soudu České republiky) posuzována jako další důsledek uplatnění restitučního nároku. O nesprávnosti takového posouzení lze hovořit z toho důvodu, že povinnost převést doménu limit restitučního nároku překračuje.³⁷⁰

Před pohledem na klíčové rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky, ve kterém byl shora uvedený právní názor vyřčen, je třeba nejdříve alespoň ve stručnosti vyjasnit samotnou právní povahu doménového jména tak, jak ji definuje právní teorie.

Ač v této věci občanský zákoník mlčí, není to právní praxi ani teorii nikterak na újmu. Telec k tomu již koncem roku 2012 uvedl, že „Doménová jména bývají ve světě běžně spojována s relativním majetkovým právem, čili se závazky, jež souvisí s využíváním služeb elektronických komunikací.“³⁷¹ a upozorňuje na skutečnost, že podstata celé soukromoprávní záležitosti kolem doménových jmen spočívá „v majetkovém plnění na základě smlouvy, neboť se pohybujeme v prostředí poskytování elektronických služeb v soukromých poměrech. Znamená to, že

³⁶⁸ JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 58-60.

³⁶⁹ Srov. čl. 19.1. Pravidel registrace doménových jmen v ccTLD .cz vydaných sdružením CZ.NIC.

³⁷⁰ Jak bylo uvedeno v teoretickém úvodu, cílem restitučního nároku je obnovit (restituovat) předchozí stav (*restitutio in integrum*). Podmínkou úspěšnosti restituční žaloby je trvalý negativní následek neoprávněného zásahu a možnost tento následek přiměřeným, procesně vykonatelným způsobem odstranit. K obdobným závěrům došla i německá soudní praxe.

³⁷¹ TELEC, Ivo: Nový občanský zákoník ve společnosti sítí, Právní rozhledy 23-24/2012, s. 853.

disponibilním předmětem je tu pohledávka. V praxi to nepřináší žádné problémy, protože pohledávku, jež tvoří nehmotný majetek, resp. jmění, lze ocenit, postoupit včetně vydražení na elektronicky vedené dražbě, vložit do základního kapitálu či zastavit atd.“³⁷²

V právním světě je tedy převedení doménového jména postoupením pohledávky ze smlouvy o registraci doménového jména (viz § 1879 občanského zákoníku), jejímž obsahem je povinnost správce domény nejvyšší úrovně udržovat za sjednaných podmínek záznam o existenci doménového jména v registru doménových jmen, případně postoupením celé smlouvy (§ 1895 občanského zákoníku).³⁷³

Lze tedy shrnout, že běžný převod domény (a jiné nakládání s ní) nečiní žádné obtíže. V praxi je situace poněkud snažší a k převodu domény stačí podat žádost podepsanou držitelem a budoucím držitelem domény registrátorovi daného doménového jména.³⁷⁴

Vrátíme-li se k restitučnímu nároku uplatněnému před obecnými soudy, Nejvyšší soud České republiky k tomu (v rozporu s předešlou právní praxí) uvedl³⁷⁵, že „právo k doméně není vlastnickým právem, neboť nejde o věc v právním smyslu, ale jde o smluvně získané právo soukromoprávní povahy. Nutno tedy uzavřít, že vztah mezi osobou, která by chtěla mít doménu zaregistrovanou pro sebe (je-li vlastníkem ochranné známky a nositelem obchodní firmy ve znění domény - zde žalobkyně), a mezi držitelem této domény, jenž si nekalosoutěžně právě tuto doménu zaregistroval a užívá ji (zde první žalovaná), čímž zasahuje do práv jiné osoby (zde žalobkyně), je vztahem relativním, a podle toho by s ním měl soud zacházet. Uplatněný odstraňovací nárok nemůže vést k uložení povinnosti převést doménu, neboť doména žádné absolutní (výlučné) právo svému nositeli nezakládá.“ Nesprávnost předešlé rozhodovací praxe pak Nejvyšší soud shrnul následovně: „Soudy nesprávně zaměňují rozhodnutí deklaratorní za rozhodnutí konstitutivní (rozhodnutí o změně držitele domény).

³⁷² Tamtéž.

³⁷³ Tamtéž.

³⁷⁴ Viz článek 7 Pravidel registrace doménových jmen v ccTLD .cz vydaných sdružením CZ.NIC jakožto správcem domény nejvyšší úrovně (ccTLD) .cz.

³⁷⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 19. 4. 2012, sp. zn. 23 Cdo 3407/2010 (globtour.cz).

Konstitutivní rozhodnutí soudu jsou výjimkou a mohou být vydávána pouze v případech, kdy zákon soudu výslovně přiznává oprávnění založit právní poměr (práva a povinnosti) mezi stranami. Pokud by v daném případě měl soud určit, komu má náležet právo k doméně (zda žalobkyni nebo první žalované), musela by žalobkyně u soudu uplatnit žalobu na určení podle ustanovení § 80 písm. c) o. s. ř., podle něhož žalobou lze uplatnit, aby bylo rozhodnuto zejména o určení, zda tu právní poměr nebo právo je či není, je-li na tom naléhavý právní zájem.“

Kritikou³⁷⁶ citovaného rozhodnutí Nejvyššího soudu je tvrzení, že Nejvyšší soud opominul skutečnost, že zákonný podklad pro vydání konstitutivního rozhodnutí (a tedy i založení právního poměru, resp. převod doménového jména) v tomto případě v právním řádu České republiky existuje a odkázání žalobkyně na podání určovací žaloby podle § 80 občanského soudního řádu tak nebylo namístě. Na základě *analogie iuris* lze totiž pro účely doménových sporů o .CZ domény použít i přímo aplikovatelná nařízení Evropského parlamentu a Rady o zavádění domény nejvyšší úrovně .eu a nařízení Komise, kterým se stanoví obecná pravidla pro zavádění a funkce domény nejvyšší úrovně .eu a zásady, jimiž se řídí registrace. Podle uvedených nařízení lze doménu *odebrat a převést na stěžovatele, pokud o doménové jméno zažádá*. Vzhledem k bezprostřední použitelnosti uvedených nařízení lze v souladu s čl. 10 Ústavy České republiky dovodit, že zákon soudu (či jinému orgánu veřejné moci ve stanovených případech) oprávnění založit právní poměr (tj. vydat konstitutivní rozhodnutí) výslovně přiznává.³⁷⁷ Právní praxe k tomuto rozhodnutí Nejvyššího soudu dosud nezaujala jednoznačný postoj.³⁷⁸

Jak již však bylo uvedeno, stejného důsledku jako v případě převodu domény lze docílit uložením povinnosti zrušit registraci doménového jména. V takovém případě *sdrúžení CZ.NIC po dobu 1 měsíce od takového zrušení registrace neumožní opětovnou*

³⁷⁶ JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 59.

³⁷⁷ Srov. např. rozhodnutí Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR ze dne 6. 12. 2013, sp. zn. 00060.

³⁷⁸ JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 59.

*registraci téhož Doménového jména jiné osobě, než osobě, která se zrušení registrace vůči Držiteli domáhala, případně třetí osobě, na kterou taková osoba toto své právo písemně převedla.*³⁷⁹

Naopak výslovná možnost uložit povinnost převodu doménového jména je přiznána v tzv. expertním řízení, a to však na soukromoprávním základě.³⁸⁰ Expertnímu řízení bude věnována pozornost v následující podkapitole zaměřené na alternativní řešení doménových sporů.

Co se týče kompenzačních právních prostředků, tedy prostředků, v důsledku jejichž úspěšného uplatnění by mělo dojít k určité náhradě či satisfakci za protiprávní jednání, závisí možnost jejich uplatnění na konkrétní situaci. V případě obohacení držitele neoprávněným zásahem lze požadovat vydání bezdůvodného obohacení. Jestliže neoprávněným zásahem vznikla škoda (ať už škoda skutečná - *damnum emergens* či ušlý zisk - *lacrum cessans*), lze se domáhat její náhrady. V případě zejména nekalosoutěžního jednání lze s ohledem na ust. § 2988 občanského zákoníku požadovat rovněž odčinění nemajetkové újmy poskytnutím přiměřeného zadostiučinění (satisfakční nárok).

3.3.5. Doménové spory řešeny mimosoudně (alternativně)

3.3.5.1. Spory o generické domény

Mimosoudní řešení doménových sporů o domény registrované v generických doménách nejvyšší úrovně (COM, ORG, NET apod.) probíhá na základě dokumentu Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP), vydaného organizací ICANN. Dokument je součástí každé smlouvy o registraci doménového jména v generické doméně nejvyšší úrovně. Spory dle UDRP lze však řešit pouze v případě splnění kumulativních podmínek, že (i) doménové jméno je v kolizi s ochrannou známkou navrhovatele a (ii) bylo zaregistrováno nebo je užíváno ve zlé víře (resp. nikoliv v dobré

³⁷⁹ Viz článek 19 odst. 1 Pravidel registrace doménových jmen v ccTLD .cz vydaných sdružením CZ.NIC jakožto správcem domény nejvyšší úrovně (ccTLD) .cz. Sdružení CZ.NIC má tedy tuto povinnost uloženu na soukromoprávním základě.

³⁸⁰ Viz příloha č. 3 (Pravidla alternativního řešení sporů) Pravidel registrace doménových jmen v ccTLD .cz vydaných sdružením CZ.NIC jakožto správcem domény nejvyšší úrovně (ccTLD) .cz.

víře) a zároveň (iii) držitel doménového jména nemá ve vztahu k doménovému jménu žádná práva. Tímto způsobem lze tedy řešit pouze úzký okruh doménových sporů.

Vedení sporů o generické domény zajišťuje na základě dohody s organizací ICANN mj. Světová organizace duševního vlastnictví (World Intellectual Property Organisation – WIPO³⁸¹), ale i Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. Po celou dobu řízení je doménové jméno automaticky zablokováno proti převodu či zrušení registrace. Případný výkon rozhodnutí je proveden na soukromoprávním základě (tím je smlouva s organizací ICANN) jednotlivými registrátory doménových jmen.

3.3.5.2. Spory o EU domény

Mimosoudní řešení sporů o domény registrované v doméně nejvyšší úrovně EU je realizováno na základě nařízení Evropského parlamentu a Rady o zavádění domény nejvyšší úrovně .eu, resp. nařízení Komise, kterým se stanoví obecná pravidla pro zavádění funkce domény nejvyšší úrovně .eu a zásady, jimiž se řídí registrace. Na rozdíl od pravidel UDRP lze v případě sporů o domény EU řešit širší okruh kolizí doménových jmen s právy třetích osob, neboť ochrana není poskytována jen držitelům ochranných známek. Vyvolat doménový spor lze i v případě, kdy je doménové jméno v kolizi se zeměpisným označením, označením původu, nezapsanou ochrannou známkou, obchodním názvem, obchodní firmou apod. Dále musí být splněna alespoň jedna z následujících dvou alternativních podmínek. Buď musí platit, že (a) držitel sporné doménové jméno zaregistroval, aniž by na toto jméno měl právo nebo alespoň oprávněný zájem a nebo, že (b) doménové jméno bylo zaregistrováno nebo užíváno ve zlé víře (resp. nikoliv v dobré víře). Protože alternativní řešení sporu je označované též jako Alternative Dispute Resolution, tedy ADR, tak v případě alternativního řešení sporů o EU domény se často používá pro tato řízení označení ADR.eu.³⁸²

Alternativní řízení ve věci sporů o doménová jména EU je pak na základě dohody se sdružením EURid (správce domény nejvyšší úrovně EU) oprávněn vést

³⁸¹ <http://www.wipo.int/>

³⁸² JANSÁ, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jirí ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. Internetové právo. 1. vydání. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4, str. 63.

Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. Po celou dobu tohoto alternativního řízení je doménové jméno automaticky zablokováno proti převodu či zrušení registrace. Případný výkon rozhodnutí je proveden na soukromoprávním základě správcem domény EU, tj. sdružením EURid.

3.3.5.3. Spory o CZ domény

Mimosoudní řešení sporů o domény registrované v doméně nejvyšší úrovně CZ probíhá na základě pravidel stanovených správcem domény nejvyšší úrovně CZ, tj. sdružením CZ.NIC. V letech 2004 až 2015 bylo možné řešit doménové spory o CZ domény prostřednictvím rozhodčího řízení před stálým Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky v Praze. Pravomoc stálého rozhodčího soudu měla být dána na základě rozhodčí smlouvy uzavřené mezi účastníky řízení formou veřejné rozhodčí nabídky. Nejvyšší soud³⁸³ však zpochybnil možnost uzavření rozhodčí smlouvy podle pravidel sdružení CZ NIC a tím tedy i možnost řešit doménové spory u Rozhodčího soudu, neboť dospěl k názoru, že rozhodčí smlouva uzavřená formou veřejné rozhodčí nabídky je neplatná.

V návaznosti na uvedené rozhodnutí Nejvyššího soudu byla Pravidla registrace doménových jmen v ccTLD.cz a Pravidla alternativního řešení sporů sdružením CZ NIC přepracována a v novém znění jsou platná a účinná od 15. května 2016. Nová pravidla již neobsahují veřejnou rozhodčí nabídku, ale v rámci alternativního řešení sporů hovoří o řešení sporu prostřednictvím tzv. expertů. Ti mohou rozhodnout pouze (a) o zrušení registrace doménového jména či (b) o převodu registrace doménového jména na navrhovatele (nikoliv již tedy např. o náhradě škody či nákladech řízení³⁸⁴). Takto vydané rozhodnutí však již nemůže být exekučním titulem pro výkon rozhodnutí. Alternativní způsob urovnávání sporů prostřednictvím expertního řízení ani nikterak neomezuje subjekty v tom, aby se domáhaly ochrany svých subjektivních práv prostřednictvím obecného soudu (resp. prostřednictvím *ad hoc* rozhodce či stálého soudu rozhodčího, bude-li dána jejich pravomoc), a to ani po skončení tohoto

³⁸³ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu České Republiky ze dne 17. prosince 2013, sp. zn. 23 Cdo 3895/2011.

³⁸⁴ Možnost účastníků řešit tento nárok u obecných soudů tím není dotčena. Nárok by bylo možné uplatnit jako nárok na náhradu skutečně vzniklé škody (*damnum emergens*).

expertního řízení. Expertní řízení tedy nepředstavuje překážku litispendence a po skončení řízení nepředstavuje ani překážku *res iudicata*. Expertní řízení pak probíhá elektronicky, bez fyzické přítomnosti stran, a to na on-line platformě provozované Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR dostupné na adrese <http://domeny.soud.cz/>. Obdobou předběžného opatření podle občanského soudního řádu v rámci expertního řízení je blokáce doménového jména. Správce domény CZ na žádost navrhovatele zablokuje převod a zrušení registrace doménového jména po dobu 4 měsíců.

Expertní řízení lze vést pouze v případě, že sporné doménové jméno je shodné nebo zaměnitelné s chráněným označením, k němuž má práva navrhovatel. Chráněným označením se pak rozumí zejména zapsaná ochranná známka, označení původu, zeměpisné označení, název chráněné odrůdy rostlin, nezapsané označení, obchodní firma, název, včetně názvu veřejnoprávních korporací, států či mezinárodních organizací, označení obchodního závodu či provozovny, jméno či chráněný pseudonym nebo všeobecně známá přezdívka fyzické osoby nebo název chráněného literárního či uměleckého díla či označení literárních postav.³⁸⁵ Dále musí být splněna alespoň jedna ze dvou následujících alternativních podmínek: (a) sporné doménové jméno bylo registrováno nebo získáno, aniž by držitel měl k doménovému jménu nebo k chráněnému označení právo nebo (b) sporné doménové jméno je zaregistrováno, získáno nebo užíváno ve zlé víře (resp. nikoliv v dobré víře). Rozsah ochrany je tak srovnatelný s rozsahem ochrany dle pravidel ADR.eu.

Případný „výkon rozhodnutí“ je proveden na soukromoprávním základě správcem domény CZ, tj. sdružením CZ NIC.

3.4. TYPOSQUATTING

Pojem typosquatting je složeninou slov *typographical* (typografický) a *squatting* (protiprávní obsazení domu). Typosquatting je zvláštní formou cybersquattingu, při které spekulant registruje zpravidla známé a často navštěvované doménové jméno zneužívající přitom překlepů, popřípadě jazykových neznalostí, uživatelů. Webovou

³⁸⁵ Viz příloha č. 3 čl. 2 odst. 2.3. Pravidel registrace doménových jmen v ccTLD .cz. [cit. 2.11.2016]. Dostupné z: www.nic.cz.

stránku, kterou spekulant zaregistruje, pak omylem navštíví část uživatelů, kteří se chtěli dostat na tu „originální“, avšak při zadávání webové adresy se dopustili překlepu. Smyslem popsaného jednání je uměle zvýšit návštěvnost tímto způsobem vytvořené parazitující webové stránky a zpravidla se tím obohatit.

Příkladem typosquattingu je mj. doména `cetrum.cz`, která parazituje na překlepech při psaní adresy `centrum.cz` a při jejímž navštívení je uživatel přesměrován na webovou stránku `nejlevnejsipneu.cz`. Další, již hypotetické příklady, zahrnují např. domény `seznan.cz`, `seynam.cz`, `google.com`, `gooogle.com` apod. Typosquatterům nahrává nedostatečná (či žádná) analytická činnost před samotným registrováním domény. Závažnost typosquattingu pak potvrzují statistické údaje z půdy Harvardské univerzity, ze kterých vyplývá³⁸⁶, že webové stránky typosquatterů navštíví každý den globálně až 68 milionů lidí, což jim jen z reklamy přinese roční zisk ve výši 497 milionů amerických dolarů.

Příkladem naopak promyšlenějšího jednání subjektu, který možnost překlepů uživatelů (či jejich jazykovou neznalost) a tím i možnost typosquattingu zohledňuje již od samého počátku, je počínání držitele domény `mall.cz` (tj. společnosti Internet Mall, a.s.). Výchozím předpokladem je, že doménové jméno `mall.cz` není z důvodu volby anglického výrazu a současného cílení na českého průměrného spotřebitele příliš vhodným. Proto bylo možné dovodit, že případných překlepů při psaní adresy `mall.cz` bude podstatně více než je obvyklé.³⁸⁷ Zřejmě proto držitel domény `mall.cz` zaregistroval i domény `mol.cz`, `mal.cz` a přesměroval je na webové stránky `mall.cz`. Naopak z adresy `malll.cz` dochází k přesměrování na adresu `letakomat.cz/mall-cz/`, což lze opět považovat za typosquatting.

³⁸⁶ MOORE, Tyler, Benjamin EDELMAN. Measuring the Perpetrators and Funders of Typosquatting. [cit. 3.11.2016]. Dostupné z: www.benedelman.org.

³⁸⁷ Jedním z odstrašujících případů „nevhodného“ názvu jsou produkty pivovaru Hoegaarden, dovážené do České republiky pivovarem Staropramen. Téměř žádný z Čechů neumí slovo Hoegaarden [huchárdn] správně vyslovit, což lze považovat za jeden z hlavních důvodů neúspěchu tohoto produktu v České republice. Nikdo totiž nechce být za hlupáka, ale zároveň téměř nikdo neví, jak ono Hoegaarden vyslovit. Proto je v podobných případech nutné s jazykovými bariérami počítat a mj. investovat nemalé prostředky do osvěty prostřednictvím reklamy.

Typosquatting lze mnohdy kvalifikovat jako nekalosoutěžní jednání se všemi jeho důsledky, případně též porušování práv k ochranné známce, názvu právnické osoby (příp. obchodní firmy) či jménu osoby fyzické.

Vzhledem k tomu, že typosquatting je formou cybersquattingu, platí pro něj informace uvedené v kapitole 3.4. obdobně, a to od možné kolize domény zaregistrované typosquatterem s právy třetích osob až po právní prostředky ochrany.

ZÁVĚR

Online marketing je oborem mladým, nesmírně dynamickým a každoročně rostoucím. Lze důvodně očekávat, že investice jen do samotné internetové reklamy převýší investice do tištěné inzerce v horizontu dvou let. Tím internetová reklama, která představuje podstatný, nikoliv však jediný, nástroj online marketingu, zaujme po inzerci v televizi druhé místo. Další prognózy do budoucnosti v tuto chvíli postrádají smysl. Smyslem je upozornit na to, že větší investice podníčí další rozvoj tohoto oboru. Vzhledem k ústřednímu cíli internetového marketingu, kterým je maximalizace zisku, se tento snadno dostane do rozporu se zájmy společnosti. Je ale možné internetový marketing, resp. svět internetu jako takový, vůbec právně regulovat? A je to vůbec vhodné? Tuto otázku si položil již John Perry Barlow v roce 1996, tedy v době, kdy byl internet v největším rozkvětu. Jeho odpověď zněla, že právní regulace není ve světě internetu vítána. Státy, včetně Evropské unie jako celku, zaujaly však postoj jiný. Na místě svobody byly vrženy právní sítě a ta menšinová část internetového světa, na které ony pomyslné sítě dosáhnou, se postupně těmto pravidlům začala podřizovat.

Příliš konkrétní právní pravidla zákonodárcova³⁸⁸ ob stojí jen krátký, omezený čas, po jehož uplynutí budou překonána technologickým vývojem. Takový zákonodárce bude vždy nutně o krok pozadu. Snad i díky zkušenostem s tvorbou webových stránek a online marketingem jsem po nastudování současných právních pravidel a jejich interpretace dospěl k názoru, že nejvhodnější regulace internetového marketingu, resp. internetu jako takového, je pokud možno co nejširší obecná regulace (tj. regulující širší spektrum jednání) a pokud možno co nejužší regulace úzce vymezeného jednání. Tím nejjasnějším příkladem regulace širšího spektra jednání je úprava nekalé soutěže, která je – na rozdíl od zbytku předpisů regulující oblast online marketingu – ověřena časem. Té jako jedné z mála je umožněno reagovat tak, jak to praxe vyžaduje: pružně.

Právo je (má být) tvořeno pro praxi. Pokud se zákonodárce z jakéhokoli důvodu³⁸⁹ uchýlí k tvorbě úzce specifických právních norem (např. těch upravujících

³⁸⁸ Zákonodárce je zde myšlen v obecném slova smyslu - tj. zákonodárcem je i Evropský parlament a Rada Evropské unie.

³⁸⁹ Typickým ospravedlnitelným důvodem pro takovou regulaci je snaha o správní či trestní postih určitého jednání. V takovém případě je povinností zákonodárce postupovat dle zásady *nullum crimen sine lege certa*.

odpovědnost poskytovatelů zprostředkovatelských služeb či regulující cookies) je zcela nezbytným předpokladem praxi nejen znát, ale postoupit při cestě k poznání ještě o pár schodů dále a vystoupat až k jejímu pochopení. Chce-li zákonodárce nástroje online marketingu smysluplně regulovat tímto způsobem, je *conditio sine qua non*, aby porozuměl jejich fungování i z technického hlediska. Bez těchto znalostí se vystavuje riziku, že jím nastolená právní pravidla budou absurdní a dlouhodobě neúčinná. Totéž však platí o činnosti soudů. Bez znalostí technického pozadí nelze předmětné jednání správně subsumovat pod právní normu. V důsledku chyb zákonodárcových však může i správné podřazení pod právní normu vést k absurdním praktickým závěrům, při jejichž aplikaci by se právo stalo nástrojem odcizení a podhoubím nespravedlnosti. Zde je, snad i více než jinde v právu, místo pro uplatnění Radbruchových závěrů³⁹⁰, že ten, kdo zákon vykládá, by měl být moudřejší než jeho tvůrce – on právě musí být moudřejší než jeho tvůrce. Tím jsou v právních oblastech spojených s moderními technologiemi kladeny na osoby soudců nároky, které téměř žádný z nich nedokáže uspokojit. Soudce si však může pomoci znaleckými posudky a neměl by se ostýchat toho využívat ani v otázkách, ohledně nichž si myslí, že na ně zná odpověď, jmenovitě např. v otázkách týkajících se fungování PPC reklamy, kterou soudy opakovaně uchopují za špatný konec a již počáteční terminologií se vzdalují praxi. I soudci jsou však také jen lidmi, a břímě spočívající ve vysvětlování technického pozadí proto může často nést výlučně advokát.

Cílem této práce bylo podívat se optikou praktického fungování online marketingu na právní regulaci, která tento obor ne vždy ospravedlnitelně svazuje a nejen tuto regulaci rozebrat, ale pokusit se ji i očima praxe, jakož i očima práva, zhodnotit. V závěru jsem se pak snažil ukončit psaní apelem, že neustálé chrlení dalších a dalších právních pravidel postrádá smysl a nemůže vést ke kýženému výsledku. Pokud však přesto zákonodárce uzná regulaci úzce vymezeného jednání za vhodnou, jeví se spolupráce s technickými experty jako nezbytná.

³⁹⁰ „Vůle zákonodárce není metodou výkladu, nýbrž cílem výkladu a výsledkem výkladu, výrazem pro apriorní nezbytnost systémově-nerozporného výkladu celého právního řádu. Je proto možné konstatovat jako vůli zákonodárce to, co nikdy jako vědomá vůle autora zákona nebylo přítomno. Interpret může rozumět zákonu lépe, než mu rozuměl jeho tvůrce, zákon může být moudřejší než jeho autor – on právě musí být moudřejší než jeho autor“ (G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe. Hrsg. R. Dreier, S. Paulson, Heidelberg 1999, s. 107).

Po pěti letech studia jsem byl také snad i vůbec poprvé nucen zamýšlet se nad smyslem a dopadem právních norem na reálný svět, čímž se psaní této práce stalo nesmírně zajímavé. Psaní posledního odstavce sice končím s jistým pocitem osvobození, ale již nyní vím, že tento bude následován pocitem prázdnoty, neboť po čase se k psaní a do jisté míry snad i – lze li to tak nazvat – právněteoretickému bádání, budu chtít nejspíše vrátit.

MÍSTO DOSLOVU

„Nad jiné významný je vývojový spor mezi svobodou osobní a společenskou vázaností. (...) Změna forem otroctví nestojí za práci. Chceme ven ze začarovaného kruhu. Zajata veverka skáče v pohyblivém válci a snad myslí, že běží kupředu. Ale my chceme ven z válce: do lesa.

Starý Hobbes to jistě s lidmi nemyslel zle. Říkal jim: »Dejte se vést, vy hlupáčkové. Stát vám řekne, co je blaženství a vrazí vás tam sám, nepůjdete-li po dobrém. Ukáže vám, jak budete chodit, jak jíst, jak spát, jak myslet, aby zavládlo štěstí.« Takový vševládny stát (ať jakékoli formy) roztáhne po zemi svou právní síť. A člověk bude běhat jako zajíc sem a tam, aby našel v síti díru nebo větší oko, aby se dostal na místečko, kde by si oddechl (...) a zašeptal: »Zaplat' pámbu, tady jsem sám, tady si zaskotačím.« A hle, už vrhají novou síť, spravují díry, zužují oka a poddaní (...) už neskáčou, jen lezou pod vzornou ochrannou síť.

Nejlaskavější poručník se zhnusí, je-li jeho laskavost příliš dotěrná. Nevděčný svěřenec ho udeří pěstí, aby na chvíli byl svoboden, aby si třeba mohl odřít kůži, narazit bouli – z vlastního, svobodného rozhodnutí. Nevolnictví hromadí vzdor, ochuzuje, zotročuje život a budí nezkrotnou touhu po svobodném, odvážném, riskantním jednání na vlastní odpovědnost. (...) Otročké duše si libují v poddanství a říkají: »Dobrý je pán, dává nám najíst, vodí nás na provaze, by se nám nic nestalo.« Ale svobodní duchové zvedají pěsti proti svému – dobrodinci.

(...) Vývoj může svazovat a dusit, ale má tisíce možností, aby uvolňoval sítě a vychovával lidi ke svobodě, k zmužilosti a síle. Pozorujte naše vlastní zákonodárství z toho hlediska a dávejte pozor, abychom na místě svobody netvořili – nové formy nevolnictví. Také organizace je dobrý služebník – ale strašný, strašnější, protože nezranitelný pán.³⁹¹

³⁹¹ SVOBODA, Emil. Obrany a útoky. Praha: Srdce, 1926, str. 21 an.

SHRNUTÍ

Smyslem této práce je nahlédnout do světa online marketingu očima práva. Členění diplomové práce bylo záměrně zvoleno tak, aby odpovídalo tomu, jak je tento obor vnímán těmi, pro které představuje každodenní chléb. Již v praxi zaběhlé a užívané pojmosloví je pokud možno ctěno, vysvětleno i z technického hlediska a až poté podřazeno pod právní normy. Tím je usilováno o přiblížení se praktickému fungování internetového marketingu, následkem čehož lze dojít k uvědomění si dopadů právních pravidel na praxi. Se všemi těmito znalostmi lze současný právní stav podrobit případné kritice a vznést konkrétní požadavky na právní praxi, aby právo mohlo sloužit alespoň jednomu z účelů, pro které vzniklo, tedy právní jistotě, spravedlnosti či obecnému blahu³⁹² a aby se naopak nestalo nástrojem odcizení.

Práce je členěna do tří hlavních kapitol.

První kapitola osvětluje pojem online marketingu a jeho úlohu ve společnosti.

Druhá kapitola pojednává o hlavních nástrojích, které internetový marketing používá k naplnění svého poslání. Kapitola se dále člení na podkapitoly. První podkapitola je věnována SEO optimalizaci a jeho vlivu na řazení výsledků vyhledávání, přičemž její umístění na místě prvním je záměrné. Jednak jde o nástroj, který autor vnímá jako nejvýznamnější (má největší vliv na dlouhodobou návštěvnost webu) a druhak jde o nástroj, jehož kořeny začaly růst dávno před příchodem internetu. Druhá podkapitola se věnuje placené reklamě na internetu, která je právně regulována poměrně intenzivně. Poslední podkapitola zaměřuje pozornost na relativně mladé odvětví internetového marketingu – webovou analytiku, kteréžto odvětví autor vnímá jako zaplnění díry vzniklé absencí sofistikovaných psychologických studií, se kterými operuje marketing klasický.

Třetí kapitola se soustředí na praktiky, které jsou v oblasti online marketingu z hlediska práva zapovězené. Její podkapitoly se věnují spamu, nekalé soutěži a doménovému pirátství.

³⁹² Všem (tj. těmto třem) účelům práva, jakož i tomu, že vždy může být naplněn pouze jeden z nich, je věnována publikace RADBRUCH, Gustav. O napětí mezi účely práva. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012. ISBN 978-80-7357-919-7.

Poslední část práce představuje závěr, ve kterém se autor snaží zhodnotit výsledky svého zmapování rozstříštěné právní regulace internetového marketingu.

POUŽITÉ PRAMENY A LITERATURA

Monografie

BEJČEK, Josef, Petr HAJN a Jarmila POKORNÁ. *Obchodní právo: obecná část, soutěžní právo*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014. Academia iuris (C.H. Beck). ISBN 978-80-7400-547-3.

DISMAN, Marek. *Právní úprava domény ".eu"*. Praha: Linde, 2011. ISBN 978-80-7201-852-9.

DVOŘÁK, Jan, Jiří ŠVESTKA a Michaela ZUKLÍNOVÁ. *Občanské právo hmotné*. Vydání první. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7478-325-8.

FRIEDER, Lara & Jonathan Zittrain. *Spam Works: Evidence from Stock Touts and Corresponding Market Activity (March 14, 2007)*. Berkman Center Research Publication No. 2006-11. Harvard Public Law Working Paper No. 135.

GŘIVNA, Tomáš a Radim POLČÁK (eds.). *Kyberkriminalita a právo*. Praha: Auditorium, 2008. ISBN 9788090378674.

HART, Tina. CLARK, Simon., FAZZANI, Linda. *Intellectual Property Law*. 6. vydání. Palgrave Macmillan, 2013. 300 s. ISBN-13: 978-0-230-36653-4.

HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.

HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-287-8.

JANSA, Lukáš, Petr OTEVŘEL, Jiří ČERMÁK, Petr MALIŠ, Petr HOSTAŠ, Michal MATĚJKA a Ján MATEJKA. *Internetové právo*. Brno: Computer Press, 2016. ISBN 978-80-251-4664-4.

JANSA, Lukáš a Petr OTEVŘEL. *Softwarové právo*. 2. vyd. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4201-1.

Kolektiv autorů. *Online marketing, současné trendy očima předních expertů*. Brno: Computer Press, 2014. ISBN 978-80-251-4155-7, str. 88.

KOLOUCH, Jan a Petr VOLEVECKÝ. *Trestněprávní ochrana před kybernetickou kriminalitou*. Vyd. 1. Praha: Policejní akademie České republiky v Praze, 2013. ISBN 978-80-7251-402-1.

MAISNER, Martin a Zdeněk VANÍČEK. *Odpovědnost za obsah přenosu v elektronických komunikacích*. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012. Právní monografie (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7357-964-7.

MAISNER, Martin. *Zákon o některých službách informační společnosti: komentář*. Vydání první. V Praze: C.H. Beck, 2016. Beckovy komentáře. ISBN 978-80-7400-449-0.

MATĚJKA, Michal. *Počítačová kriminalita*. Praha: Computer Press, 2002. ISBN 80-7226-419-2.

ONDREJOVÁ, Dana. *Přehled judikatury ve věcech nekalé soutěže*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011. Přehledy judikatury (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7357-670-7.

MACGREGOR PELIKÁNOVÁ, Radka a Karel ČERMÁK. *Právní aspekty doménových jmen*. Praha: Linde, 2000. ISBN 80-7201-245-2.

Pelikánová, I. *Komentář k obchodnímu zákoníku (s přihlédnutím k evropskému právu)*. 1. díl (§ 1–55). 4. vydání. Praha: ASPI, 2004.

Pelikánová, I. *Obchodní právo. 5. díl. Odpovědnost (s přihlédnutím k návrhu nového občanského zákoníku)*. Praha: C. H. Beck, 2012.

POLČÁK, Radim. *Právo na internetu: spam a odpovědnost ISP*. Brno: Computer Press, 2007. Právo a IT. ISBN 978-80-251-1777-4.

POUNDSTONE, William. *Priceless: The Hidden Psychology Of Value*. 1. vydání. Londýn: Oneworld Publications, 2014. ISBN 978-1-85168-829-6.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Hrsg. R. Dreier, S. Paulson, Heidelberg 1999.

RADBRUCH, Gustav. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012. ISBN 978-80-7357-919-7.

SVOBODA, Emil. Obrany a útoky. Praha: Srdce, 1926.

ZYMAN, Sergio. *Konec marketingu, jak jsme jej dosud znali*. Praha: Management Press, 2005. Knihovna světového managementu. ISBN 80-7261-134-8.

Časopisecká literatura

JANEČKOVÁ, Eva, Václav Bartík: Vybrané základní pojmy používané zákonem o některých službách informační společnosti – šíření obchodních sdělení. [Právní rozhledy 4/2012, s. 130].

KINCL, L. *IP adresa identifikuje místo připojení, nikoli osobu*. Revue pro právo a technologie. 2011, roč. 2, č.3. Brno: Masarykova univerzita, str. 5.

NONNEMAN, F. *Náležitosti souhlasu se zpracováním osobních údajů*. Právní rozhledy. 2011, č.9.

ONDREJOVÁ, Dana. Tzv. soudcovské (nepojmenované) skutkové podstaty nekalé soutěže pohledem nové systematiky. Obchodněprávní revue. 2014, č. 10, s. 287-292.

PATĚK, Daniel. Nad aktuální podobou práva proti nekalé soutěži (nejen) v občanském zákoníku. Obchodněprávní revue. 2016, č. 3, s. 65-80.

TELEC, Ivo: Nový občanský zákoník ve společnosti sítí, Právní rozhledy 23-24/2012, s. 853.

Zdroje dostupné na internetu

ADAMS, Allan. The discovery that could rewrite physics. [cit. 10-11-2016]. Dostupné z: www.ted.com.

BARLOW, P. John. A Declaration of the Independence of Cyberspace. [cit. 19.10.2016]. Dostupné z <https://projects.eff.org>.

BARTÍK, Václav, Eva Janečková. *Zasílání obchodních sdělení v souladu se zákonem o některých službách informační společnosti*. Publikováno dne 1.11.2011. [cit. 12.12.2016]. Dostupné z www.danarionline.cz.

BECHYNĚ, Petr. 5 otázek, když plánujete web. [cit. 10.11.2016]. Dostupné z: www.5-otazek.cz.

Česká televize. Výdaje na internetovou reklamu vzrostly na 15 miliard. Publikováno dne 3.3.2016. [cit. 27.11.2016]. Dostupné z: www.ceskatelevize.cz.

DOMES, Martin. INFOGRAFIKA: Zdroje návštěvnosti webů a podíl na konverzích v roce 2015. Publikováno 2.2.2016. [cit. 14.11.2016]. Dostupné z: www.martindomes.cz.

DOMES, Martin. Google vs Seznam: Jaký je podíl vyhledávačů v roce 2016. [cit. 14.11.2016]. Dostupné z: www.martindomes.cz.

DOSEDĚL, Tomáš. Historie společnosti Apple: Být první v abecedě. [cit. 14.11.2016]. Dostupné z: www.mobinfo.cz.

DVOŘÁK, Tomáš. ÚOOÚ a SPAM: Zákon postihuje odesílatele, a ne v čí prospěch bylo sdělení odesláno. Publikováno 18. června 2012. [cit. 2016-10-25]. Dostupné z: www.tomas-dvorak.cz.

HADAŠ, Jiří. K novelizaci zákona č. 40/1995 Sb, o regulaci reklamy. Publikováno dne 10.9.2015. Epravo.cz. [cit. 29.11.2016]. Dostupné z: www.epravo.cz.

KARTNER, Martin, Jiří Prouza. Evropská unie schválila konečnou podobu obecného nařízení o ochraně osobních údajů. Publikováno dne 15.6.2016. Epravo.cz. [cit. 2.12.2016]. Dostupné z: www.epravo.cz.

KINDL, Milan. Základy správního práva. 2., upr. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009. Vysokoškolské učebnice (Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk). ISBN 978-80-7380-190-8.

KOPEČKOVÁ, Andrea. K regulaci reklamy a odpovědnosti za reklamu. Publikováno dne 19.5.2016. [cit. 28.11.2016]. Dostupné z: www.epravo.cz.

MOORE, Tyler, Benjamin EDELMAN. Measuring the Perpetrators and Funders of Typosquatting. [cit. 3.11.2016]. Dostupné z: www.benedelman.org.

PHILLIPS, Jeremy. Autumn a golden season for Interflora. The IPKat. Publikováno 22. září 2011. [cit. 9.12.2016]. Dostupné z: ipkitten.blogspot.com.

Spam Statistics and Facts. [cit. 19.10.2016]. Dostupné z www.spamlaws.com.

SPOUSTA, Jan. Efekt Streisandové. Publikováno v roce 2012. [cit. 15.11.2016]. Dostupné z www.getsemany.cz.

Statista. Global spam volume as percentage of total e-mail traffic from January 2014 to June 2016, by month. [cit. 19.10.2016]. Dostupné z www.statista.com.

STUCHLÍKOVÁ, Zuzana. Online reklama - zasílání obchodních sdělení. Epravo.cz. Publikováno dne 30.1.2013. [cit. 20.11.2016]. Dostupné z: www.epravo.cz.

SOUČEK, Martin. Právní úprava domén na internetu, postup při řešení sporů z domén. [cit. 2016-10-28]. Dostupné z: www.advokatijelinek.cz.

SWENEY, Mark. The Guardian: Google wins Louis Vuitton trademark case. Publikováno dne 23. března 2010. [cit. 15.11.2016]. Dostupné z www.theguardian.com.

ŠABLATURA, Jan. Budete dodržovat „sušenkový zákon“? A je to vůbec možné? Publikováno dne 12.8.2015. [cit. 7.12.2016]. Dostupné z www.zdrojak.cz.

ŠOLTYS Adam, SKINNER Carrie-Ann. Statistika 2009: Spam tvořil 87 % všech emailů. Publikováno dne 16.12. 2009. [cit. 25.10.2016]. Dostupné z www.pcworld.cz.

TICHÝ, Jan. Robots.txt neslouží k zákazu indexace stránek. Publikováno 27.1.2015. [cit. 15.11.2016]. Dostupné z blog.medio.cz.

Google.com: HOW SEARCH WORKS From algorithms to answers. [cit. 15.11.2016]. Dostupné z www.google.com.

Úřad pro ochranu osobních údajů. Často kladené otázky k zákonu č. 480/2004 Sb. [cit. 10.12.2016]. Dostupné z www.uoou.cz.

Úřad pro ochranu osobních údajů. Uložení pokuty společnosti eMarketing CZ. Publikováno dne 21.3.2014. Tisková zpráva. [cit. 2016-10-24]. Dostupné z: www.uoou.cz.

Právní předpisy

Evropské právo

Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech.

Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (ES) č. 733/2002 ze dne 22.4.2002, o zavádění domény nejvyšší úrovně .eu.

Nařízení Komise (ES) č. 874/2004 ze dne 28.4.2004, kterým se stanoví obecná pravidla pro zavádění funkce domény nejvyšší úrovně .eu a zásady, jimiž se řídí registrace.

Nařízení Evropského parlamentu a rady (ES) č. 2006/2004 ze dne 27. října 2004 o spolupráci mezi vnitrostátními orgány příslušnými pro vymáhání dodržování zákonů na ochranu zájmů spotřebitele („nařízení o spolupráci v oblasti ochrany spotřebitele“).

Nařízení Rady (ES) č. 40/94 ze dne 20. prosince 1993 o ochranné známce Společenství.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2000/31/ES ze dne 8. června 2000, o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 97/7/ES ze dne 20. Května 1997, o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavíraných na dálku.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 97/66/EC ze dne 15. Prosince 1997, o zpracovávání osobních údajů a ochraně soukromí v telekomunikacích.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2002/58/ES ze dne 12. července 2002, o zpracovávání osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronické komunikace.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/29/ES ze dne 22. května 2001 o harmonizaci určitých aspektů autorského práva a práv s ním souvisejících v informační společnosti

Směrnice Rady č. 89/104/EHS ze dne 21. Prosince 1988, kterou se sblíží právní předpisy členských států o ochranných známkách.

České právo

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

Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, v platném znění.

Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, v platném znění.

Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, v platném znění.

Zákon č. 255/2012 Sb., o kontrole, v platném znění, v platném znění.

Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, v platném znění.

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

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

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

Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, v platném znění.

Zákon č. 40/1995 Sb., zákon o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, v platném znění.

Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, v platném znění.

Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), v platném znění.

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

Zákon č. 132/2010 Sb., o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Judikatura

Evropské soudnictví

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 23.3.2010 ve spojených věcech sp. zn. C-236/08 až C-238/08 (Google France).

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 25. března 2010, sp. zn. C-278/08.

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 22. září 2011, sp. zn. C-323/09 (Interflora).

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 12. července 2011, sp. zn. C-324/09 (L'Oréal).

Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 14.5.2014, sp. zn. C-131/12, v právní věci Google Spain SL a Google Inc. proti Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a Narui Cistahe Gonzáles.

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 8. září 2016, sp. zn. C-160/15 (GS Media BV).

Národní soudnictví

Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl.ÚS 33/97.

Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02.

Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 13. 11. 2012, sp. zn. I.ÚS 563/11.

Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 25. 9. 2007, sp. zn. Pl.ÚS 85/06.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2004, č. j. 5 A 157/2002 – 35.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 3. 2010, č. j. 2 As 47/2009 – 92.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 AS 9/2008-133.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 5. 2010, sp. zn. 23 Cdo 1345/2009.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 29.11.2012, sp. zn. 23 Cdo 2097/2011

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 19. 4. 2012, sp. zn. 23 Cdo 3407/2010.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky ze dne 28.1.2013, sp. zn. 23 Cdo 3893/2010.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu České Republiky ze dne 17. prosince 2013, sp. zn. 23 Cdo 3895/2011.

Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 10. 8. 2004, sp. zn. 3 Cmo 293/2003.

Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 19. 11. 2008, sp. zn. 3 Cmo 112/2008.

Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 24. 2. 2015, sp. zn. 3 Cmo 283/2014.

Rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 3. 6. 2005, sp. zn. 5 Cm 85/2001.

Rozhodnutí jiných orgánů veřejné moci

Rozhodnutí Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR ze dne 6. 12. 2013, sp. zn. CAC 06573.

Rozhodnutí Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR ze dne 6. 12. 2013, sp. zn. 00060.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu osobních údajů, sp. zn. UOOU-09830/13.

Rozhodnutí arbitrážní komise Rady pro reklamu ze dne dne 18. 12. 2006, Čj. 068/2006/STÍŽ.

Další zdroje

ERISMAN, Porter. *Alibaba.com: příběh největšího on-line tržiště světa: jak neznámý učitel angličtiny změnil ráz globálního byznysu*. Přeložila Jana ODEHNALOVÁ. Praha: Aligier s.r.o., 2016. ISBN 978-80-904895-7-8.

Pravidla registrace doménových jmen v ccTLD .cz. [cit. 2.11.2016]. Dostupné z: www.nic.cz.

Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 5/2012 z března roku 2012, Poskytnutí informací a získání souhlasu subjektu údajů v elektronické komunikaci.

Výroční zpráva za rok 2012. Praha: Úřad pro ochranu osobních údajů, 2013. ISBN 978-80-210-6179-8.

Výroční zpráva za rok 2013. Praha: Úřad pro ochranu osobních údajů, 2014. ISBN 978-80-210-6700-4.

Výroční zpráva za rok 2014. Praha: Úřad pro ochranu osobních údajů, 2015. ISBN 978-80-210-7758-4.

Výroční zpráva za rok 2015. Praha: Úřad pro ochranu osobních údajů, 2016. ISBN 978-80-210-8144-4.

SEZNAM ZKRATEK

Kontrolní řád – zákon č. 255/2012 Sb., o kontrole, v platném znění.

Nařízení Brusel I bis - nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech.

Nařízení Evropského parlamentu a Rady o zavádění domény nejvyšší úrovně .eu – Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (ES) č. 733/2002 ze dne 22.4.2002, o zavádění domény nejvyšší úrovně .eu.

Nařízení Komise, kterým se stanoví obecná pravidla pro zavádění funkce domény nejvyšší úrovně .eu a zásady, jimiž se řídí registrace – Nařízení Komise (ES) č. 874/2004 ze dne 28.4.2004, kterým se stanoví obecná pravidla pro zavádění funkce domény nejvyšší úrovně .eu a zásady, jimiž se řídí registrace.

Nařízení o spolupráci v oblasti ochrany spotřebitele - Nařízení Evropského parlamentu a rady (ES) č. 2006/2004 ze dne 27. října 2004 o spolupráci mezi vnitrostátními orgány příslušnými pro vymáhání dodržování zákonů na ochranu zájmů spotřebitele („nařízení o spolupráci v oblasti ochrany spotřebitele“).

Nařízení o ochranné známce Společenství - Nařízení Rady (ES) č. 40/94 ze dne 20. prosince 1993 o ochranné známce Společenství.

Občanský zákoník – zákon č. 89/2012 Sb.

Občanský soudní řád – zákon č. 99/1963 Sb., v platném znění.

Obchodní zákoník – zákon č. 513/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

Směrnice o elektronickém obchodu – Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2000/31/ES ze dne 8. června 2000, o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu.

Směrnice o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavíraných na dálku – Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 97/7/ES ze dne 20. Května 1997, o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavíraných na dálku.

Směrnice o zpracovávání osobních údajů a ochraně soukromí v telekomunikacích – Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 97/66/EC ze dne 15. prosince 1997, o zpracovávání osobních údajů a ochraně soukromí v telekomunikacích.

Směrnice o soukromí a elektronické komunikaci – směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2002/58/ES ze dne 12. července 2002, o zpracovávání osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronické komunikace.

Soudní řád správní – zákon č. 150/2002 Sb., v platném znění.

Správní řád - zákon č. 500/2004 Sb., v platném znění.

Stará směrnice o ochranných známkách - směrnice Rady č. 89/104/EHS ze dne 21. prosince 1988, kterou se sblíží právní předpisy členských států o ochranných známkách.

Staré nařízení o ochranné známce Společenství - nařízení Rady č. 40/94 ze dne 20. prosince 1993 o ochranné známce Společenství.

Trestní zákoník – zákon č. 40/2009 Sb., v platném znění.

Zákon o elektronických komunikacích - zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, v platném znění.

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

Zákon o některých službách informační společnosti – zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, v platném znění.

Zákon o ochraně osobních údajů – zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, v platném znění.

Zákon o regulaci reklamy - zákon č. 40/1995 Sb., zákon o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů.

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

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

Zákon o ochraně hospodářské soutěže – zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů.

ABSTRAKT

Právní aspekty online marketingu

Čím více roste úloha internetu v dnešní společnosti na významu, tím více dochází k rozvoji relativně mladého a dynamického oboru – online marketingu. Jelikož ústředním cílem online marketingu je maximalizace zisku daného subjektu, může se tento komerční zájem snadno dostat do kolize se zájmy jiných subjektů. Ohroženými subjekty však nejsou jen konkurenční subjekty, ale velmi často právě i samotní zákazníci, jejichž oslovení je v oblasti internetu mnohonásobně snažší a levnější než ve „světě skutečném“. V posledních letech navíc vyvstává na povrch otázka soukromí uživatelů internetu.

Reakce práva spočívá zejména ve veřejnoprávní regulaci, nad jejímž dodržováním dohlíží vykonovatel veřejné správy, kterého tím zákonodárce pověřil. Nelze však opomenout ani regulaci soukromoprávní, která je však obvykle využívána především konkurenty porušivšího subjektu a nikoliv samotnými spotřebiteli.

Diplomová práce nejdříve přibližuje samotný obor online marketing a jeho nástroje a následně se věnuje podrobnějšímu zkoumání jeho právní regulace, a to včetně dopadů na praxi.

Cílem práce je nahlédnout na právní regulaci očima praxe, která ji často přijímá s nesouhlasem a pokusit se posoudit, zdali jsou tyto nevole důvodné či nikoliv.

Klíčová slova v češtině: internetové právo, marketingové právo, právo internetového marketingu, právo online marketingu.

ABSTRACT

Legal aspects of the online marketing

The ever-growing role and importance of the Internet in today's society encourages the quick development of a relatively young and dynamic field - online marketing. Since the central goal of the online marketing is to maximize the profits of the given entity, commercial interest may easily get into the conflict with the interests of others. However, endangered entities are not only competing entities, but very often the customers themselves, addressing of which is much easier and cheaper in the Internet than in the "real world." In addition, in recent years the importance of the issue of the Internet users' privacy has been growing.

Legal responses mainly consist in the public regulation, the compliance of which is supervised by the executor of the public administration appointed to do this by the legislator. However, also private regulation is worth mentioning, which is usually used primarily by competitors of the infringing entity rather than by consumers themselves.

This thesis at first introduces the field of online marketing and its tools and consequently deals with the examination of the legal regulation in more detail, including the impact on practice.

The aim of the thesis is to look at the legal regulation from the point of view of the practice, which often rejects such a regulation, and to try to assess whether this rejection is justified or not.

Keywords in English: Internet law, marketing, law, internet marketing law, online marketing law.

PŘÍLOHY

- Sdělení Úřadu pro ochranu osobních údajů k žádosti autora o informace dle zákona o svobodném přístupu informací.
- Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6. října 2015, sp. zn. 21Cm 8/2015 (Seznam Sklik).