

# ČLÁNKY

## VEŘEJNOPRÁVNÍ A SOUKROMOPRÁVNÍ REGULACE REKLAMY

PETR HAJN

Reklama patří k charakteristickým rysům ekonomiky, která je založena na tržních, soutěžních principech. Dosvědčuje to nejen množství billboardů, televizních a rozhlasových šotů, novinových inzerátů, plakátů, letáků a dalších nejrůznějších nosičů reklamního poselství. O významu reklamy svědčí i skutečnost, že se jí výslovně či nepřímo zabývají četné právní normy, počínaje ústavněprávní úpravou práva na informace.

Takový souběh právních úprav vyvolává zajímavé teoretické a náročné praktické otázky. Jedné z nich, o níž hovoří sám název této stati, si zde hodláme důkladněji povšimnout. I tak budeme muset omezit záběr svého zkoumání. Vybereme si k němu výrazné reprezentanty jednak veřejného práva a jednak soukromého práva v oblasti, která nás tu zajímá. Bude to zákon č. 40/1995 o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb. o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů (dále zde jen „zákon o reklamě“) a úprava nekalé soutěže v § 44 odst. 1 Obchodního zákoníku (dále jen „ObchZ“).

### *O VÝZNAMU VEŘEJNOPRÁVNÍ REGULACE REKLAMY*

1. Ptejme se především, zda vůbec máme zapotřebí veřejnoprávní úpravu reklamy. Vždyť ustanovení o klamavé i jinak nekalé reklamě v ObchZ a také ustanov-

vení § 53 a 54 ObchZ umožňují, aby proti problematické reklamě zasáhli dotčení soutěžitelé i právnické osoby vyjadřující zájmy soutěžitelů a spotřebitelů. Část našich právních teoretiků zastává názor, že majetkové nároky z nekalé soutěže mohou uplatňovat i jednotlivé spotřebitelé.<sup>1</sup> Není to pak sama příslovečná „neviditelná ruka trhu“, tj. vlastní zájmy konkurentů i spotřebitelů, co je schopné likvidovat všechny výstřelky v reklamě?

2. Na otázku právě položenou se dá – v prvním přiblížení – odpovědět zjištěním, že reklama je již ze své podstaty věcí veřejnou a obrací se k širokým vrstvám obyvatelstva. Pokud přiměje rozsáhlé skupiny populace k chybným ekonomickým rozhodnutím nebo napomáhá podvodným postupům (pro naši současnost příznačné „tunelování“ investičních společností), podílí se na ohrožování celkového myšlenkového klimatu ve společnosti a její politické stability. To je samo o sobě dostatečným důvodem k tomu, aby se stát o regulaci reklamy zajímal a uskutečňoval ji i prostředky veřejného práva.

3. Konkurenti nejsou vždy dostatečně motivováni k soukromoprávnímu zásahu proti nekalé soutěži. Zvláště to platí v případech, když určitý sporný postup používají prakticky všichni soutěžitelé v oboru. Nedá se vyloučit (a je spíše pravděpodobné), že dochází i k zvláštnímu druhu kartelových dohod o používání nekalé reklamy u problematických druhů zboží, u tak zvaných „citlivých komodit“, o nichž bude řeč ještě později. Zásah konkurentů nepřichází v úvahu ani tehdy, když závadné reklamní postupy používá podnik v monopolním postavení.

Sluší soutěžitelé také příležitostně nezasahují proti problémovému jednání svých konkurentů, jestliže takové počínání jim konec konců přináší výhody. Tak pro seriózní bankovní domy je určitou reklamou počínání jiných společností na peněžním trhu, které si prostřednictvím klamavé reklamy získávají klienty, později zkrachují a připraví střadatele o úspory.

4. Reklama někdy škodí veřejným zájmům, i když nepřináší újmu ani soutěžitelům ani občanům v jejich roli spotřebitelů. Především existuje reklama, která nabízí nikoliv spotřební zboží a služby, ale propaguje jiné hodnoty (v angličtině bývá označována za „social advertising“).

I komerční reklama nabízející „počestné materiální hodnoty“ občas operuje s takovými myšlenkovými obsahy, které se dotýkají obecnějších zájmů (motivy rasistické, náměty a zobrazení ohrožující mravní výchovu mládeže atd.).

5. Jednotliví spotřebitelé, i když jim přiznáme aktivní legitimaci k vedení ma-

<sup>1</sup> viz Raus, D.: Některé otázky aktivní legítimace ve sporech o nekalou soutěž, Právní praxe v podnikání 11/1997, str. 33 a násl. i další literaturu tam uvedenou.

jetkových sporů z nekalé soutěže, budou zřejmě využívat tohoto svého oprávnění v nepatrném rozsahu. Stejně jako v jiných životních oblastech (například při reklamacích vadného zboží) se totiž budou obávat obtíží a nákladů spojených se soudním řízením. S tím ostatně počítají šířitelé klamavé reklamy – jednotlivým spotřebitelům způsobí škodu nepříliš velkého rozsahu a nekalý zisk jim plyne z hromadného působení reklamy a z celkovém objemu jejich obchodních operací.

6. Obecný důvod k veřejnoprávní úpravě (ochrana slabších) se uplatní i v oblasti, kterou tu zkoumáme. Vůči reklamním profesionálům, kteří rozsáhle uplatňují poznatky hlubkové psychologie a jiných vědních disciplín<sup>2</sup>, se spotřebitelé zpravidla nalézají v roli těch slabších. Zvláště to platí v podmínkách postkomunistických států, jejichž obyvatelé nebyli po dlouhá léta zvyklí na masové působení reklamy a nestačili si proti ní vytvořit obranné mechanismy. Ty ostatně příležitostně selhávají i v zemích s nepřetržitě fungujícím tržním hospodářstvím.

Vedení majetkových občanskoprávních sporů řeší až dodatečně (a často se značným zpožděním) majetkové důsledky nepoctivé reklamy. Vůči ní by se však měl právní zásah uskutečnit v samých začátcích jejího působení, ještě dříve než stačila uskutečnit rozsáhlejší vliv na veřejnost.

7. Také samo působení tržních sil vede k „čistotě“ soutěžních prostředků až během delšího časového období. Platí tu okřídlený výrok, že reklama může dlouhodobě klamat jednotlivce, přechodně klamat větší skupiny lidí, nemůže však trvale klamat značné množství lidí. I přechodné klamání jen určitých skupin populace však stačí k vyvolání nežádoucích nálad i k tomu, aby klamající získal i značný prospěch z nekalého počínání a poté přesunul své aktivity do jiných států, maskoval svou činnost pod jiným označením, uskutečňoval ji poněkud odlišnými metodami téže nekalé podstaty a vyhnul se „tržnímu potrestání“. Nedávné zkušenosti naší země (například s některými zásilkovými službami) dostatečně potvrzují tento předpoklad.

8. Ve státech s transformující se ekonomikou navíc chybí to, co bychom mohli nazvat „právní infrastrukturou“ – znalosti a zejména dovednosti v uplatňování nároků z nekalé soutěže; faktické působení řady právnických osob oprávněných hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů. I proto se domácí podniky dostávají do slabší pozici vůči zahraničním konkurentům. Ti mnohdy používají takové rafinované i zdánlivě prostoduché reklamní metody, které by v jejich mateřské zemi byly nemyslitelné a které domácí konkurenci dokáží udusit v zárodku. Ochrana tuzemských podniků proti nekalému reklamnímu působení zahraničních firem je

<sup>2</sup> Packard, V.: Die geheimen Verfuehrer, Ullstein Frankfurt/M-Berlin, 1964.

tak i záležitostí veřejného zájmu; existuje tu nepochybná souvislost i se stavem obchodní bilance.

Na druhé straně nekalé soutěžní postupy domácích ekonomických subjektů mohou vyvolávat ostré reakce i ze strany zahraničních států. Příkladem jsou hrozby, že naší zemi bude odňata doložka nejvyšších výhod, pokud se nevypořádá se známkovým a tomu podobným pirátstvím. I z tohoto hlediska je zájem na čistotě soutěžních postupů (včetně reklamy) do značné míry zájmem veřejným; vyplývá to ostatně z řady mezinárodních úmluv v oblasti práv k nehmotným statkům, jimiž je Česká republika vázána<sup>3</sup>.

### MEZE VEŘEJNOPRÁVNÍ REGULACE HOSPODÁŘSKÉ ČINNOSTI

1. Veřejnoprávní regulace reklamy je ohrožována stejnými neuhy, s nimiž se setkáváme i v jiných oblastech státních zásahů do ekonomiky. Věcně příslušné orgány státu se snaží především získat a do zákonů vtělit až příliš rozsáhlá oprávnění k sankčním či jiným zásahům. Jednou se tu projevuje snaha získat více mocenských oprávnění, jindy se má takto zdůvodnit, proč se žádá o rozsáhlejší podíl na státním rozpočtu. Právní úpravě pak nepředchází poctivě položená a rozváženě zodpovězená otázka, zda státní orgány jsou ochotny a svými kapacitami schopny systematicky vynucovat stanovené právní povinnosti a uskutečňovat svá sankční oprávnění.

2. Důsledkem právě zmíněného stavu věcí (a také důsledkem přirozené lidské pohodlnosti) je pak skutečnost, že sankce státních orgánů se neuplatňují ani zdaleka ve všech případech, když by se podle znění zákona uplatnit měly. Působí na principu loterie, jsou ukládány výběrovým způsobem provázeným představou, že sice příležitostná leč dostatečně přísná, exemplární sankce stačí zamezit nežádoucímu chování.

Život nepotvrzuje tento názor. Zapomíná se v něm na skutečnost, že hospodářští pracovníci neustále pracují s kategorií rizika. Méně je zajímavá znění zákonů („právo v knihách“), uvažují s „právem v praxi“. Pokud na základě životní zkušenosti zjistí, jak nepatrná je pravděpodobnost, že jim bude uložena sankce podle

<sup>3</sup> viz např. Ježek, J.: Právo průmyslového vlastnictví, Linde Praha, 1996.

zákona (a jaké výhody přináší jeho porušení), projeví se u nich silná tendence jednat protiprávně.

3. Jestliže kapacita státního orgánu nestačí k postihu všech jednání, která by podle zákona sankcionována být měla, státní úředníci si k zásahu volí nikoliv jednání neškodlivější, ale taková, u nichž je skutkový stav přehledný, nároky na dokazování malé, výklad práva jasný a jejichž prostřednictvím lze snadno dosáhnout pracovní „výkon“ vyjádřený kvantitativními veličinami.

4. Četné, leč příležitostně a spíš nahodile využívané právní důvody k tomu, aby byly uloženy sankce stanovené veřejným právem, vytvářejí i živnou půdu ke korupci. Pohrůžka trestem, od jejíhož uskutečnění se ustoupí, představuje poskytnutou výhodu, za níž pak lze nabízet či požadovat odměnu. Manipulovat se dá i s výší sankce.

Horlivost při pronásledování určitých přestupků nebo určitých subjektů může vysvětlovat zvláštní benevolenci vůči jiným, na něž již prý kapacita státního donucení nezbyla.

5. Dochází i k tomu, že veřejnoprávní zásahy se uskutečňují nikoliv z úřední povinnosti, ale na základě podnětů jednotlivých soukromých subjektů. V záležitostech, které se dotýkají soutěžních vztahů, jsou takové případy zvlášť časté. Veřejnoprávní postih se vlastně stává postihem soukromoprávním – státní orgán jedná v zájmu subjektů soukromého práva, podstupuje za ně náhamu spojenou s obstaráním důkazů a šetří jim náklady na soudní poplatky.

6. Všechna rizika, o nichž jsme právě uvažovali, jsou zesilována tehdy, když se veřejnoprávní regulace týká tvořivých aktivit, k jakým nesporně patří reklama.

Lidská nápaditost tu přichází s neustále novými způsoby chování, které nelze předvídat v jejich konkrétní podobě. Právo na ně může pamatovat jen pomocí značně obecných a neurčitých právních pojmů. Ty pak zpravidla vyvolávají výkladové rozpory, nejistotu ohledně dovoleného či zakázaného chování a možnost arbitrárního hodnocení ze strany státních orgánů.

### DOSAHI ZÁKONA O REKLAMĚ

1. Okruh záležitostí, na něž se zákon o reklamě vztahuje, určuje již jeho § 1, kde je – pro účely tohoto zákona – podána definice reklamy. Rozumí se jí přesvědčovací proces, kterým jsou hledání uživatelé zboží, služeb nebo jiných

výkonů či hodnot prostřednictvím komunikačních médií. Poukaz na „jiné hodnoty“ naznačuje, že z dosahu zákona není vyloučeno ono propagační působení, které jsme označili za „social advertising“. V praxi se objevily otázky, zda se zákon vztahuje i na reklamu politických stran, zejména reklamu předvolební. Odpověď tu byla negativní, opírala se však spíše o hledisko pragmatické, než o sám text zákona o reklamy. Při dosud běžném pojetí předvolební kampaně by bylo těžké dostat některým požadavkům z § 2 odst. 2 zákona o reklamě (zákaz nepravdivých údajů či údajů snižujících lidskou důstojnost a využívajících motiv strachu). Pokud by snad orgány dozoru (mj. jednotlivé živnostenské úřady) zasáhly proti předvolební reklamě některé politické strany, daly by se s jistotou očekávat značné komplikace i výtky z politického ovlivnění.

Příští znění zákona o reklamě by mělo v této věci obsahovat úpravu jednoznačnou, obohatit pozitivní vymezení reklamy „pro účely zákona“ i vymezením negativním, v němž by byla zmíněna předvolební reklama.

2. Rozumné zúžení dosahu zákona o reklamě přináší jeho § 1 odst. 1 tím, že vymezuje reklamu jako „přesvědčovací proces“. Z dosahu zákona tak vylučuje například pouhé „označení místa prodeje“. Pomáhá řešit sporné otázky, které se v této souvislosti vyskytly; formulace o přesvědčovacím procesu by měla být zachována i do budoucna, pokud se nepodaří nalézt nějaké vyjádření ještě přesvědčivější.

3. Zákon o reklamě neuvádí jako její definiční znak úplatnost. Odlišuje se tak mj. od zákona č. 468/1991 Sb. ve znění pozdějších předpisů o provozování rozhlasového a televizního vysílání, který ve svém § 2 odst. 1 písm. e reklamou rozumí (opět jen pro účely daného zákona) „jakékoliv veřejné oznámení určené k podpoře prodeje nebo k dosažení jiného účinku sledovaného zadavatelem reklamy, jemuž byl vysílací čas poskytnut za úplatu nebo jinou protihodnotu“.

Důsledkem tohoto rozdílného pojetí je například skutečnost, že „sebepropagace“ provozovaná televizí na vlastní programy příštích dnů není reklamou ve smyslu zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání. Podle zákona o regulaci reklamy bychom ji však měli za reklamu považovat. Již tento dílčí příklad podněcuje k úvaze, zda by nemělo být sjednoceno vymezení reklamy tak, jak se objevuje v různých právních normách.

4. Zmíněná definice reklamy hovoří o přesvědčovacím procesu, který se uskutečňuje „prostřednictvím komunikačních médií“; ta jsou pak vymezena v § 1 odst. 2 zákona o reklamě. Jde o určení značně široké, když komunikačními médii (pro účely daného zákona) se rozumí televize, rozhlas, nosiče audiovizuálních děl, peri-

odický tisk a neperiodické publikace, dopravní prostředky, plakáty a letáky, jakož i další „komunikační prostředky umožňující přenos informací“ (zdůraznil P.H.).

Podle teorií, zabývajících se lidskou komunikací a informacemi, může být ovšem komunikačním prostředkem a nosičem informací prakticky vše. Pak by za reklamu mohl být považován i pouhý obchodní dopis, neboť i on mnohdy představuje přesvědčovací proces, kterým jsou hledání uživatelé zboží, služeb, výkonů. Bylo by tu možné se například inspirovat slovenským zákonem o reklamě (zákon Národnej rady Slovenskej republiky č. 220/96 z 2.7.1996 o reklame – dále jen „slovenský zákon o reklamě“), který při definování reklamy používá pojem **veřejná informace**<sup>4</sup>.

## OBEČNÁ REKLAMNÍ OMEZENÍ

1. Zákon o reklamě obsahuje – oproti původním představám – nejen ustanovení týkající se „citlivých“ komodit a „citlivých“ subjektů (viz dále), ale i obecnou úpravu, která vymezuje a omezuje obsah reklamního poselství<sup>5</sup>. Je obsažena v § 2 odst. 2 zákona o reklamě, podle něhož reklama nesmí obsahovat nepravdivé údaje. Nejedná se o formulaci příliš šťastnou, jak zjistíme prostřednictvím jejího srovnání se zákazem klamavé reklamy v § 45 ObchZ. K samé podstatě reklamy patří možnost obvyklého přehánění, které sice není pravdivé, ale není zároveň schopné spotřebitele oklamat (například výrobce dětské kosmetiky přesvědčuje spotřebitele, že „Jenom maminky a firma „Taata“ rozumějí dětem nejlépe“). Běžné reklamní přehánění je nezávadné z hlediska soutěžního práva a není rovněž důvod k tomu, aby proti němu zasahovala státní moc.

Na druhé straně se někdy v reklamě operuje s údaji, které – řečeno s § 45 odst. 3 ObchZ – jsou sice samy o sobě pravdivé, ale vzhledem k souvislostem a okolnostem, za nichž byly učiněny mohou uvést v omyl. Takové demagogické počínání bývá většinou nebezpečnější, než očividná nepravda; i ono lze charakterizovat výrazem „klamavá reklama“.

Lepší, i když ne zcela uspokojující řešení, nacházíme v § 3 odst. 4 slovenského zákona o reklamě, kde je obsažen mj. zákaz reklamy klamavé a odkaz na § 45 ObchZ.

S ohledem na naše výchozí úvahy o veřejnoprávní regulaci se ovšem domní-

<sup>4</sup> komplexní výklad slovenského zákona o reklamě viz u Vozár, J.: Reklama a právo, Veda Bratislava, 1997, str. 81 a násl.

<sup>5</sup> podrobněji viz Hajn, P.: Zákon o reklamě a jeho obecná ustanovení, Právní praxe v podnikání č. 7–8/95, str. 1 a násl.

váme, že zákaz klamavé reklamy by jednak v soutěžním právu a jednak v normě veřejného práva neměl mít stejný rozsah i dosah. Postihovat kteroukoliv klamavou reklamu (i tu jen mírně klamavou) by zřejmě bylo nad síly státních orgánů. Snad by se dalo uvažovat s formulací zakazující reklamy obsahující hrubší formy klamání či dotýkající se širších vrstev spotřebitelů. S takovými obecnými formulacemi ovšem správní orgány nerady pracují.

2. Právě uvedená myšlenka se vztahuje na formulaci v § 2 odst. 2 zákona o reklamě, podle níž nesmí reklama obsahovat „prvky, které by byly v rozporu s dobrými mravy“, přičemž následující výčet takových prvků má demonstrativní povahu (prvky urážející národnostní nebo náboženské cítění, ohrožující obecně nepřijatelným způsobem mravnost nebo propagující násilí, prvky snižující lidskou důstojnost nebo využívající motiv strachu).

Praxe si již od počátku nevěděla příliš rady s pojmem „dobré mravy“, vyskytující se v úvodu této úpravy, neboť v jejím dalším textu se hovoří o mravnosti. První interpretátoři zákona (a patřil k nim i autor této práce) doporučovali vykládat tento výraz stejně jako „dobré mravy soutěže“, s nimiž operuje § 44 odst. 1 ObchZ.

Důsledně domyšleno by pak dosah veřejnoprávní úpravy reklamy byl stejný – pokud se týká reklamního působení – jako dosah úpravy soukromoprávní. Zřejmě bychom se setkali (a tendence k tomu se objevují) se snahou používat prostředky veřejného práva k tomu, aby byly řešeny soukromé soutěžní střety. Také kompetence správních orgánů by byla ve věcech reklamy příliš široká.

Demonstrativní výčet prvků, která jsou zejména v rozporu s dobrými mravy naznačuje, jaké případné další prvky by měly být řazeny pod pojem reklamních dobrých mravů. Ty by měly být pojímány poměrně úzce a měly by se dotýkat významných veřejných zájmů.

Nabízí se i řešení, které použil slovenský zákon o reklamě ve svém § 3 odst. 3 až 5, kde se operuje se širším taxativním výčtem reklamních omezení. Možné výkladové střety tím ovšem vyloučeny nejsou, když se používají značně vágní pojmy a zakazuje se například propagace vulgárnosti či propagace sexuality zobrazením sexuálních stimulů, nahoty nebo částečné nahoty lidského těla neslušným způsobem.

Zužující formulaci obsahuje § 2 odst. 2 zákona o reklamě, když mluví o ohrožení mravnosti **obecně nepřijatelným způsobem**. Takové či jemu podobné znění by se mohlo vztahovat na celý demonstrativní výčet těch obecnějších motivů, které by v reklamě měly být zapovězeny.

Ať však – v rámci obecných reklamních restrikcí – zvolíme úpravu demonstra-

tivní či taxativní, stručnější či podrobnější, vždy nakonec dospějeme ke značně abstraktním pravidlům. Půjde o úpravu „judiciálního typu“, která bude ve značné míře dotvářena rozhodovací praxí a bude klást na úsudek a samostatné myšlení státních úředníků poměrně vysoké nároky.

3. Předchozí úvahy platí i pro zákaz reklamy založené na podprahovém vnímání člověka a reklamy skryté (§ 2 odst. 4 zákona o reklamě). Je sporné, zda by rozhodovací praxi pomohlo bližší vymezení těchto pojmů. Slovenský zákon o reklamě se o to pokouší v § 2 odst. 1 písm d/ a e/. S menším zdarem to činí u skryté reklamy. Tou rozumí reklamu, která není jako reklama označená, ale je rozeznatelná od ostatního obsahu šířené informace. (Nejrafinovanější skryté reklamy se ovšem „tváří“ jako žurnalistické žánry a jsou od nich právě obtížně rozeznatelné.) Podprahové vnímání je ve slovenském zákoně o reklamě charakterizováno jako „smyslové vnímání, které ovlivňuje paměť člověka, aniž by si to uvědomil“. To je definice ve své obecnosti správná, i ona si však zaslouží podrobnější vysvětlení, které může podat odborná literatura a o ni se opírající rozhodovací praxe<sup>6</sup>.

4. Snaha o co největší přesnost normativního textu může vést k důsledkům zcela paradoxním. Názorně to lze demonstrovat na § 2 odst 3 zákona o reklamě, kde se zakazují „reklamy určené osobám do 15 let nebo v nichž vystupují osoby mladší 15 let, pokud podporují chování ohrožující jejich zdraví, psychický nebo morální vývoj“. Původní návrh zákona tu hovořil o dětech. V parlamentní rozpravě vystoupila poslankyně Röschová s připomínkou, že z hlediska práva (například dědického) jsme dětmi všichni, byť je nám třeba sedmdesát let; navrhla a prosadila – s cílem zabránit případným nejasnostem – nahradit v textu slovo „děti“ výrazem „osoby do 15 let“<sup>7</sup>. Text je nyní nepochybný, potvrzuje však jen poznatek o tom, jak necitlivé dovedou být přesně vymezené věkové hranice. Těžko totiž rozlišit reklamu pro osoby, jimž chybí několik dnů do patnácti let a reklamu pro osoby, jež tuto věkovou hranici právě překročily. Požadavek zákona se dá také snadno obcházet tím, že v reklamě vystupuje osoba nepatrně starší 15 let, svým vzhledem však připomínající osobu třináctiletou.

S podobným problémem se setkáváme v § 3 odst. 2 písm. a/ i v § 4 písm. a/ zákona o reklamě, podle nichž reklama na tabákové výrobky resp. alkoholické nápoje nesmí „být zaměřena na nezletilé osoby, zejména užitím prvků, prostředků či akcí, které jsou takovým osobám převážně určené, a nesmí v ní být využito nezletilé osoby“.

<sup>6</sup> Hajn, P.: Skrytá reklama, Právní praxe v podnikání č. 5/1994, str. 6–11.

<sup>7</sup> Parlamentní zpravodaj 2/95, str. 72; z tohoto pramene jsou čerpány i další poznatky o parlamentní projednání zákona o reklamě.

Hravě agresivní či agresivně hravé reklamní agentury pak využívají každou příležitost, aby obcházel účel zákona a testovaly bystrost státních úředníků a jejich schopnost samostatně uvažovat i rozhodovat.

## REKLAMA NA „CITLIVÉ KOMODITY“

1. Nejcitlivější z komodit, na něž pamatuje zákon o reklamě, jsou tabákové výrobky. Regulace jejich reklamy vyvolávala obtíže již při přípravě zákona a jeho projednání v parlamentě. Výsledný text pak dost pochopitelně vyvolává interpretační spory. Jejich zdrojem je zejména ust. § 3 odst. 2 písm. b/ zákona o reklamě, podle něhož reklama tabákových výrobků „nesmí nabádat ke kouření; o nabádání se nejedná tehdy, když se v reklamě použije pouze logo, obchodní jméno nebo ochranná známka výrobce tabákových výrobků.“

Gramatický výklad tohoto ustanovení by mohl vést k závěru, že reklama na tabákové výrobky operující s čímkoliv jiným než je logo, obchodní jméno nebo ochranná známka výrobce tabákových výrobků je nabádáním ke kouření a proto je nepřijatelná. Okamžitě se ovšem objevily návrhy, aby si tabákové firmy nechaly registrovat například jednoduché slogany jako ochranné známky a obešly tak zákaz vyplývající z zákona.

Praxe si pak pomohla tím, že rozlišuje mezi zakázaným **nabádáním** ke kouření (přesvědčováním o výhodách kouření jako takového) a **nabídkou** těch či oněch druhů tabákových výrobků, která je dovolená, protože je v zásadě dovolena reklama tabákových výrobků. Při posuzování jednotlivých reklam se ovšem ukazuje, jak relativní je rozdíl mezi nabídkou tabákového výrobku a nepřímým přesvědčováním o výhodách kouření. Sporná je například otázka, zda tak zvaná „cigareta v akci“ (zapálená cigareta) je pouhou nabídkou určitého kuřiva či již nabádáním ke kouření. Příští znění zákona bude muset vycházet z jasnější představy o tom, zda vůbec, resp. při jakých příležitostech a v jaké podobě povolit reklamu tabákových výrobků. Každá úprava tu však bude působit obtíže, pokud v jejím základu nalezneme schizofrenní postoj státu – snahu bojovat (ze zdravotních důvodů) proti tabakismu a zároveň snahu nepřijít o příjmy státního rozpočtu, jejichž zdrojem je výroba a konzum tabákových výrobků. Zákon pak bude postupem podle starořímské zásady „ut aliquid fieri videatur“ („aby se zdálo, že se něco dělá“), když stát dovolí jak šíření určitých výrobků (mimo jiné s ohledem na neblahé důsledky

prohibičního zákonodárství) tak i jejich reklamu, zároveň však dá demonstrativně najevo, že s oběma tak docela nesouhlasí.

2. Právě zmíněný demonstrativní postoj se projevuje i v povinném zdravotnickém varování. Podle § 3 odst. 3 zákona o reklamě „reklama tabákových výrobků musí obsahovat zřetelný text velkým černým písmem na bílém podkladě, zdravotní varování variabilního znění: „Ministr zdravotnictví varuje: kouření způsobuje rakovinu; kouření způsobuje srdeční onemocnění; kouření způsobuje předčasnou úmrtnost; kouření v těhotenství ohrožuje zdraví plodu; nedobrovolné kouření ohrožuje zdraví“, a to v rozsahu nejméně deset procent plochy reklamy.“

Toto ustanovení je zejména legislativně neobratné. Text „ministr zdravotnictví varuje“ musí být uveden v každé reklamě; nedá se proto o něm hovořit jako o variabilním znění.

Formulace „nedobrovolné kouření ohrožuje zdraví“ není příliš srozumitelná a mohla by být dokonce interpretována tak, že dobrovolné kouření zdraví neohrožuje. (Rozumnější i jasnější text by zněl „I pasivní kuřáctví ohrožuje zdraví“).

Pokud jde o plošný rozsah varování, vyskytly se názory, že deset procent celkové reklamní plochy musí zaujímat sám varovný text (jeho jednotlivá písmena), nikoliv ona bílá plocha, na níž je zřetelný text umístěn. Odhlédneme-li od technických potíží, s nimiž by bylo spojeno měření plochy zaujaté písmeny, musíme přiznat, že znění zákona by umožňovalo i takových výklad. Není také zřejmé, kde má být bílý podklad umístěn a objevily se pokusy (pravda ojedinelé) zařadit jej na billboardu šikmo či různě lomený. Rozumný interpretátor tu však dospěje k závěru, že takto by nebyl splněn požadavek zřetelnosti textu. Tento požadavek operující s nepřítisť určitými pojmy (zřetelný text, velká písmena) vyvolává potíže a pokusy formálně respektovat zákon a obejít jeho smysl (písmena typu „rozsypaný čaj“, málo tučná sazba a pod.). Rozhodovací praxe dospěla k závěru, že text varování by měl být stejně výrazný a snadno čitelný jako je hlavní reklamní poselství.

Zadavatelé reklamy i agentury se také pokoušejí o hrátky se státní mocí a bagatelizaci zdravotního varování například tím, že k reklamnímu motivu drsných zálesáků připojují text: „kouření v těhotenství ohrožuje zdraví plodu“. Nelze tu dospět k závěru, že text zákona byl porušeno; jinak se věci mají se smyslem zákona.

Podobným pokusům se do budoucna nevyhneme, ať je text zákona formulován sebevistižněji. Státní úředníci budou opět muset uvažovat „soudcovským způsobem“ a postihovat i pokusy o obcházení zákona. Jisté účinky si lze slíbit i od regulace soukromoprávní, pokud by se subjekty poslušnější znění zákona nemiřovaly s tím, že subjekty jiné poutají pozornost ke svým výrobkům (a získávají tak soutěžní předstih) tím, že zákon porušují. Nedá se ovšem vyloučit existence zvláštního druhu „kartelových dohod“ spočívajících na dohodě nebo tichém sro-

zumění o tom, že porušování veřejnoprávní normy o reklamě bude ve vzájemných soutěžních vztazích trpěno<sup>8</sup>.

3. Některé právě zmíněné problémy (byť v mnohem méně vyhocené podobě) vyvolává § 4 písm. b/ zákona o reklamě, podle kterého reklama alkoholických nápojů nesmí „nabádat k nemírnému či jinak škodlivému užívání alkoholických nápojů“.

V praxi se pak objevily diskuse o tom, zda reklama na pivo operující se sloganem „jedno denně je málo“ porušuje zákon. Podobné pochybnosti vyvolala i reklama, kde se vyskytovala dvojice s bednou sektu na břehu mořském; prý tu nebylo jasné, jak dlouho ona dvojice hodlá u moře pobývat. Většinou však reklamy na alkoholické nápoje zdůrazňují jejich chuťové vlastnosti i vytříbenost požitku a nepříčí se tak zmíněnému znění zákona o reklamě.

Dle našeho názoru není potřebné reklamu alkoholických nápojů opatřovat zdravotnickým varováním, které by – jako například ve Francii – doporučovalo umírněnou konzumaci. Právě francouzské zkušenosti ukazují, že výchovný význam takto pojetého varování je nepatrný a to naopak může být podnětem k žertování.

4. Celou řadu sporných otázek vyvolává § 5 zákona o reklamě na léčivé přípravky a prostředky zdravotnické techniky<sup>9</sup>. Platí to především o požadavku, aby reklama obsahovala informaci nezbytnou pro správné užívání léčiva nebo zdravotnického přípravku (§ 5 odst. 3 písm. b/ zákona o reklamě). Tato informace může být natolik rozsáhlá, že se dá těžko umístit do některých typů reklamy. Navíc záměr sledovaný tímto ustanovením je kryt v § 5 odst. 3 písm. c/ zákona o reklamě, podle něhož reklama musí obsahovat výzvu k přečtení příbalové informace a instrukce na obalech léčivých přípravků a prostředků zdravotnické techniky.

5. Málo srozumitelný je i motiv, který vedl k zákazu reklamy na „léčivé přípravky, z jejichž nabídky lze odvodit hromadný výskyt závažných přenosných onemocnění“. Přenosným onemocněním, které může mít závažné důsledky, jsou i nemoci horních cest dýchacích. Proti těmto nemocem jsou běžně aplikovány i léčivé přípravky, které nejsou vázány na lékařský předpis a u nichž je reklama zásadně povolena.

6. Podle § 5 odst. 2 zákona o reklamě nesmí být prostřednictvím reklamy vyvolán dojem, že pouhým užíváním léčivého přípravku nebo prostředku zdravotnické

<sup>8</sup> k problematice kartelových dohod viz Bejček, J. Existenci ochrana konkurence, MU Brno, 1996, str. 203 a násl.

<sup>9</sup> Podrobněji viz Hajn, P., Hajnová R.: Reklama na léčivé přípravky a prostředky zdravotnické techniky, Právní rozhledy, 6/95, str. 226–229.

techniky lze ovlivnit zdravotní stav. Prostředků (zejména preventivních) k ovlivnění zdravotního stavu je celá řada; účelem reklamy na léčiva ovšem nemůže být provádění komplexně pojaté zdravotnické osvěty. Sdělení opakující abstraktní text zákona by přinášelo jen nepatrný užitek.

7. V reklamě také nesmějí vystupovat osoby, které vzhledem ke svým funkcím mohou ovlivnit spotřebu léčivých přípravků nebo prostředků zdravotnické techniky (§ 5 odst. 5 zákona o reklamě). Není zcela jasné, zda toto ustanovení má na mysli funkcionáře ministerstva zdravotnictví odpovědné za lékovou politiku, představitele lékařských komory (ti z komory stomatologické v reklamě na zubní pasty vystupovali) a jiných odborných lékařských společností, významné vědce v lékařských disciplínách, lékaře z terénu.

8. Rozsáhlou diskusi v odborné literatuře vyvolalo ust. § 5 odst. 4 písm. a/ zákona o reklamě, podle něhož se reklama na léčivé přípravky a prostředky zdravotnické techniky smí (kromě některých jiných, výslovně uvedených případů) provádět pouze prostřednictvím hromadných sdělovacích prostředků. Poznámka pod čarou k tomuto ustanovení se odvolává na zákon č. 81/1966 Sb. o periodickém tisku a o ostatních hromadných informačních prostředcích, ve znění pozdějších předpisů; podle tohoto zákona „hromadnými informačními prostředky jsou vedle periodického tisku agenturní zpravodajství, zpravodajské a ostatní publicistické části rozhlasového a televizního vysílání a zpravodajský film...“.

Přitom ovšem podle § 6a odst. 3 zák. č. 468/91 Sb. o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů se zakazuje, aby zpravodajské pořady byly přerušovány reklamou a také zařazování reklamy do publicistických pořadů je dovoleno ve velmi omezené míře. Z dalších ustanovení zákona o reklamě je však zřejmé, že s existencí televizní a rozhlasové reklamy na léčivé přípravky a prostředky zdravotnické techniky v rozhlase a televizi počítá.

Východisko ze slepé uličky, která vznikla v důsledku zřejmého legislativního lapsu, by mohl přinést návrh, aby reklama na léčivé přípravky a prostředky zdravotnické techniky byla v rozhlase a televizi přípustná, pokud k ní dochází v časové souvislosti se zpravodajskou a ostatní publicistickou částí rozhlasového a televizního vysílání. Přípravě úpravy příští musí předcházet rozhodnutí, zda má či nemá být dovolena televizní reklama na léčivé přípravky a prostředky zdravotnické techniky a zda jsou nutná nějaká omezení, pokud jde o řazení této reklamy (lze si představit její zákaz souvislosti s filmy se zdravotnickou tematikou). Podle tohoto rozhodnutí lze pak volit vlastní zákonná řešení a takovou jejich formulaci, která by vyvolávala méně sporných otázek než dosud.

9. V parlamentní rozpravě k návrhu zákona o reklamě navrhoval poslanec Ben-



da, aby z textu zákona byl vypuštěn jeho § 6, zakazující reklamy zbraní a střeliva, s výjimkou zbraní a střeliva určených pro lovecké nebo sportovní účely a zbraní historických. Návrh přijat nebyl, nelze mu však upřít jistou racionalitu. Současný text zákona nepostihuje některé zbraně, které jsou stejně nebezpečné jako zbraně výslovně v zákoně uvedené (kuše), naopak by mohl komplikovat prodejní činnost subjektům, které vyrábějí zbraně a střelivo pro vojenské účely a potřebují odběratele informovat o své obchodní nabídce a získávat je pro ni.

10. Okruh citlivých komodit, jejichž reklama podléhá výslovné veřejnoprávní regulaci, by měl být zřejmě rozšířen o peněžní, pojišťovací a tomu podobné služby. Reklama právě v této oblasti často klame široké vrstvy obyvatelstva a důsledkem zklamání jsou nežádoucí politické reakce. I v této oblasti by sice bylo možné uplatnit § 2 odst. 2 zákona o reklamě, varovné poselství obsažené v normě speciální bude mít však vyšší naléhavost. Dá se také počítat s častější aplikací konkrétní skutkové podstaty.

### DOZOR NAD DODRŽOVÁNÍM ZÁKONA

1. Orgány dozoru nad dodržováním zákona o reklamě uvádí tento zákon ve svém § 7. Jsou jimi:

- a) Rada České republiky pro rozhlasové a televizní vysílání, pokud jde o reklamu rozšiřovanou v rozhlasovém a televizním vysílání s výjimkou reklamy na léčivé přípravky a prostředky zdravotnické techniky;
- b) Ministerstvo zdravotnictví pro reklamu na léčivé přípravky a prostředky zdravotnické techniky;
- c) okresní živnostenské úřady příslušné podle toho, kdo rozšiřuje reklamy v ostatních případech (dále jen „orgán dozoru“).

Podotkněme především, že kompetence živnostenských úřadů jakožto orgánů dozoru se týká všech subjektů, které lze označit za šířitele reklamy (viz dále), i když jinak živnostenský úřad ve věcech jejich působení kompetenci nemá. Úspěch v dozorové činnosti velmi závisí na tom, jak je pro ni orgán dozoru personálně vybaven. Rozhoduje nejen kvantita pracovníků, ale též jejich schopnost vykládat i aplikovat úpravu, na jejíž úskalí jsme poukázali. Důležitá je i faktická možnost monitorovat všechny reklamy v působnosti daného orgánu; tato možnost je nejvíce reálná u Ra-

dy České republiky pro rozhlasové a televizní vysílání, nekomplikovanější naopak u Ministerstva zdravotnictví

2. Sankci podle § 8 odst. 1 zákona o reklamě lze uložit tomu, kdo rozšiřuje reklamu v rozporu s tímto zákonem. Takový šířitel v zákoně definován není; kdybychom chápali zákonný text doslovně, mohli bychom za šířitele reklamy pokládat například každého, kdo obdržel v obchodě odnosem tašku se závadnou reklamou a s touto taškou prochází městem.

Při stejném přístupu bychom naopak dospěli k závěru, že šířitelem reklamy není ten subjekt, který si ji objednal a jehož zájmům slouží. Rozhodně bychom museli za šířitele reklamy považovat media a billboardové agentury, i když v některých případech nemohli jejich pracovníci závadný obsah reklamy (například její nepravdivost) zjistit. Sankci by pak často podléhali nevinní a naopak by jí unikli skuteční viníci. Praxe proto dospívá k závěru, že šířitelem reklamy je v každém případě ten, pro něhož je šířena (zadavatel) a podle okolností i reklamní agentury a vlastníci komunikačních prostředků, v nichž je šířena. Pro příště by však bylo potřebné přesněji určit, kdo a za jakých okolností za závadný obsah reklamy odpovídá.

3. Sankcí podle § 8 odst. 1 zákona o reklamě je pokuta do výše 2 000 000 korun (spodní hranice stanovena není), kterou orgán dozoru uloží podle závažnosti porušení povinnosti a rozsahu způsobené škody, a to i opakovaně. V případě nedovolené podprahové reklamy může pokuta činit 5 000 000 korun, přičemž v tomto případě je stanovena spodní hranice ve výši 2 000 000,- korun. Z textu zákona vyplývá, že pokuta musí být uložena při každém porušení povinnosti, které orgán dozoru zjistil; pokutu lze ovšem uložit do jednoho roku ode dne, kdy orgán dozoru zjistil porušení zákona, nejdéle však do tří let ode dne, kdy k porušení zákona došlo. Rozsahů sankčních možností resp. sankční povinnosti ani zdaleka neodpovídá rozsah sankcí skutečně uložených. Dochází k výběrovému ukládání sankcí se všemi negativními důsledky, o nichž jsme výše psali. Přitom reklama je veřejně prezentována, a orgány dozoru by měly zjistit její rozpor se zákonem. Poněkud nelogicky působí i okolnost, že pokuta uložena vždy být musí, zatímco ukončení závadné reklamy v přiměřených lhůtách nařízeno být může (§ 8 odst. 1 poslední věta zákona o reklamě).

4. Ke kuriozitám zákona o reklamě konečně patří jeho ustanovení § 8 odst. 4, podle kterého „orgán dozoru si může vyžádat odborná stanoviska od příslušných orgánů státní správy a profesních sdružení, která působí v reklamě“. Původní návrh zákona dokonce uváděl, že taková odborná stanoviska být vyžádána musí; ke změně došlo až při projednání v parlamentu na návrh poslankyně Röschové.



Zákon o reklamě nespécifikuje, čeho se mají týkat vyžadovaná odborná stanoviska a co rozumět profesními sdruženími, která působí v oblasti reklamy.

V praxi jsou taková stanoviska vyžadována od Rady pro reklamu a většinou spočívají ve výkladu práva. Jde o počínání jak pochopitelné (vzhledem k četným zmiňovaným nejasnostem zákona) tak sporné. Právní názor by si měl rozhodující orgán vytvořit vždy sám, stanoviska profesních sdružení působících v reklamě by snad mohla napomáhat při identifikaci šířitelů reklamy, objasňovat některé uzance v reklamní branži, informovat o přístupu k dané reklamě z hlediska etických pravidel reklamy.

\* \* \*

Sebepřesnější znění zákona o reklamě nezbaví orgány dozoru následující otázky: Jak postupovat, aby veřejnoprávní zásah proti závadné reklamě nezjednal této reklamě mimořádnou publicitu ve sdělovacích prostředcích a neodpovídal tak očekáváním a zájmům šířitelů této reklamy? Být „profesionálním ukřivděným“ patří totiž k taktice soutěžního chování (ať již se jedná o soutěž například volební nebo komerční) a k taktice lidského chování vůbec.

## SUMMARY

### Regulation of advertising by means of public and private law

As the character of advertising is essentially public it is no wonder that advertising appeals to vast strata of population. It can affect various substantial social values and this influence is not restricted only to the economic ones. Therefore the purity of advertising cannot be guaranteed by the „invisible hand of market“ only, and some sort of regulation by means of public law is necessary. Suggested legal adjustments must be carried out in such a way that will make socially harmful advertising subjected to possible recourse. The norm of public law should not serve as a tool for solving cases of individual rivals' competitions. The article attempts to clear the question of to what extent the Czech Law of Advertising Regulation (law no. 40/95 of the Collection of Laws) meets the demands set forth above. There have also been suggested such changes in this Law that make it more precise and clear. In the same time, the author mentions dangers unavoidable in cases when legal action by means of the public law is taken against advertising: in this situation the advertising may get massive publicity which then serves for the interests of those who distribute the undesirable advertising.