

Josef Kotásek*

ŘEKNI MÁMĚ... REKLAMA ZAMĚŘENÁ NA DĚTI V PRÁVNÍ ÚPRAVĚ NEKALÝCH OBCHODNÍCH PRAKTIK

Tell Your Mom... Advertising Targeted at Children
in the Regulation of Unfair Commercial Practices

Abstrakt

Příspěvek se zaměřuje na reklamu, jejímž adresátem jsou děti, a to v kontextu právní úpravy nekalých obchodních praktik. Směrnice o nekalých obchodních praktikách z roku 2005 předpokládá zákaz přímého nabádání dětí ke koupi produktu či k přesvědčování dospělých. Autor analyzuje zákaz přímého nabádání dětí (k vlastním nákupům či nátlaku na dospělé). S využitím zahraniční judikatury se pokouší o odpovědi na základní otázky regulace: Kdy je reklama zaměřena na děti? Jaké jsou podmínky jejího zákazu? Kdo je dítětem ve smyslu směrnice o nekalých obchodních praktikách? Jaký je rozdíl mezi přímým a nepřímým nabádáním?

Klíčová slova

Reklama; reklama zaměřená na děti; děti; předškolní děti; mladiství; nekalé obchodní praktiky; agresivní obchodní praktiky; průměrný spotřebitel; *pester power*; *nag factor*.

* Doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D., Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of Commercial Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: Josef.Kotasek@law.muni.cz / ORCID: 0000-0001-6792-3422 / Scopus ID: 57210131896

Autor je otcem čtyř dětí, a proto považuje za vhodné uvést, že hypotetické případy a události prezentované v příspěvku jsou smyšlené a nikdy se mu naštěstí nestaly. Jakákoli podobnost se skutečnými případy, osobami či jejich činy je tak čistě náhodná a autorem nebyla zamýšlena.

Abstract

The paper focuses on advertising targeting children under unfair commercial practices regulation. EU Directive on unfair commercial practices from 2005 prohibits a direct exhortation to children to buy advertised products or persuade their parents or other adults to buy advertised products for them. The author analyses the prohibition of direct exhortation of children (to make their own purchases or to pressure adults). Using foreign case law, he attempts to answer the basic questions of regulation: When is advertising directed at children? What are the conditions for its prohibition? Who is a child within the meaning of the Unfair Commercial Practices Directive? What is the difference between direct and indirect exhortation?

Keywords

Advertising; Advertising Targeted at Children; Children; Preschool; Juveniles; Unfair Commercial Practices; Aggressive Commercial Practices; Average Consumer; Pester Power; Nag Factor.

1 Úvod

Reklama vstupuje do našich životů s dechberoucí samozřejmostí a intenzitou. Pokud již máme to štěstí, že nás neoslovuje přímo ve formě adresných a personifikovaných sdělení, setkáme se s ní zcela jistě v podobě neselektivních kampaní šířených ve veřejném prostoru, na internetu či v televizi.

Průzkumy ze SRN ukazují, že v 80. letech spatřil průměrný spotřebitel za den asi 650 až 850 reklam. Po nástupu populárních soukromých televizních stanic na trh se tento počet do přelomu tisíciletí zčtyřnásobil. Zásadní změnu pak přineslo rozšíření internetu. Počet denně konzumovaných reklamních sdělení se díky němu (či spíše jeho vinou) prudce zvýšil a z aktuálních údajů plyne, že za den jsme konfrontováni s působením nejméně 10 000 reklam¹. Podobné údaje přicházejí z USA².

1 KOCH, T. Nie war die Botschaft so wertlos wie heute. *Wirtschaftswoche* [online]. 9. 10. 2018. Dostupné z: <https://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/werbesprech-nie-war-die-botschaft-so-wertlos-wie-heute/23163046.html>

2 SIMPSON, J. Finding brand succes in the digital world. *Forbes* [online]. 25. 8. 2017. Dostupné z: <https://www.forbes.com/sites/forbesagencycouncil/2017/08/25/finding-brand-success-in-the-digital-world/?sh=5ab60465626e>

Záplavě reklam jsou tak automaticky a od nejujtějšího věku vystaveny i děti, a to i když na ně nejsou dané kampaně vůbec cíleny. K této kolaterálně působící reklamě se pak od určitého věku děti přidávají sdělení adresovaná přímo jim. Průzkum společnosti Ogilvy ukazuje, že více než čtyřicet procent českých korporací nabízí produkty a služby i dětem nebo teenagerům a téměř třetina z nich má dokonce vyhrazený rozpočet pro komunikaci s dětmi³.

Důvod je nasnadě. Děti jsou ekonomicky zajímavou skupinou spotřebitelů s nemalou kupní silou, kterou vytváří kapesné rodičů a finanční dary prarodičů. Navíc je tato kupní síla z podstaty koncentrovaná – pomáhá jí relativně uzavřený okruh zboží, které děti samy kupují.

Z loňského průzkumu České bankovní asociace a agentury IPSOS⁴ plyne, že více než polovina rodičů dává svým dětem kapesné již v předškolním věku (u této věkové skupiny průměrně 100 korun měsíčně). Částka se pak podle očekávání zvedá se stoupajícím věkem dětí (u mladších žáků jde o 130 korun za měsíc, u starších cca 280 korun). Po skončení základní školní docházky dostávají děti do doby, než disponují vlastními příjmy, v průměru 480 korun. Zajímavý je i sortiment zboží, které si děti za kapesné kupují: podle očekávání značnou část tvoří sladkosti a podobné drobnosti (58 %), část jde na kosmetiku (12 %) nebo na nové počítačové či jiné videohry a jejich upgrade (11 %)^{5,6}.

Marketing zaměřený na děti navíc takticky kalkuluje s tím, že děti jsou nejenom spotřebitelé, ale také potenciální „motivátoři“ k pořízení určitého zboží („Pester Power“⁷, „Nag factor“⁷, „Quengelkraft“). Často velmi výrazně

3 Děti a reklama. *OGILVY & MATHER* [online]. Březen 2012, s. 4. Dostupné z: http://www.ogilvymather.cz/data/files/study/1456_studie_ogilvymather_deti%20a%20reklama.pdf

4 Výsledky jsou dostupné na stránkách České bankovní asociace z: <https://cbaonline.cz/deti-a-kapesne-2021>

5 Podobná statistika ze SRN je v detailnějším rozlišení dostupná z: <https://familienportal.de/familienportal/lebenslagen/kinder-jugendliche/taschengeld>, kde jsou publikovány výsledky šetření Německého institutu pro mládež (Deutsches Jugendinstitut).

6 Podrobnější údaje ze SRN jsou dostupné z: https://www.br-online.de/jugend/izi/deutsch/Grunddaten_Kinder_u_Medien.pdf (produktový přehled je dostupný na s. 8), případně z: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/746280/umfrage/beliebteste-ausgaben-des-taschengelds-bei-kindern/>

7 Johns Hopkins University Bloomberg School of Public Health. „The nag factor: How do children convince their parents to buy unhealthy foods?“ *ScienceDaily* [online]. 16. 8. 2011. Dostupné z: <http://www.sciencedaily.com/releases/2011/08/110815121519.htm>

ovlivňují nákupy rodičů i dalších dospělých. Jejich hlas bývá obvykle – doufám – vyslyšen při nákupu dárků k Vánocům nebo k narozeninám.

Pominout přitom nelze ani delší horizont: dnešní děti jsou z pohledu marketingu budoucí dospělí zákazníci. Reklamy, které uvidí v dětství, je mohou ovlivňovat i po několika dekádách⁸. Pokud se ve značkách děti začínají orientovat již ve věku čtyř let, lze *brand loyalty* budovat již od útlého věku⁹.

Není divu, že v žargonu expertů na marketing se to jen hemží výrazy jako *inbetweens* (skupina dětí mezi 8–12 lety) nebo *skippies* („*school kids with income and purchase power*“). Děti jsou adresátem sofistikovaných reklamních kampaní šitých na míru příslušné věkové skupině a využívajících motivů, které ji zvláště oslovují – např. zvolenými aktéry (hrdinové dětských pohádek, influenceri) či technickými prvky (animované reklamy, časté využívání záblesků světla, bohaté zvukové efekty, barevnost, vizuálně atraktivní motivy).

Přemíra reklamy, které jsou děti exponovány, sama o sobě nevedla zákonodárce k větší reakci. Regulace se spíše zaměřují na kvalitativní aspekty: řeší obsah reklamy adresované dětem, redukuje či zakazuje určitá sdělení a zapovídají určité marketingové postupy.

Kvantitativní limity jsou buď obecné, a tudíž neodráží specifika dětského světa (zákaz dotěrného obtěžování), resp. se sice uplatní přímo v souvislosti s ochranou dětí, ale ve velmi specifických oblastech (zákaz *product placement* v dětských pořadech¹⁰) anebo ryze situačně v těch (ojedinělých) soudních rozhodnutích, které reklamu reprobují z důvodů nadměrného množství.

⁸ Ke znepokojivé perseveraci v dětství shlednutých reklam blíže CONNELL, P. M. a kol. How Childhood Advertising Exposure Can Create Biased Product Evaluations That Persist into Adulthood. *Journal of Consumer Research*. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1086/675218>. Podle autorů má jejich výzkum „*important implications for managers and policy makers alike. On the one hand, the studies suggest that resources invested in child-oriented advertising provide benefits to the brand long after the audience has grown up. On the other hand, the results raise concerns about advertising products with potentially adverse health consequences. Thus, the findings of this research could add fuel to the debate over the consequences of advertising to children, because we demonstrate that such advertising can lead to effects that have the potential to affect judgment for years or perhaps even decades.*“

⁹ Volně dle MOORE, E. S. Children and the Changing World of Advertising. *Journal of Business Ethics* [online]. 2004, roč. 52, č. 2, s. 161 [cit. 2. 5. 2022]. DOI: <https://doi.org/10.1023/B:BUSI.0000035907.66617.f5>

¹⁰ Srov. § 53a zákona o rozhlasovém a televizním vysílání.

Výjimkou je v tomto směru např. agilnější úprava švédská, která paušálně zakazuje televizní reklamu adresovanou dětem mladším 12 let.¹¹ Podobný zákaz zavedlo Norsko, Quebec nebo Brazílie¹². Z těch situačních výjimek lze pak zmínit rakouský případ „Mitteilungshefte“ z roku 2014, kdy OGH zakázal jako agresivní obchodní praktiku šíření tiskoviny s reklamou ve školách zejména z důvodů kvantitativních (tj. kvůli přemíře reklamy v časopise určeném pro studenty a distribuovaném zdarma¹³).

2 Děti jako zvláště zranitelná skupina spotřebitelů

Děti představují zvláště zranitelnou skupinu spotřebitelů (tj. spotřebitelů, zranitelných z důvodu věku, fyzické či duševní slabosti nebo důvěřivosti)¹⁴.

Jsou více náchylné k sugesci, více podléhají manipulaci (nejen marketingové) a více také důvěřují autoritám (celebritám, adoraným influencerům), které jim doporučují určité zboží či služby. Hůře rozlišují mezi neutrálním nekomerčním sdělením a reklamou a nejsou s to vypořádat se s komplexnějšími informacemi; zpravidla se nedostávají k relevantním údajům o kupovaném produktu, resp. se po nich ani nepídí. Vliv na ně zacílené reklamy přitom překračuje propagační efekty ve prospěch nějakého výrobku a může mít i vážné

¹¹ Soudní dvůr EU konstatoval soulad této úpravy s evropským právem (pravidlo nekoliduje se zásadou volného pohybu zboží a služeb), srov. *De Agostini*, C-34/95, [1997] ECR I-3843.

¹² Srov. zprávu časopisu Economist dostupnou z: <http://graphics.eiu.com/upload/pp/EIU-Alana-Report-WEB-FINAL.pdf>

¹³ „Mitteilungshefte“ („oběžník“, doslova „sešit se sděleními“) jsou tiskovinou, kterou zdarma obdrželo téměř 120 tisíc studentů a učitelů vyšších odborných škol (Volkshochschulen). Vrchní zemský soud ve Vídni šíření tohoto materiálu mezi studenty a učiteli považoval za agresivní nekalou obchodní praktiku mj. z důvodů nepřiměřeného množství reklamy (poměr nebyl nijak dramatický: 19 stran sešitu obsahovalo krom „redakčního textu“ také reklamu, 41 stran bylo „čistých“, tj. bez reklamy). Krom dalšího hrálo ovšem roli, že koncept „sešitu“ se blížil učební pomůcce, takže ji část studentů mohla vnímat s autoritou, kterou sebou nesou učební pomůcky. Blíže k tomu <https://www.derstandard.at/story/2000008088103/gericht-verbietet-werbung-in-volksschulheften>, případně <https://www.diepresse.com/4594117/gericht-verbietet-werbung-in-volksschulheften>

¹⁴ Více k tomuto pojmu ÖNDREJOVÁ, D. *Zvláště zranitelní spotřebitelé jako osoby dotčené nekalými obchodními praktikami. Rekodifikace a praxe*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2016, roč. 4, č. 7–9, s. 11–18.

zdravotní konsekvence (osvojení nezdravých stravovacích návyků, vytvoření závislosti¹⁵), které se ve zvětšeném modelu přenášejí i do dospělosti¹⁶.

Dětská naivita a vyšší stupeň obecné důvěry k jakýmkoliv sdělením od dospělých (či „vrstevníků“ figurujících v reklamě) z nich činí snadnou kořist marketingové manipulace, což se zvláště týká dětí ve věku 7–8 let¹⁷. Děti do tohoto věku nejsou schopny rozeznat reklamu – a i když se jim to podaří, neznamená to ještě, že chápou její smysl a účel. Průzkumy ukazují, že přesvědčovací funkce reklam je schopna odhalit pouze polovina osmiletých dětí¹⁸.

Děti také více podléhají tlaku kolektivu a očekávání okolí. Negativní důsledky nonkoformity, včetně fyziologických projevů¹⁹, špatně snáší i dospělí, natož děti či nezletilí. Obzvláště účinné manipulace sociálním tlakem může být dosaženo pozitivní ukázkou „sociálních“ výhod pořízení produktu (*positive ad framing*) či ještě účinněji ukázkou negativních konsekvencí, které budou následovat po nezakoupení propagovaného produktu (*negative ad framing*)²⁰.

15 Vynikající zdroj informací o marketingu nezdravých potravin na internetu a v televizi v SRN představuje studie Tobiasse Effertze z Universität Hamburg „Kindermarketing für ungesunde Lebensmittel in Internet und TV“, která je dostupná v publikované projektové zprávě z roku 2021 z: <https://www.bwl.uni-hamburg.de/irdw/dokumente/kindermarketing2021effertzunihh.pdf>

16 To se zvláště týká dětí mladších 7–8 let. Jak uvádí zpráva American Psychological Association (WILCOX, B.L. et al. Report of the APA Task Force on Advertising and Children. *American psychological association* [online]. 20. 2. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1037/e539692009-001>. Dostupné z: <https://www.apa.org/pi/families/resources/advertising-children.pdf>): „Research indicates clearly that advertising exerts substantial influence on children's attitudes and behaviors, and these effects go well beyond moving product desire from one brand to another. More specifically the evidence points directly to one fundamental concern: that advertising targeting children below the ages of 7–8 years is inherently unfair because it capitalizes on younger children's inability to attribute persuasive intent to advertising. As a result of this limitation, children below this 7 age comprehend the information contained in television commercials uncritically, accepting most advertising claims and appeals as truthful, accurate, and unbiased. Until fairly recently, advertisers tended to view children in this age range as off limits as advertising targets, but industry practices have changed as new developments in media technology have facilitated greater degrees of agentic programming and related advertising.“

17 KALISTOVÁ, K. O vlivu televize na dětské diváky. In: *Šancedětem.cz: youtube kanál* [online]. Praha: Sirius, 5. 3. 2013 [cit. 18. 5. 2022]. ISSN 1805-8876. Dostupné z: http://www.youtube.com/watch?v=QRLd_9FwxA4

18 KUNKEL, D. Psychological Issues in the Increasing Commercialization of Childhood. Washington. *American Psychological Association*. 2004.

19 Viz ARONSON, E. *Tvor společenský*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 19.

20 Blíže CHANG, C. Ad framing effects for consumption products: An affect priming process. *Psychology and Marketing*. 2008, roč. 5, č. 1, s. 24 a násl. DOI: <https://doi.org/10.1002/mar.20199>

U dětí také absentuje (resp. se u nich teprve tvoří) tzv. *reaktance*²¹ – negativní sebeobraná reakce na manipulativní techniku, která u manipulovaného vyvolá pocit ztráty svobody a vede k tomu, že se adresát vůči danému sdělení aktivně vzepře. Reaktance tedy funguje jako reklamní *nocebo*. Buduje se ovšem postupně, na základě životních zkušeností, které zejména menší děti zatím nemohly získat.

To platí i pro schopnost potlačit míru pozornosti, kterou si jinak všudypřítomná záplava reklam vynucuje u svých diváků. Výzkum Vavříčkové²² potvrzuje předpoklad, že schopnost identifikovat reklamu se s přibývajícím věkem zdokonaluje. Tvůrci reklamy si ale relativně snadno získají pozornost mladších dětí; mj. také proto, že tato věková skupina zatím nemá vypěstovanou „reklamní slepotu“ (*Advertising Blindness, Werbeblindheit*), což je jeden ze způsobů, kterým čelíme všudypřítomnému reklamnímu smogu²³.

Na rozdíl od jiných skupin zvláště zranitelných spotřebitelů může zejména u malých dětí vyvstat otázka, zda není na místě volit různý přístup podle pohlaví dítěte. Mezi dětmi nejsou totiž jen rozdíly interindividuální, které pro normativní koncept průměrného (zvláště zranitelného) spotřebitele pochopitelně nemají, resp. nemohou mít význam.

Řada výzkumů z vývojové psychologie ukazuje také na signifikantní vývojové rozdíly mezi chlapci a dívkami. Dospělostí se tyto diference stírají, nicméně v raném věku jsou přeci jen zřetelnější. Např. dívky začínají mluvit dříve než chlapci a ještě ve věku 11–13 let dosahují lepších výsledků v testech verbálních schopností²⁴. Nepředpokládám však, že by tyto rozdíly hrály roli pro kvalifikaci reklamy jako nekalé obchodní praktiky, resp. při hodnocení reklamy obecně (z pohledu dalších předpisů soukromého či veřejného práva).

Vzhledem k relativně subtilním rozdílům bychom v rámci reklamy zaměřené na děti u normativního modelu neměli vytvářet další subkategorie v návaznosti na pohlaví či *gender* adresátů. Považuji za nevhodné, že by orgán dozoru zvolil stratifikaci dětské skupiny dle pohlaví a diskriminoval dívky

²¹ VYSEKALOVÁ, J. a kol. *Psychologie reklamy*, 4. vyd. Grada Publishing, 2012, s. 194.

²² VAVŘÍČKOVÁ, A. *Děti a reklama*. 1. vyd. Liberec: Bor, 2010.

²³ Viz v úvodu uvedenou statistiku průměrného počtu denně zhlédnutých reklam.

²⁴ LANGMEIER, J., KREJČÍŘOVÁ, D. *Vývojová psychologie*. 2., doplněné vyd. Praha: Grada, 2006 (dotisk 2008), s. 123.

tím, že by na ně kladl vyšší kognitivní a mentální nároky, protože jsou v průměru vyspělejší než chlapci stejného věku (zvýšená laťka by mohla ovlivnit např. posouzení reklamní nadsázky a reklamního přehánění).

3 Reklama zaměřená na děti a úprava nekalých obchodních praktik

České právo na nejmenší (a tím i nejzranitelnější) adresáty reklamy pamatuje v rámci více úprav. Explicitně tak činí ve třech předpisech – v rámci úpravy (agresivních) nekalých obchodních praktik v ZOS, v zákoně o regulaci reklamy a v zákoně o rozhlasovém a televizním vysílání.

V tomto příspěvku budu reklamu, která cílí na děti, analyzovat pouze v kontextu právní úpravy nekalých obchodních praktik upravených v ZOS. Předmětem mé analýzy tak nebude úprava v zákoně o regulaci reklamy a v zásadě (pokud to nebude vhodné z hlediska systemického výkladu) ani speciální úprava v ZRTV. Stranou také nechám případné civilněprávní konsekvence porušení ZOS²⁵ a úpravu nekalé soutěže²⁶.

Podle písm. e) Přílohy č. 2 ZOS jsou obchodní praktiky vždy považovány za agresivní (a tedy zakázané), pokud prodávající „prostřednictvím reklamy přímo nabádá děti, aby si nabízené výrobky nebo služby koupily nebo aby k jejich koupi přesvědčily dospělou osobu“. Ustanovení tedy zavádí do českého práva dva zákazy: zákaz přímo nabádat ke koupi a zákaz přímo nabádat k přesvědčování dospělých.

Písmeno e) do českého práva transponuje č. 28 Přílohy Směrnice o nekalých obchodních praktikách²⁷ (dále jen „Směrnice“), jež obsahuje zákaz „*zabíhání přímého nabádání určeného dětem, aby si inzerované produkty koupily nebo aby*

²⁵ Obecně platí, že porušení žádného ze zákazů nemá v zásadě vliv na obsah závazkového vztahu mezi spotřebitelem (dítětem) a podnikatelem.

²⁶ Nekalé obchodní praktiky v podstatě automaticky představují nekalou soutěž ve smyslu generální klauzule v § 2976 odst. 1 ObčZ, resp. podle tzv. soudcovské skutkové podstaty „porušení normy veřejného práva se soutěžním dopadem“. Blíže k tomu ONDREJOVÁ, D. Vztah právní úpravy nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik. *Obchodněprávní revue*. C. H. Beck, 2017, roč. 9, č. 6, s. 176–179.

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

*presvědčily své rodiče nebo jiné dospělé, aby jim je koupili. Tímto ustanovením není dotčen článek 16 směrnice 89/552/EHS o televizním vysílání.*²⁸

Geneze obou zákazů ukazuje, že text Směrnice představuje podstatné zosvětlení původního mírnějšího znění. Komisi navržená verze²⁹ předpokládala pouze zákaz „*advertising to children in a way which implies that their acceptance by their peers is dependent on their parents buying them a particular product*“. Za původní formulací³⁰ stála snaha předcházet manipulaci sociálním tlakem – tím, že by reklama dětem sugerovala, že jejich přijetí vrstevníky závisí od koupi určitého produktu rodiči.

Původně jasný (užší) záměr je ovšem novým zněním článku (nyní bod 28 Přílohy Směrnice) zatemněn – což je ale nutnou daní za to, že výchozí návrh byl málo ambiciózní, neboť kazuisticky bránil „jen“ manipulativnímu podsování „nutností“ pořídit určitý produkt, aby dítě obstálo v kolektivu.

Schválené znění Směrnice je podstatně expanzivnější: obecně zakazuje jakékoliv přímé nabádání dětí k nákupu a také výzvy k přesvědčování dospělých (tj. obvykle rodičů). Atribut sociálního tlaku jako předpoklad reprobace tedy chybí, což lze jen uvítat – paleta manipulativních technik, které míří na děti, je podstatně barevnější.

4 Směrnice o televizním vysílání – speciální úprava

Ne zcela jasný je vztah směrnice o nekalých obchodních praktikách a směrnice o televizním vysílání, která má obdobnou úpravu směřující k ochraně dětí. Tato otázka se odráží v rámci českého práva ve vztahu mezi úpravou v ZOS a ZRTV.

Bod 28 věta druhá Směrnice stanoví, že úprava v „televizní směrnici“ tímto ustanovením není dotčena (konkrétně je odkázáno na článek 16 směrnice 89/552/EHS o televizním vysílání).

²⁸ V anglickém znění příslušný bod takto: „*Including in an advertisement a direct exhortation to children to buy advertised products or persuade their parents or other adults to buy advertised products for them.*“

²⁹ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive).

³⁰ Bod 6 z původního katalogu agresivních nekalých obchodních praktik.

Obsoletní odkaz míří na již zrušenou směrnici, což ale nepředstavuje žádnou výkladovou obtíž. Čl. 16 směrnice o televizním vysílání³¹ byl totiž nahrazen obsahově identickým čl. 9 směrnice o audiovizuálních mediálních službách³², který v písm. e) stanoví, že audiovizuální obchodní sdělení nesmějí tělesně, psychicky nebo mravně ohrožovat nezletilé osoby; nesmějí přímo nabádat nezletilé osoby ke koupi nebo pronájmu produktu nebo služby a využívat k tomu jejich nezkušenosti nebo důvěřivosti, přímo nabádat nezletilé osoby, aby přesvědčovaly své rodiče nebo třetí osoby ke koupi propagovaného zboží nebo služby, využívat zvláštní důvěru, kterou mají nezletilé osoby k rodičům, svým učitelům nebo jiným osobám, ani bezdůvodně zobrazovat nezletilé osoby v nebezpečných situacích.

Tato předloha je u nás transponována v § 48 odst. 2 ZRTV³³: „*Obchodní sdělení nesmějí fyzicky nebo mravně ohrožovat děti a mladistvé tím, že a) přímo nabádají děti a mladistvé ke koupi nebo pronájmu určitého výrobku nebo služby s využitím jejich nezkušenosti nebo důvěřivosti, b) přímo nabádají děti a mladistvé, aby přemlouvali své rodiče nebo jiné osoby ke koupi nabízeného zboží nebo služeb, c) využívají zvláštní důvěru dětí a mladistvých ke svým rodičům, učitelům nebo k jiným osobám, nebo d) bezdůvodně ukazují děti a mladistvé v nebezpečných situacích.*“

Obě úpravy „dětské reklamy“ se sice obsahově blíží, sledují však v zásadě různé cíle: zatímco zákon na ochranu spotřebitele směřuje k ochraně ekonomických zájmů (dětí a pouze reflexně i jejich rodičů), ZRTV má za cíl ochranu zdravého vývoje dětí a mladistvých.

Podle jednoho z možných přístupů mají být obě úpravy aplikovány komplementárně³⁴. Z bodu 82 recitálu směrnice 2010/13/EU plyne, že „vedle

³¹ Směrnice Rady č. 89/552/EHS, o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání (tzv. Směrnice „Televize bez hranic“), novelizovaná v roce 1997 směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 97/36/ES.

³² Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2018/1808 ze dne 14. listopadu 2018, kterou se mění směrnice 2010/13/EU o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících poskytování audiovizuálních mediálních služeb (směrnice o audiovizuálních mediálních službách) s ohledem na měnící se situaci na trhu.

³³ A částečně, resp. duplicitně, také v rámci Zákona o regulaci reklamy. Ustanovení § 2a citovaného předpisu zní takto: „*Reklama nesmí, pokud jde o osoby mladší 18 let, a) podporovat chování ohrožující jejich zdraví, psychický nebo morální vývoj, b) využívat jejich zvláštní důvěry vůči jejich rodičům nebo zákonným zástupcům nebo jiným osobám, c) nevhodným způsobem je ukazovat v nebezpečných situacích.*“

³⁴ ALEXANDER, Ch. *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*. 3. vyd. 2020, § 3 odst. 3 písm. 28 (Werbeaufforderung an Kinder), marg. pozn. 8.

praktik, na které se vztahuje tato směrnice, se na nekalé obchodní praktiky, například klamavé a agresivní praktiky v audiovizuálních mediálních službách, použije směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005.“

Úpravu ve směrnici o audiovizuálních mediálních službách lze pak chápat jako typickou speciální úpravu, která bude mít aplikační přednost v oblasti audiovizuálních mediálních komunikací (zejména v oblasti rozhlasového a televizního vysílání).

Pro tento závěr se zdá svědčit nejen povaha věci (jde o úpravu ve zvláštním předpisu), ale také část bodu 10 recitálu směrnice o nekalých obchodních praktikách: „*Tato směrnice se proto použije, pouze pokud neexistují zvláštní právní předpisy. Společenství upravující konkrétní hlediska nekalých obchodních praktik, například požadavky na informovanost a pravidla upravující způsob předkládání informací spotřebiteli. Zajišťuje ochranu spotřebitelů tam, kde na úrovni Společenství neexistují žádné zvláštní odvětvové právní předpisy, a zakazuje obchodníkům vytvářet klamnou představu o povaze produktů.“*

Diskuse o vztahu obou úprav není bez významu. Český transpoziční předpis, tj. ZRTV, se jako odvětvový právní předpis na první pohled liší mírnější formulací zákazu reklamy³⁵ s výzvami k nákupu, zároveň je ale širší při určení okruhu chráněných osob. Pro přehlednost srovnání obou předpisů v tabulce (tučně zvýrazněn rozdíl):

ZOS (Příloha č. 2, písm. e)	ZRTV (§ 48 odst. 2)
Obchodní praktiky jsou vždy považovány za agresivní, pokud prodávající (...) e) prostřednictvím reklamy přímo nabádá děti , aby si nabízené výrobky nebo služby koupily nebo aby k jejich koupi přesvědčily dospělou osobu.	Obchodní sdělení nesmějí fyzicky nebo mravně ohrožovat děti a mladistvé tím, že a) přímo nabádají děti a mladistvé ke koupi nebo pronájmu určitého výrobku nebo služby s využitím jejich nezkušenosti nebo důvěřivosti , b) přímo nabádají děti a mladistvé, aby přemlouvali své rodiče nebo jiné osoby ke koupi nabízeného zboží nebo služeb, c) využívají zvláštní důvěru dětí a mladistvých ke svým rodičům, učitelům nebo k jiným osobám.

³⁵ Tento zákaz je formulován prostřednictvím „obchodního sdělení“, které je širším pojmem než reklama. V § 2 je obchodní sdělení definováno jako „reklama, teleshopping a sponzorování a v případě televizního vysílání rovněž umístění produktu nebo jiná obrazová sekvence se zvukem nebo bez zvuku, která je určena k přímé nebo nepřímé propagaci zboží nebo služeb osoby vykonávající hospodářskou činnost, popřípadě jejího obrazu na veřejnosti, a která doprovází pořad nebo je do pořadu zahrnuta za úplatu nebo obdobnou protihodnotu nebo za účelem vlastní propagace“.

Rozchod obou úprav není sice z věcného pohledu zásadní, nelze jej však přehlížet. Na rozdíl od „spotřebitelského“ řešení s automatickým zákazem je speciální „mediální“ řešení podstatně mírnější. Televizní reklama, která přímo nabádá děti ke koupi, nemůže být dle ZRTV zakázána *per se* (jako „automaticky nekalá“ obchodní praktika z „černé listiny“ agresivních obchodních praktik v druhé příloze ZOS³⁶). ZRTV ji zakazuje jen za podmínky, že přímo nabádá děti ke koupi (či pronájmu) a **přítom** využívá jejich nezkušenosti nebo důvěřivosti. Tento atribut u nekalé obchodní praktiky dle písm. e) Přílohy č. 2 ZOS ale chybí.

Další a ještě významnější rozdíl je personální – týká se adresátů reprobované reklamy. Zatímco ZOS cílí v souladu se Směrnicí na „dětí“ (což vyvolává diskuse o věkové hranici – k tomu více v navazující kapitole), ZRTV chrání jasněji vymezené kategorie: „dětí a mladistvých“. U „televizních“ reklam tím odpadají diskuse o tom, kdo je zákazem chráněn – jinak řečeno, kdo je vlastně „dítětem“ ve smyslu písm. e) Přílohy č. 2 ZOS.

5 Kdo je „dítětem“ ve smyslu Směrnice o nekalých obchodních praktikách?

Pojem „dítěte“ vychází ze směrnice a je tedy nutné jej primárně vykládat eurokonformně, nikoliv v kontextu národních úprav. Samotná direktiva bohužel rozhodnou věkovou hranici nijak neřeší, což ale platí pro evropské právo obecně. „Dítě“ je zmíněno v evropských předpisech více než 4000×, vždy ale bez určení konkrétní věkové hranice.

Jak již bylo uvedeno, Směrnice o audiovizuálních mediálních službách mluví na ochranu „nezletilých“, taktéž transpoziční ZRTV, který laboruje s kategorií „dětí“ a mladistvých. Zákon o regulaci reklamy rovněž pracuje s hranicí 18 let³⁷.

³⁶ Srov. § 3 odst. 4 ZOS, dle kterého jsou obchodní praktiky, jež se považují za nekalé „za všech okolností“, uvedeny v příloze č. 1 a 2 tohoto zákona.

³⁷ Dle § 2c reklama nesmí, pokud jde o osoby mladší 18 let, a) podporovat chování ohrožující jejich zdraví, psychický nebo morální vývoj, b) využívat jejich zvláštní důvěry vůči jejich rodičům nebo zákonným zástupcům nebo jiným osobám, c) nevhodným způsobem je ukazovat v nebezpečných situacích.

V rámci nekalých obchodních praktik takové vymezení chybí. Směrnice děti zmiňuje jen sporadicky na několika málo místech, vždy bez udání věkového kontextu³⁸.

Oporou nám nebude Listina základních práv Evropské unie, na kterou se Směrnice odkazuje (bod 47 preambule). Listina pamatuje na práva dětí, ovšem opět bez toho, že by pro ně stanovila jasnou věkovou hranici. Interpretace pojmu „dítě“ je pro účely Listiny (čl. 24) obvykle extenzivní, což je dáno povahou právní úpravy. Listina ovšem na jiném místě (v čl. 32) očitě rozlišuje (alespoň pro účely vymezení dětské práce) mezi dětmi a mladistvými. Pro výklad pojmu „dítě“ je tedy sama o sobě nevyužitelná³⁹. S hranicí 18 let pracuje rovněž Nařízení č. 1901/2006 ze dne 12. prosince 2006, o léčivých přípravcích pro pediatrické použití.

Stejně tak je málo přínosný text v bodu 28 Přílohy Směrnice, kde jsou zmíněni „dospělí“. Tuto kategorii však nelze chápat komplementárně, tj. jako opozitní kategorii „dětem“, s tím, že platí *tertium non datur*. Proti takto úzce (systematickému) výkladu svědčí výklad teleologický i historický.

Kdo je tedy „dítětem“ v písm. e) Přílohy č. 2 ZOS podle teleologické a historické interpretace? Dle většinových názorů⁴⁰ není určující věk 18 let, ale hranice se nachází podstatně níže. Někteří autoři mají za to, že dítětem je osoba mladší 14 let. Argumentovat lze již citovaným čl. 9 Směrnice 2010/13/EU, na kterou odkazuje samotná směrnice o nekalých obchodních praktikách. Evropské právo (i náš ZRTV) tedy rozlišuje v rámci věkové kategorie do 18 let kategorie dětí a kategorie mladistvých, v tomto kontextu lze *cum grano salis* definovat „dětí“ jako skupinu osob, která „zbývá“ po odečtení kategorie dospělých a mladistvých z množiny všech žijících lidí.

³⁸ Krom přílohy Směrnice již jen v bodu 18 recitálu směrnice.

³⁹ Nezapomínejme navíc, že mladiství mohou být stále chráněni skrze obecnější ustanovení o nekalých obchodních praktikách.

⁴⁰ Srov. v německé literatuře FEZER, K.-H., SCHERER, I. *UWG*. 2. vyd. 2010, Příloha UWG Nr. 28 marg. č. 9; SOSNITZA, O. In: PIPER, H., OHLY, A., SOSNITZA, O. *UWG*. 5. vyd. 2016, Příloha k § 3 Abs. 3 marg. č. 59; co do základu obdobně KÖHLER, H. In: KÖHLER, H., BORNKAMM, J. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, Kommentar*. 32. vyd. Příloha k § 3 III marg. č. 28. 5.

Podpůrně lze uvést, že v návrhu Nařízení Evropského parlamentu a Rady o propagaci prodeje na vnitřním trhu⁴¹, který byl publikován v říjnu 2002, konkrétně dle čl. 2 písm. j) návrhu, bylo „dítě“ vymezeno jako „*an individual under the age of 14 years, unless other age-limits apply to the sale of specific products*“. Argument neschváleným návrhem samozřejmě není úplně přesvědčivý, nicméně oba předpisy (Směrnice i neschválený návrh) jsou primárně zaměřeny na regulaci soutěžně relevantních praktik. Argumentaci principem jednoty právního řádu poněkud nabourává fakticita: jde o agendu, která spadá pod dva různé direktoriáty, což zpochybňuje koherenci „empirického pravotvůrce“.

Opatrný (eurokonformní) výklad svědčí závěru, že za „dítě“ pro účely ochrany v rámci písm. e) Přílohy č. 2 ZOS nepovažujeme osoby mladší 18 let, ale věkovou hranici posuneme níže, velmi pravděpodobně pod hranici 15 let. Hranici 14 let dovozuje rakouský OGH.⁴² Paralela s volebním právem (které pro dolní komoru mají v Rakousku mladiství již od věku 16 let), se přitom neprosadila⁴³.

Vyjasnění věkové hranice se jeví do budoucna jako žádoucí a potřebné z pohledu tvůrců reklamy a podnikatelů. Marketingové kampaně zaměřené na děti ve věku 7 let budou zásadně odlišné od reklamy oslovující mladistvé o deset let starší. Z pohledu chráněné skupiny je však otázkou, zda je jednoznačná paušální hranice na místě.

Očekávání, že výklad pojmu „dítě“ dodá Soudní dvůr EU, nemusí být navíc naplněno. Můžeme totiž čekat i nepaušalizující závěr⁴⁴, který zdůrazní účel Směrnice a věc nakonec ponechá národnímu soudu, neboť jde o posouzení, které má reflektovat vyspělost domácích spotřebitelů. Ostatně takto Soudní dvůr postupoval ve věci *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG proti Lancaster Group GmbH* (C-220/98), kde rozhodoval o předběžné otázce Zemského soudu v Kolíně. Finální rozhodnutí o tom, zda je označení

⁴¹ Amended proposal for a European Parliament and Council Regulation concerning sales promotions in the Internal Market (COM/2002/0585).

⁴² Rozsudek OGH ze dne 18. 9. 2012, 4Ob110/12y. Shodně OGH v rozsudku ze dne 19. 3. 2013, 4 Ob 244/12d.

⁴³ V Rakousku mají volební právo do dolní komory parlamentu, tj. Národní rady (Nationalrat) již šestnáctiletí. Z toho někteří autoři dovozovali poněkud odvážnou paralelu: pokud je někdo dostatečně zralý na to, aby mohl volit, měl by být v pozici vyrovnat se s působením reklamy.

⁴⁴ APETZ, M. *Das Verbot aggressiver Geschäftspraktiken*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2011, s. 646.

„Lifting“ pro plet'ový krém klamavé (protože údajně sugeruje účinky srovnatelné s kosmetickou operací), nakonec ponechal na národním soudu, byť o klamavosti tohoto označení vyjádřil soud značně pochybnosti⁴⁵.

Pokud by Soudní dvůr EU postupoval obdobně i v případě určení „dítěte“, stanovil by rozhodnou věkovou hranici národní soud (nikoliv však podle pravidel národního práva, stále by šlo o určení adresáta ochrany, která je primárně vyžadována na úrovni evropské směrnice). Je pak otázkou, zda by volil paušální řešení, či zda by hranici určoval dynamicky (dle kontextu reklamy, jejích adresátů a propagovaného produktu).

Proti volnějším flexibilitnímu přístupu, který by posuzoval věkovou hranici případ od případu, se staví kriticky Alexander; flexibilní hranici nepovažuje za slučitelnou s principem právní jistoty⁴⁶. Jeho argument má svou legitimitu, zvláště pokud je – což je případ ČR – úprava nekalých obchodních praktik obsažena v předpisu veřejného práva s příslušnými veřejnoprávními sankcemi.

Bez jednoznačné judikatury s jasnou věkovou hranicí bude pro zadavatele a tvůrce reklamy velmi problematické rozhodnout, zda např. u reklam na autoškolu „nabízející“ řidičský průkaz na motorku mladistvým (tj. věkově skupině mezi 15–18 lety), zvolit přímou výzvu k nákupu („Jeď, jeď! Udělej si řidičák na motorku u nás!“) a riskovat postih za nedovolenou přímou výzvu.

Flexibilní přístup najde částečnou oporu v bodu 19 preambule Směrnice⁴⁷. Posun věkové hranice výrazně pod hranici 18 let navíc na první pohled

⁴⁵ Z rozhodnutí se podává mj. toto: Ačkoli na první pohled nic nenasvědčuje tomu, že by průměrný spotřebitel, který je dostatečně informovaný a přiměřeně pozorný a obezřetný, očekával, že krém, jehož název obsahuje slovo „lifting“, bude mít trvalý účinek, je na národním soudu, aby s přihlédnutím ke všem relevantním faktorům určil, jaká je situace v projednávaném případě. Národnímu soudu rovněž přísluší, aby si opatřil znalecký posudek nebo zadal průzkum mezi spotřebiteli, pokud to považuje za nezbytné, za účelem posouzení, zda reklamní tvrzení může uvádět v omyl, a aby v případě neexistence příslušných ustanovení práva Společenství určil v souladu se svým vnitrostátním právem minimální procento spotřebitelů, kteří musí být tímto tvrzením uvedeni v omyl, aby byl odůvodněn zákaz tohoto reklamního tvrzení.

⁴⁶ ALEXANDER, Ch. *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*. 3. vyd. 2020, § 3 odst. 3 písm. 28 (Werbeaufforderung an Kinder), marg. pozn. 23.

⁴⁷ Citovaný bod zní takto: „Pokud určité vlastnosti, jako je například věk, fyzická nebo duševní slabost nebo důvěřivost, vedou k snadnějšímu ovlivnění spotřebitelů obchodními praktikami nebo propagací produktů a pokud taková praktika může narušit ekonomické chování pouze u těchto spotřebitelů způsobem, který může obchodník rozumně očekávat, je vhodné zajistit přiměřenou ochranu těchto spotřebitelů posuzováním dané praktiky z pohledu průměrného člena této skupiny.“

snižuje rozsah ochrany, neboť z chráněných subjektů tím vypadne početná část nezletilců (osoby ve věku 15–18 let, případně 14–18 let).

Není ale vyloučeno, dokonce je to dosti pravděpodobné, že případná reklama zaměřené na tuto kategorii (věkově blízkou dětem) a pracující s (v mladší kategorii zapovězenými) přímými výzvami ke koupi či výzvami oslovit rodiče⁴⁸, bude kvalifikována jako nekalá obchodní praktika ve smyslu „velké generální klauzule“ nekalých obchodních praktik (§ 4 ZOS), případně „malé generální klauzule“ agresivních obchodních praktik (§ 5b ZOS)⁴⁹. Z věcného pohledu lze dokonce u (zapovězených) výzev k přemlouvání dospělých očekávat, že přesvědčovací umění s narůstajícím věkem dospívajících neochabuje, naopak⁵⁰.

Flexibilní přístup podkopává harmonizační úsilí tvůrců Směrnice. Ve výsledku by mohl vést k velmi rozdílným výsledkům podle jednotlivých zemí. Je více než sporné, zda právě takovou pestrost v rámci EU tvůrci Směrnice vědomým opomenutím definice „dítěte“ skutečně sledovali.

I v rámci věkové skupiny pod 14/15 let bychom měli počítat se subkategoriemi. U dospělých je obvykle zcela bez významu, zda reklama oslovuje spotřebitele ve věku 30–35 let nebo 35–40 let. U dětí je ale rozdíl pěti let zcela zásadní a měl by vést k minucióznímu přístupu dozorového orgánu či soudu.

Další otázkou jsou nároky, které v rámci normativního modelu můžeme na děti klást. U generace, která vyrůstá na internetu, v záplavě reklam, lze očekávat již kolem věku 13 let příslušnou mediální gramotnost⁵¹, přehled a kritičnost – a není namístě chápat je jako společenství naivních individuí, která se nechají nepředloženě strhnout každým reklamním sdělením k rozbití prasátek a k neuváženým zběsilým nákupům.

⁴⁸ K tomu blíže navazující kapitola.

⁴⁹ K tomu více ONDREJOVÁ, D., SEHNÁLEK, D. *Nekalasantéžní reklama a nekalé obchodní praktiky v české i evropské právní úpravě a judikatuře*. Praha: Leges, 2018, s. 130, Praktik (Leges).

⁵⁰ Obdobně PRUNBAUER-GLASER, M. *Kinder, Kinder! – Zum „Kind“ in der Werbung nach der UWG-Nov 2007*. *Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*. 2008, s. 166.

⁵¹ Tu definuje bod 47 Směrnice 2010/13/EU takto: „*Mediální gramotnost se týká dovedností, znalostí a porozumění, které spotřebitelům umožňují efektivní a bezpečné využívání médií. Mediálně gramotní lidé by měli být schopni provádět informovanou volbu, chápat povahu obsahu a služeb a být schopni využívat celé šíře příležitostí, které nabízejí nové komunikační technologie.*“

Ilustrativní případ v tomto smyslu v roce 2008 řešil německý BGH⁵² („Sammelaktion für Schockoriegel“). Podstata případu byla následující. Výrobce cukrovinek Nestlé spustil reklamní kampaň k podpoře prodeje čokoládových tyčinek „Nuts“, „Kit-Kat“ a „Lion“⁵³. Balení každé tyčinky obsahovalo „body“, tzv. N-Screen. Ten, kdo předložil 25 sběrných bodů, obdržel poukázku na zboží v hodnotě 5 €. Při kupní ceně jedné tyčinky (40 centů) stačilo tedy nakoupit za 10 €. Problém byl ovšem v tom, že poukázku bylo možno uplatnit pouze u Amazonu.

Podle žalobce (Bundesverband der Verbraucherzentrale) byla tato reklamní akce v rozporu se soutěžním právem, neboť míří také na děti a mladistvé a využívá jejich „unbeschränkte Sammelfreude“, český bezbřehou radost ze sbírání (bodů), která údajně podkopává racionalitu nákupů.

BGH žalobu zamítnul. Jak uvedl v odůvodnění, ne každé cílené ovlivnění nezletilých spotřebitelů představuje porušení norem soutěžního práva. Finanční parametry účasti na akci musí být zřejmé i dětem. Děti mají navíc – alespoň podle BGH – v této oblasti poměrně dobrý přehled (svým způsobem šlo o pro děti „domácí terén“). Tyčinky byly nabízeny za standardní cenu a účast na akci („investice“ ve výši 10 €) nepřekračuje běžné kapesné dětí. Podmínky byly dostatečně transparentní a akce trvala dostatečně dlouho, aby se děti nedostaly pod časový tlak. O existenci Amazonu a podmínkách prodeje na něm je cílová skupina velmi dobře informována a ví, že zboží za 5 € na něm k dispozici tolik není – a je tak třeba počítat s příplatkem. A kdyby tomu tak nebylo (účastníci soutěže by čistě hypoteticky vůbec netušili, co je Amazon), pak možnost získání poukázky v hodnotě 5 € nijak neovlivní jejich nákupní rozhodnutí.

6 Kdy je reklama zaměřena na děti a kdo je u této reklamy „průměrný spotřebitel“?

Potíže s regulací reklamy zaměřené na děti vyvolává skutečnost, že reklama může mít (a často má) zcela neselektivní podobu s impaktem na všechny spotřebitele bez věkového, rozumového či společenského omezení.

⁵² Rozsudek BGH ze dne 17. 7. 2008, sp. zn. I ZR 160/05.

⁵³ K otázce, zda podobná akce koliduje se zákazem přímého nabádání ke koupi, viz kapitulu 8.

Tak např. billboardy na ulicích měst působí bez rozlišení na všechny, kdo prochází/projíždí kolem.

Nemá-li se smysl směrnice, resp. úpravy agresivní praktiky v písm. e) Přílohy č. 2 ZOS rozmělnit, resp. nemá-li se naopak zákaz vztahovat na jakoukoli reklamu, která by teoreticky mohla zasáhnout děti (aniž by byly typickými spotřebiteli propagovaného produktu a inzerenti na ně cílili), je nutné provést redukci, která odpovídá účelu právní regulace. Jinak řečeno, v zásadě platí, že nespécifická reklama, byť by se jí mohly cítit dotčeny i děti, není předmětem úpravy v písm. e)⁵⁴.

Východiskem kvalifikace reklamy jako reklamy zaměřené na děti není primárně konkrétní produkt, nýbrž podstata výzvy k jeho pořízení, případně k oslovení dospělých. Klíčovým atributem (za dalších podmínek zakázané) reklamy dle písm. e) je „nabádání dětí“.

Oba zákazy obsažené v písm. e) Přílohy č. 2 ZOS proto vztahují pouze na reklamu, která se zaměřuje na děti – a to tak, že je – slovy právní úpravy – „nabádá“. Sortiment hraje sekundární roli, byť bude samozřejmě prvním ukazatelem toho, na koho je reklama zaměřena. Jinak řečeno, indicií toho, že jsou „nabádány děti“, je tedy obvykle nabídka typicky „dětských“ produktů. Jak však uvidíme níže, nutné to vždy nebude.

Stejně indikativní (a sortimentně neutrální) bude ale i samotné zpracování reklamy: úprava bude dopadat na apely přímo adresované dětem či (již méně jednoznačně) na reklamy s využitím prvků, které dětské publikum standardně oslovují.

Ne vždy bude situace jednoznačná, zvláště tam, kde jde o produkty užívané bez ohledu na věk. Sortimentní zaměření může být výlučné, což bude případ reklamy na produkty typicky poptávané dětmi (pomineme-li některé infantilní dospělé, tak půjde zpravidla o hračky). Může být ale i nevýlučné tam, kde jsou děti pouze částí širší oslovené skupiny. Příkladem může být reklama na produkty, které jsou také poptávané dětmi (online hra, kterou hrají všechny věkové skupiny; cukrovinky, patrně ale nikoliv čokoláda s chilli a mořskou solí atp.).

⁵⁴ V SRN obdobně ALEXANDER, Ch. Praxisanforderungen für Werbung gegenüber Kinder und Jugendlichen. *GRUR-Prax.* 2014, s. 489.

Co se týče způsobu zpracování, lze za reklamu ve smyslu písm. e) kvalifikovat i reklamu, která sice nenabízí běžné „dětské“ zboží (propaguje např. osobní automobil), svým zpracováním a zvolenými apely však na děti cílí („Řekni tátovi, že tohle auto je teď s velkou slevou“). Taková reklama totiž představuje porušení druhého za zákazů dle písm. e), tj. zákaz nabádat k přesvědčování dospělých.

Otázku tedy lze uzavřít tak, že zákazy dle písm. e) bychom měli vztahovat jen na reklamu, která skutečně cílí na děti a může tak ovlivnit jejich chování (přimět je ke koupi či k působení na dospělé). Předpoklad „nabádání dětí“ je přitom naplněn i tehdy, pokud je zboží věkově neutrální a poptávají ho krom dětí i dospělí (či dokonce převážně dospělí)⁵⁵ a dokonce i tehdy, kdy se týká zboží, jež děti nepoživují, protože je zcela nad jejich finanční možnosti, mohou však být ale „pákou“, která motivuje k nákupu dospělou osobu (rodiče).

Kdo je „průměrným spotřebitelem“ u reklamy, která míří na děti? Odpověď není jednoduchá. Obecně platí, že koncept „průměrného spotřebitele“ bude nutno za účelem ochrany dětí před působením reklamy modifikovat.

Výchozím modelem Směrnice je průměrný spotřebitel, „který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory, jak je vykládán Soudním dvorem“ (bod 18 preambule). Z tohoto modelu vycházíme obecně tam, kde se praktika netýká žádné specifické skupiny spotřebitelů – srov. čl. 5 odst. 2 písm. b) varianta 1 Směrnice.

Pokud se ale reklama zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů je podle čl. 5 odst. 2 lit. b) varianta 2. Směrnice na místě pohled optikou průměrného člena této skupiny. Z bodu 18 třetí věty plyne, že tvůrce direktivy měl na mysli zejména děti („*Zaměřuje-li se určitá obchodní praktika na určitou skupinu spotřebitelů, jako jsou například děti, je žádoucí, aby se dopad takové obchodní praxe hodnotil z pohledu průměrného člena dané skupiny.*“).

⁵⁵ Rozsudek BGH ze dne 18. 9. 2014 – I ZR 34/12; KÖHLER, H. In: KÖHLER, H., BORNKAMM, J. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, Kommentar*. 32. vyd. Příloha k § 3 III marg. č. 28.7.

Třetí model pak upravuje čl. 5 odst. 3 věta 1. Směrnice, která nad rámec čl. 2 odst. 2 písm. b) zavádí rozšířenou ochranu zvláště zranitelných spotřebitelů. Podle citovaného článku se obchodní praktiky, „*jež mohou podstatně narušit ekonomické chování pouze určité jednoznačně vymežitelné skupiny spotřebitelů, kteří jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvláště zranitelní takovou praktikou nebo produktem, který propaguje, způsobem, který může obchodník rozumně očekávat*“, hodnotí z pohledu průměrného člena dané skupiny.

Směrnice tedy zná vlastně tři modely: průměrného spotřebitele (čl. 5 odst. 2 písm. b) varianta první), průměrného člena určité skupiny spotřebitelů (čl. 5 odst. 2 písm. b) varianta druhá) a průměrného člena skupiny zvláště zranitelných spotřebitelů (čl. 5 odst. 3 věta první).

Děti jsou zmíněny výslovně v recitálu směrnice (bod 18 a 19) jako apriorní skupina zvláště zranitelných spotřebitelů – z důvodů věku a důvěřivosti. U reklamy, která míří cíleně na děti, je tedy obecným referenčním modelem čl. 5 odst. 2 písm. b) Směrnice, tj. „průměrné dítě“.

Pokud je ale reklama podle rozumných předpokladů schopna narušit ekonomické chování dětí, platí měřítko dle čl. 5 odst. 3 věty první Směrnice o ochraně zvláště zranitelných spotřebitelů⁵⁶. Oba modely se přitom mohou vzájemně překrývat⁵⁷.

Zvláštní ochrana zranitelných spotřebitelů je tedy podmíněna specifickým účinkem praktiky. Jak podotýká Patěk, „*soutěžní jednání má být hodnoceno z pohledu průměrného člena skupiny zranitelných spotřebitelů (tedy s akceptací reálných hendikepů daných osob při snaze o svobodné a plně informované rozhodnutí o obchodní transakci) pouze při splnění směrnici stanovených podmínek*“. Podle citovaného autora jsou jimi (parafrázují) a) potenciál negativního ovlivnění právě této skupiny a b) zranitelnost těchto spotřebitelů – danou praktikou či dokonce

⁵⁶ Kriticky k některým aplikačním důsledkům tohoto modelu HAJN, P. Oslabená ochrana spotřebitelů? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Obchodněprávní revue*. 2009, č. 2, s. 44 a násl.

⁵⁷ KLOPP, A. *Werbung gegenüber Kinderverbrauchern im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht*. ZERP-Arbeitsheft 3/2105. Dostupné z: https://www.uni-bremen.de/fileadmin/user_upload/fachbereiche/fb6/fb6/Forschung/ZERP/PDF/Arbeitspapiere/wp3_2015_final.pdf

samotným produktem, což se projevuje způsobností dané praktiky podstatně narušit jejich ekonomické chování⁵⁸.

7 První zákaz: reprobace přímého nabádání ke koupi

Podle písm. e) Přílohy č. 2 ZOS je reprobována reklama, která „*přímo nabádá děti, aby si nabízené výrobky nebo služby koupily*“. Obsah a formu sdělení je třeba testovat z pohledu průměrného člena dotčené skupiny spotřebitelů, zde tedy dle průměrně informovaného, pozorného a rozumného dítěte⁵⁹, bez rozlišení pohlaví⁶⁰.

Není rozhodné, zda reklama nabádá k uzavření kupní či jiné smlouvy⁶¹, „přímé nabádání ke koupi“ tak nelze chápat v úzkém občanskoprávním smyslu jako apel k uzavření jmenovaného smluvního typu, ale jako výzvu k uzavření jakékoliv úplatné smlouvy na zboží či službu.

„Přímé nabádání ke koupi“ nelze zaměňovat s „nabídkou ke koupi“ definovanou v § 2 ZOS jako „*obchodní komunikace, která uvádí základní znaky produktu a cenu způsobem vhodným pro použitý typ obchodní komunikace, a umožňuje tak spotřebiteli uskutečnit koupi*“. V dílci čl. 2 písm. i) Směrnice jde o „výzvu ke koupi“, kterou český transpoziční předpis přebírá pod termínem „nabídka ke koupi“.

Nabídka ke koupi je zmíněna v § 5a v souvislosti s podstatnými informacemi, které musí spotřebitel obdržet, nemá-li se podnikatel dopustit klamavého opomenutí. Rozdíl je v českém právu zřejmý již díky zvolené terminologii (nabádání v. nabídka) a celkovému kontextu.

To ovšem není případ německého práva: v UWG byl použit identický termín, tj. *Aufforderung*, jednak v rámci německého znění čl. 2 písm. i) Směrnice, tak i pro zákaz přímých apelů v reklamě zaměřené na děti. Část autorů se tak domnívá, že reklama zaměřená na děti je zakázaná jen tehdy, pokud sděluje podstatné informace (mezi které patří také cena)⁶².

⁵⁸ PATĚK, D. *Právo proti nekalé soutěži*. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 179.

⁵⁹ Rozsudek BGH ze dne 17. 6. 2013 – I ZR 34/12 – Runes of Magic.

⁶⁰ K tomu více kapitola 3.

⁶¹ KÖHLER, H. In: KÖHLER, H., BORNKAMM, J. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, Kommentar*. 32. vyd. Příloha k § 3 III, marg. č. 28.12.

⁶² FUCHS, T. Wettbewerbsrechtliche Schranken bei der Werbung gegenüber Minderjährigen. *Wettbewerb im Recht und Praxis*. 2009, s. 264; SCHERER, I. Kinder als Konsumenten und Kaufmotivatoren. *Wettbewerb im Recht und Praxis*. 2008, s. 433.

To by ovšem vedlo k zúžení zákazu pouze na ty apely, které obsahují současně i cenu, resp. dokonce i další podstatné informace ve smyslu § 5a odst. 3 ZOS (již pouhý náhled do citovaného ustanovení ukazuje absurdnost tohoto výkladu v kontextu českého práva: reklama, která by shrnula vyžadovaný katalog informací, je technicky téměř nemožná). Ani kdyby jediným vyžadovaným údajem měla být cena, není ovšem takový výklad obhajitelný.

Důvodem nejasností a sporů je nevhodně zvolené německé znění Směrnice. Anglické znění stejně jako české terminologicky konsekventně rozlišuje mezi nabídkou ke koupi („invitation to purchase“) a (u dětské reklamy) podněcováním ke koupi („direct exhortation to buy“). Totéž platí např. pro francouzské znění („invitation à l'achat“ v. „inciter directement les enfants à acheter“) či pro znění polské („zaproszenie do dokonania zakupu“ v. „bepośredniego wezwania dzieci do nabycia reklamowanych produktów“).

Zužující výklad, který překvapivě zvolila nemalá část německé nauky, stojí výhradně na gramatickém výkladu směrnice. Tím se ale mýjí s účelem právní úpravy, neboť lze mít za to, že neuvedením ceny může dokonce tlak na oslovené děti zesílit – odpadá totiž odrazující účinek případných vyšších cen.

Smyslem a účelem právní úpravy [tj. písm. e) Přílohy č. 2 ZOS] rozhodně není vybavit děti relevantními informacemi tak, aby učinily kvalifikované rozhodnutí na základě všech důležitých informací. Taková ambice je legitimní u dospělých spotřebitelů, nikoliv u dětí. Účelem obou zákazů je ochrana dětí před explicitními nákupními apely, resp. apely k přesvědčování dospělých.

Předpokladem repropace není skutečný vliv na rozhodnutí dítěte. Pokud lze z celkových okolností dovodit, že reklama přímo nabádá děti k zakoupení zboží či služby, je bez dalšího naplněna podstata zákazu a není již nutné zkoumat, zda byl apel efektivní a skutečně přivedl děti ke koupi. Zakázané tak budou i reklamy se zjevně neefektivními apely, které u dětí nenaleznou žádnou odezvu.

Totéž samozřejmě platí pro výzvy, které se vinou své agresivity a manipulačního charakteru obrátí „proti inzerentovi“ tím, že vybudí rodiče k aktivnímu zásahu (zákaz nákupu, odepření kapesného, vysvětlení nekalé podstaty reklamního sdělení, zakoupení levnějšího alternativního produktu).

7.1 „Přímé“ a „nepřímé“ nabádání

Z úpravy plyne, že reklamní sdělení nabádající děti ke koupi nejsou automaticky zakázány. V určitém slova smyslu totiž „nabádá ke koupi“ každá reklama a cílem směrnice rozhodně nebylo zakázat reklamu adresovanou dětem jako takovou⁶³. Prohibice se má týkat „pouze“ těch sdělení, která obsahují „přímé nabádání“.

V této souvislosti vzbuzuje otázky např. prezentace prostých informací o produktu („*Angličtinu se teď naučíš s tohle super apkou...*“, „*Od září je tu nový model panenky...*“). Takové slogany striktně viděno nesplňují atributy „přímého nabádání“, třebaže samozřejmě motivovat k nákupu mají. To ale činí každá reklama – mám proto za to, že takové slogany lze akceptovat vzhledem k absenci „přímého nabádání“. Totéž platí pro výzvy ke vstupu do obchodu.

Co se týče požadavku „přímého nabádání“, plyne z rozhodovací praxe německého BGH a rakouského OGH několik inspirativních závěrů přenositelných do našeho prostředí, mj. vzhledem k transpozičnímu charakteru všech tří úprav [u nás písm. e) Přílohy č. 2 ZOS, v SRN č. 28 Přílohy k § 3 UWG, obdobně v Rakousku].

Pohled do německé judikatury ukazuje, že prostá prezentace nabízeného produktu, neznamená „přímé nabádání“. Tento atribut tak chyběl v reklamě „*Zeugnissaktion*“ [Akce Vysvědčení], kde byl použit slogan „*Komm damit zu Media Markt und kassier beim Kauf eines Produkts deiner Wahl für jede Eins zwei Euro*“⁶⁴. Všeobecná výzva týkající se kompletní nabídky (sortimentu) inzerenta, je tedy podle německé judikatury přípustná.

Podobné závěry najdeme v rozhodnutí rakouského OGH („*Stickeralbum, D-Universe*“), kde soud konstatoval, že mezi výzvou a nákupním rozhodnutím musí být určitá „blízkost“, nabádání má bez nějakých mezikroků vést ke koupi. OGH v tomto případě aproboval reklamní akci týkající se celého sortimentu (nálepka za nákup v hodnotě 10 €). Prostá prezentace možnosti nákupu ve smyslu jednoduché informace o produktu nenaplní předpoklady

⁶³ Reklama je součástí našich životů a odstínit od ní (a od jejich negativ) děti by – pokud by to vůbec technicky bylo možné – znamenalo snížení jejich mediální gramotnosti nutné ve světě dospělých.

⁶⁴ Ve volném překladu autora „Přijď s ním do Media Markt a za každou jedničku dostan 2 eura při koupi zboží, které si vybereš“.

zákazu reklamy dle č. 28 [u nás písm. e) Přílohy č. 2 ZOS]. Totéž platí pro výzvu ke vstupu do obchodu a také pro slogan „*Schlüpf in die Rolle von 45 D.-Charakteren...*“⁶⁵

Problematictější jsou již hypotetické příklady, které jako ukázky zakázaných sloganů formulují spotřebitelské spolky v SRN („Wettbewerbzentralle“)⁶⁶. Jako příklad zapovězeného sloganu, který údajně obsahuje zakázané „přímé navádění“ je uvedena reklama stavební spořitelny obsahující slogan „*Mahwettbewerb, also Buntisfte und Traumbaum schnappen und losmalen*“⁶⁷. V reklamě byly dále zobrazené produkty, které bylo možno v rámci malovací soutěže vyhrát (s dovětkem „*Toto můžeš vyhrát*“). Předpokladem účasti v této soutěži bylo uzavření smlouvy o stavebním spoření.

Dle mého názoru není uvedená reklama v rozporu s právní úpravou nekalých obchodních praktik. Obsahuje sice přímo výzvu něco konat (malovat) a je také pravda, že předpokladem zapojení do soutěže je předchozí uzavření smlouvy o stavebním spoření. Chybí ovšem spojení mezi inzerovanými výrobky a smlouvou o stavebním spoření: pochybuji, že děti chápou, že mají své rodiče ponoukat k uzavření smlouvy o stavebním spoření⁶⁸.

Přímá výzva ve smyslu písm. e) Přílohy č. 2 ZOS vyžaduje apel, který nemusí být formulován přímo imperativem a tykáním (jednoznačně protiprávní budou apely typu „Kup si to!“, „Tohle prostě mít musíš“; lehce na hraně z tohoto pohledu může být známý slogan „Jdi do Snickers!“) a rovněž tak není nutné, aby k výzvě došlo v rámci přímého kontaktu s dítětem. V rozporu se zákonem ale nebudou pouhé konkludentní výzvy; zákon vyžaduje určitou míru explicitnosti jakožto podmínky reprobase.

Za příklad povoleného (protože nepřímého) nabádání lze tak považovat slogany „*Wäre es nicht schön, so etwas zu haben?*“ (Nebylo by to krásné, mít

⁶⁵ Ve volném překladu autora „Vklouzni do role 45 postav hry D...“

⁶⁶ Oba příklady dle HARTMANN, S. *Kinder und Werbung*. Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, s. 234–235. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845287553>

⁶⁷ Ve volném překladu autora: „Soutěž v malování, vytáhněte pastelky a vysněný dům a začněte malovat.“

⁶⁸ Obdobně HARTMANN, S. *Kinder und Werbung*. Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, s. 234. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845287553>

něco takového?)⁶⁹, „Kinder, bei McX gibt es jetzt den neuen X-Burger für nur 99 Cent“ (Děti, u McX je nyní nový X-Burger jen za 99 Centů)⁷⁰.

7.2 Výherní a slevové akce

Za přímé nabádání ke koupi nebude obvykle považováno ani sdělení informující o výherních a slevových akcích. Ilustrativní je v tomto směru rozhodnutí BGH „Goldbärenbarren“⁷¹. Soud v něm posuzoval reklamu na gumové medvídky Haribo, ve které byli adresáti vyzýváni k zapojení do výherní akce s možností výhry v podobě „medvídkových zlatých prutů“ v hodnotě 5 000 €. V reklamním spotu vystupoval známý televizní moderátor Thomas Gottschalk. Ve spotu se setkává se dvěma rodinami s dětmi, kterým moudře vysvětluje, že při zakoupení pěti produktů žalovaného výrobce cukrovinek (á 1 €) se mohou zapojit (po zaslání nákupních stvrzenek) do výherní akce. Celková výhra činí 100 „Goldbärenbarren“ („Zlatých medvídkových prutů“) v hodnotě pěti tisíc euro.

Poté, co jedno z dětí ukáže na plný nákupní košík své rodiny, moderátor poučuje, že se tím výherní šance výrazně zvyšují (moderátor přitom hovoří způsobem, kterým obvykle mluvíme s malým dítětem, rodiče označuje jako „mamku“ a „tat’ku“ a v komunikaci volí jednodušší slova).

Reklamu napadl konkurent inzerenta: kvalifikoval ji jako nekalou soutěž, neboť potenciál výhry může svádět děti k tomu, že budou nakupovat (resp. k tomu přesvědčovat rodiče) v množství, které neodpovídá jejich běžné spotřebě. Výrobce Haribo tím údajně zneužívá obchodnickou nezkušenost dětí a mladistvých.

Vrchní zemský soud v Kolíně⁷² reklamu zakázal. Spojení účasti ve hře s prodejem zboží samo o sobě závadné není, ovšem podle soudu reklama míří i na děti. Těm tato reklama sugeruje, že nákupem většího množství produktů automaticky stoupají jejich šance na výhru (což by ale neplatilo v situaci, kdyby podobně velké nákupy učinili i jiní zákazníci a šance na výhru by pak byly stejné).

⁶⁹ Dle SCHERER, I. Kinder als Konsumenten und Kaufmotivatoren. *Wettbewerb im Recht und Praxis*. 2008, s. 433.

⁷⁰ KÖHLER, H. In: KÖHLER, H., BORNKAMM, J. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, Kommentar*. 32. vyd. Příloha k § 3 III marg. č. 28.9.

⁷¹ Rozsudek BGH ze dne 12. 12. 2013 – I ZR 192/12 („Goldbärenbarren“).

⁷² Rozsudek OLG ze dne 21. 9. 2012, sp. zn. 6 U 53/12.

Rozhodnutí vyvolalo velké spory a obavy reklamní branže, že inzerent bude vždy na hraně zákona tam, kde reklama vzbudí zájem dětí (s čímž lze alespoň u cukrovinek obvykle počítat).

Tyto obavy rozptýlil BGH. Při posouzení reklamy byl liberálnější než předchozí instance. Podle BGH spot míří na dospělé a neměl by být posuzován optikou dítěte. Rozhodný je pohled průměrného spotřebitele, kterému musely být náklady za účast ve výherní akci jasné, bez toho, že by podlehl sugesci ze zvýšení výherních šancí. Spot neobsahoval bezprostřední výzvu dětem ke koupi (*keine unmittelbare Kaufaufforderung an Kinder*), tudíž reklama není v rozporu s UWG.

Pohled do německé judikatury je zajímavý i v jiném aspektu. Soudní praxe v SRN totiž vyžaduje, aby se přímá výzva týkala konkrétního produktu (zboží, služby). Paušální „lákání“ na celý sortiment v rámci akce tedy nesplňuje kritéria „přímého nabádání“.

Dobře to ilustruje již zmíněný případ s nabídkou slevy za dobré vysvědčení⁷³. V rozhodnutí ze dne 3. 4. 2014, sp.zn. I ZR 96/13 německý nejvyšší soud (BGH) posuzoval přípustnost reklamní akce – nabídky slevy 2 € za každou jedničku na školním vysvědčení. Žalovaný inzeroval formou tiskové reklamy zvláštní slevovou akci, jejíž podstata byla velmi jednoduchá: z kupní ceny se odečtou 2 € za každou jedničku na školním vysvědčení kupujícího. V reklamě bylo jasně uvedeno, že se sleva vztahuje na veškerý nabízený sortiment obchodu. Žalobce reklamu považoval za nekalou⁷⁴, neboť oslovené školáky nepřipustným způsobem vyzývá ke koupi a navíc zneužívá jejich obchodní nezkušenosti.

BGH dovedl, že reklama neobsahuje výzvu ke koupi konkrétního výrobku (ve smyslu § 3 odst. 2 UWG). Všeobecná akce, která se vztahuje na kompletní sortiment, znemožňuje proto reklamu kvalifikovat a reprobovat jako nekalou. BGH dále – stejně jako odvolací soud – odmítl argumentaci, že by snad mělo jít o nekalou reklamu i podle § 4 č. 1 a 2 UWG. Eurokonformní výklad těchto předpisů (ve světle čl. 8 a 9 Směrnice) vede k závěru, že oslovené

⁷³ Rozsudek BGH ze dne 3. 4. 2014 – I ZR 96/13 – *Zeugnisaktion*.

⁷⁴ Právní úprava nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik je v SRN (ale i v dalších zemích) integrována v jednom předpise (tj. zákonu na ochranu proti nekalé soutěži, UWG).

školou povinné děti nejsou neadekvátně ovlivněny reklamním sdělením, které by snad postrádalo věcný základ; rovněž tak není zneužívána jejich obchodní nezkušenost.

Shrneme-li závěry z judikatury německého BGH, budou z pohledu regulace „dětské reklamy“ v zásadě bezproblémové reklamní akce propagující výrobky prostřednictvím slevových akcí. Rovněž tak obstojí paušální reklama, která neapeluje na koupi konkrétního výrobku, ale propaguje produkty inzerenta jako celek.

7.3 Link v online reklamě

Další spornou otázkou při vymezení rozdílu mezi povoleným „nepřímým“ a zakázaným „přímým“ nabádáním představují odkazy v online reklamě.

Ve známém rozsudku „Runes of Magic“⁷⁵ německý BGH posuzoval, zda je přípustné reklamní sdělení v online hře „Runes of Magic“, které obsahovalo výzvu k upgradu postav doplněnou odkazem na stránky, na kterých je možné zakoupit virtuální příslušenství do dané hry⁷⁶. Po kliknutí na příslušný link se otevřela internetová stránka, na které bylo možno zakoupit různé produkty (výzbroj) pro online hru „Runes of Magic“. Zatímco samotná instalace hry byla zdarma, pořízení uvedených virtuálních předmětů bylo možné pouze za úplatu.

První senát BGH měl za to, že sdělení je v rozporu s bodem 28 Přílohy k § 3 odst. 3 UWG. Podle něj šlo o cíleně zaměřenou výzvu ke koupi (BGH přitom neřešil spornou otázku, zda se dětmi rozumí všechny nezletilé děti

⁷⁵ Rozsudek ze dne 17. 7. 2013, sp. zn. I ZR 34/12.

⁷⁶ Předmětem posouzení bylo následující sdělení v online hře Runes of Magic: „*Pimp deinen Charakter-Woche. Ist Dein Charakter bereit für kommende Abenteuer und entsprechend gerüstet? Es warten tausende von Gefahren in der weiten Welt von Taborea auf Dich und Deinen Charakter. Ohne die entsprechende Vorbereitung kann die nächste Ecke im Dungeon der letzte Schritt gewesen sein. Diese Woche hast Du erneut die Chance Deinen Charakter aufzumotzen! Schnapp Dir die günstige Gelegenheit und verpasse Deiner Rüstung & Waffen das gewisse „Etwas“! Von Montag, den 20. April 17:00 bis Freitag, den 24. April 17:00 hast du die Chance, Deinen Charakter aufzuwerten!*“ V pracovním překladu autora: „Vymazlete si svou postavu – akce týdně. Je Tvoje postava dostatečně připravena a vybavena na nadcházející dobrodružství? V rozlehlém světě Taborea na Tebe a Tvoji postavu čekají tisíce nebezpečí. Bez řádné přípravy by za každým dalším rohem v Dungeonu mohl následovat Tvůj poslední krok. Tento týden máš další šanci vylepšit svou postavu! Využij této skvělé příležitosti a dodej své zbroji a zbraním „něco“ navíc! Od pondělí 20. dubna 17:00 do pátku 24. dubna 17:00 máš šanci vylepšit svou postavu!“

či pouze ty, která jsou mladší čtrnácti let). Výzva k pořízení virtuálních předmětů totiž podle soudců mířila *také* na děti mladší 14 let.

V odůvodnění se zdůrazňuje celkový kontext reklamního sdělení a zejména přímé oslovení ve druhé osobě čísla jednotného (vulgo: tykání), dále pak převážně dětské výrazivo a obvyklé anglicismy. BGH se tímto přístupem odchýlil od závěrů předchozích instancí. Ty celou věc posoudily jinak – díky odkazu totiž měl chybět atributut „přímého nabádání produktu“ („produktbezogene unmittelbare Aufforderung“). BGH mj. i díky imperativu „Skoč po výhodné nabídce“ („Schnapp Dir die günstige Gelegenheit“) a v podstatě okamžité možnosti zboží objednat po kliknutí na odkaz sdělení ji ale chápal v kontextu – a posoudil ji jako přímou nákupní výzvu.

Dětsí hráči, kteří byli uvedeným sdělením osloveni, museli dle BGH díky celkovému kontextu jednoznačně pochopit, že výzva směřuje k úplatnému nabytí „výzbroje“. Na tomto faktu nic nemění skutečnost, že nabízené zboží bylo dostupné nikoliv přímo, ale až na stránkách, na které odkazoval aktivní link. Separace konkrétní nabídky od abstraktně formulovaného apelu podle BGH byla vlastně nezdařeným pokusem o vyhovění požadavkům UWG (č. 28 Přílohy), které zakazuje přímou prodejní výzvu. BGH se tímto striktním výkladem snaží předejít nebezpečí jednoduchého obcházení zákona – tím, že inzerovaný produkt bude nabízen „nepřímo“ – formou odkazů. BGH tak brání tomu, aby rozdíl mezi „přímým“ a „nepřímým“ nabádáním činil jen několik milisekund (které zabere kliknutí na odkaz). Závěry BGH pragmaticky reflektují technickou povahu – relativně striktní koncept brání tomu, aby se „přímé“ výzvy lehce schovávaly za odkazy.

7.4 Děti jako aktéři reklamy

Zákaz „přímého nabádání“ by v zásadě neměl bránit tomu, aby v reklamě jako aktéři vystupovaly děti⁷⁷. Böhler⁷⁸ k tomu uvádí, že zobrazení dítěte nakupujícího určité zboží může působit na nezletilé adresáty jako návod. Pro repobaci je však nutné něco navíc – další dopad na oslovené děti,

⁷⁷ Zapojení dětí ovšem vyžaduje podle zákona o zaměstnanosti předchozí povolení Úřadu práce.

⁷⁸ BÖHLER, Ch. Wettbewerbsrechtliche Schranken für Werbemaßnahmen gegenüber Minderjährigen. *Wettbewerb im Recht und Praxis*. 2011, s. 831.

ztotožnění se subjektem reklamy, po němž následuje vlastní nákupní rozhodnutí podle osobních preferencí.

Zákaz zobrazování dětí při nákupu by nebyl v souladu s rozhodnutím zákonodárce zakázat „jen“ přímé nabádání. S tím polemizuje Mankowski, pro kterého je z pohledu vývojové psychologie dětí nerozhodné, zda jsou děti k napodobování povzbuzovány přímým apelem, či napodobováním určitého sugestivního chování vrstevníků, herců v reklamě. Citovaný autor tak považuje děti figurující v reklamě za ekvivalent „příмого nabádání“⁷⁹. V literatuře je však s tímto striktním stanoviskem osamocen.

8 Druhý zákaz: děti nemají být nástrojem marketingu

Řadu výrobků a služeb, zejména těch finančně náročnějších, si děti nepořizují samy. Činí tak za ně (či pro ně) dospělí, často pod vlivem přání dětí. Reklama tedy může cílit na děti jako „páky“, která posléze přivede k nákupu dospělé (*Kaufmotivatoren*). I na tuto variantu je v rámci úpravy nekalých praktik pamatováno.

Jak jsem již uvedl, ZOS v souvislosti s reklamou směřující na děti zavádí v písm. e) Přílohy č. 2 ZOS dva zákazy. Prodávající nesmí přímo nabádat děti, 1) aby si nabízené výrobky nebo služby koupily nebo 2) aby k jejich koupi přesvědčily dospělou osobu. Na druhou z těchto zapovězených alternativ se v této kapitole zaměřím podrobněji.

Zatímco první zákaz cílí na ochranu dětí (před přímým apelem k zakoupení zboží či služby), je u probihice výzev k přesvědčování dospělých situace méně jasná.

Podle převažujících náhledů je účelem normy i zde ochrana dětí⁸⁰: tentokrát před určitou instrumentalizací, tj. před přeměnou v marketinkový nástroj, pomocníky odbytu, kteří mají působit na rodiče a další dospělé osoby. Úprava zde tedy brání tomu, aby se děti změnily v amplifikátor, jenž zesiluje reklamní sdělení a ovlivňuje nákupní rozhodnutí dospělých (kteří k dětem chovají pozitivní emoční vazbu a jsou tedy méně odolní jejich apelům).

⁷⁹ MANKOWSKI, P. Was ist eine „direkte Aufforderung zum Kauf“ an Kinder? Zur Auslegung der Nr. 28 der deutschen und der europäischen black list. *Wettbewerb im Recht und Praxis*. 2008, s. 424.

⁸⁰ ALEXANDER, Ch. *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*. 3. vyd. 2020, § 3 odst. 3 písm. 28 (Werbeauforderung an Kinder), marg. pozn. 50.

Tento závěr lze podpořit i bodem 18 recitálu Směrnice: „*Zaměřuje-li se určitá obchodní praktika na určitou skupinu spotřebitelů, jako jsou například děti, je žádoucí, aby se dopad takové obchodní praktiky hodnotil z pohledu průměrného člena dané skupiny. Proto je vhodné zařadit do seznamu praktik, jež jsou za všech okolností nekalé, ustanovení, které, aniž by ukládalo obecný zákaz reklamy zaměřené na děti, chrání děti před přímým naváděním k nákupu.*“ Z citovaného znění je zřejmé, že tvůrce směrnice nerozlišuje mezi zákazem sub 1) a sub 2) a ochrana má směřovat k dětem jako celku.

Proti tomu stojí pojetí⁸¹, dle kterého je účelem druhého zákazu ochrana dospělých, neboť právě ti činí finální rozhodnutí o koupi. Dospělí mají být přitom chráněni před přesvědčovacími pokusy svých dětí, které na rodiče přenáší poselství reklamy (a zesilují jej o osobní prvky). Personifikovaný tlak vede k tomu, že říci „ne“ bude pro rodiče obtížnější, než by tomu bylo u sdělení podávaného neutrální osobou.

Setkáme se i se stanoviskem, dle kterého je účelem ochrana obou skupin – jak dětí, tak i dospělých⁸². Děti jsou pouze prvním článkem manipulativního řetězce, který končí rozhodnutím o koupi dospělého, kterého nekalým způsobem ovlivnil tlak zesílený dítětem – asi jako v hydraulickém mechanismu.

Mám za to, že ochrana dospělých (před apely svých dětí) není hlavním cílem právní úpravy – ta je pouze vedlejším derivátem tohoto primárního záměru. Z citovaného bodu 18 plyne záměr chránit děti před některými apely v reklamě, nikoliv řešit samotné rozhodnutí o koupi, které u druhého zákazu náleží dospělým. Cílem tedy není vytvořit dospělým ochranný štít před nátlakem dětí, neboť od průměrného (dospělého) spotřebitele, který „*má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory*“ (srov. znovu bod 18), lze očekávat, že bude způsobilý čelit tlaku svých dětí (a podle okolností využije situace k výchovnému vysvětlení povahy reklamních sdělení či hodnoty věcí).

⁸¹ APETZ, M. *Das Verbot aggressiver Geschäftspraktiken*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2011, s. 642.

⁸² KÖHLER, H. In: KÖHLER, H., BORNKAMM, J. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, Kommentar*. 32. vyd. Příloha k § 3 III marg. č. 28.13.

Německý BGH⁸³ k tomu již dříve uvedl, že „na rozdíl od dětí a mladistvých, jež jsou náchylnější k ovlivňování, lze u dospělých osob uvažovat o narušení jejich svobody volby pouze ve výjimečných případech. Reklama není nekalá jen proto, že může v dětech a mladistvých vzbudit touhu po koupi, kterou následně přenáší na své rodiče. Jedním ze základních principů každé výchovy je, aby děti pochopily, že ne všechna jejich přání mohou být vyplněna. Rozumný rodič nebo opatrovník je zpravidla schopen odmítnout jakoukoli žádost o koupi, kterou mu předloží jeho děti. To odpovídá modelu průměrně informovaného a rozumného spotřebitele, který je obeznámen s podmínkami na trhu [...]. Samotná skutečnost, že děti na rodiče více či méně intenzivně naléhají se svými požadavky, tedy v zásadě nebrání rodičům v racionálním rozhodnutí o koupi výrobku.“

Důvod, proč by inzerenti usilovali o využití dětí jako prostředku tlaku na rodiče je zřejmý – stěží si lze představit, že by nějaká reklamní akce byla co do efektu srovnatelná s asertivním naléháním vlastních dětí či vnuků⁸⁴. Na rozdíl od inzerentů u komerční reklamy mají děti k dispozici podstatně širší spektrum „nátlakových metod“, kterými mohou působit na své rodiče. Roky budovaná a roky testovaná „psychická tlačítka“ mohou rozehrát působivý koncert na nervy rodičů, kteří se v konfrontaci s prosebnými pokusy svých dětí lehce ocitnou v pozici „*comply or explain*“ (přičemž druhá varianta se jeví jako podstatně obtížnější). Ve hře jsou komplexní emoce (touha dítěte po vysněném zboží se mísí se strachem rodičů ze zklamání) a pominout nemůžeme skutečnost, že děti hůře rozpoznávají, že se z nich staly nevědomé články v manipulativním marketingovém řetězu.

Zakázána je reklama, která přímo nabádá děti, aby ke „koupi přesvědčily dospělou osobu“. Zapovězeny tak budou apely typu „Řekni mámě, ať ti to koupí“ či perverzně manipulativní poselství typu „Jestli tě má mamka ráda, tak...“, „Každá správná máma tohle své dceři určitě koupí“. Nepřípustná bude i paušální výzva k dětem, aby se ohledně koupě obrátily na dospělé („*A kolik to celý stojí? Toble neřeš, nech to na tátovi*“).

Na reprobeci nic nezmění – stejně jako u zakázaného přímého nabádání – ani případná neefektivnost a neúčelnost apelu, který může být zjevně bez šance i na minimální úspěch. Jinak řečeno, není nutné, aby děti na základě

⁸³ Rozsudek BGH ze dne 12. 7. 2007 – I ZR 82/05.

⁸⁴ BÖHLER, Ch. Wettbewerbsrechtliche Schranken für Werbemaßnahmen gegenüber Minderjährigen. *Wettbewerb im Recht und Praxis*. 2011, s. 831.

reklamy opravdu přesvědčily dospělou osobu ke koupi, rozhoduje pouze obsah a zaměření výzvy, nikoliv její výsledek.

Zakázané tak budou i zjevně neefektivní apely, kterým dospělí po rychlé kalkulaci hravě odolají či nabídnou akceptovatelnou alternativu (jde např. o zjevně předražené zboží) nebo přesvědčivě vysvětlí důvody, proč zboží nekoupit.⁸⁵

Rovněž tak není rozhodné, zda je výzva k přesvědčování adresována rodičům (ty vcelku zbytečně⁸⁶ zdůrazňuje text směrnice⁸⁷ vedle kategorie dospělých), prarodičům či jiným příbuzným. Zakaz vyzývat k přesvědčování se totiž vztahuje na všechny „dospělé“ bez rozlišení příbuzenského vztahu⁸⁸.

Co se týče formy motivace a nátlaku, lze uvítat, že český zákonodárce reflektoval znění směrnice a zakazuje přímo nabádat děti k přesvědčování dospělých. Německý UWG zde zvolil ne zrovna podařený výraz „přemlouvat“ („überreden“), což neodpovídá Směrnici (a to ani v jiných jazykových mutacích) a vede ke zbytečným dohadům o formě komunikace mezi dítětem a dospělým. V české verzi směrnice, resp. v ZOS, je naštěstí jasno: přesvědčování zahrnuje i jiné formy nátlaku na rodiče než ty verbalizované (pláč, fňukání, gesta, mimika, chování typu „šileně smutné princezny“ atp.).

Zcela bez významu bude konkrétní taktika, kterou dítě k přesvědčování zvolí, resp. má podle reklamy zvolit. I kdyby reklama předkládala „racionální“ argumenty s tím, že se děti s nimi obrátí na rodiče (může jít typicky o apely zdůrazňující ochranu životního prostředí či zvířat), půjde o zakázanou agresivní praktiku ve smyslu druhého zákazu.

⁸⁵ HARTMANN, S. *Kinder und Werbung*. Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, s. 245. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845287553>

⁸⁶ Spíše jen hypotetické případy nesezdaných rodičů mladších 18 let (navíc s dětmi ve věku, který již umožňuje verbalizovat svá přání a zejména být vnímavým adresátem nějaké reklamy) bychom mohli vyřešit tak, že i je budeme brát za „dospělé“ v rámci eurokonformního výkladu. Otázka by navíc byla zajímavá jen u individuálně adresovaných sdělení. U neselektivní reklamy šířené ve veřejném prostoru nemá žádný význam – reklamy zaměřené na děti a obsahující výzvy typu „řekni své mamince, at' ti koupí...“, budou zakázány bez dalšího.

⁸⁷ Slovy směrnice „*persuade their parents or other adults*“.

⁸⁸ Striktně viděno se tak zákaz nevztahuje na výzvy adresované jiným dětem: „Řekni své nejlepší kamarádce, at' ti k narozkám koupí...“ Teleogickou a systematickou interpretací však lze dospět k závěru, že jde o porušení písm. e) Přílohy č. 2 ZOS. Pokud by se tento náhled neprosadil, šíření takových sdělení bychom mohli zakázat podle příslušné generální klauzule (§ 4, § 5b ZOS).

Stejně jako nabádání ke koupi, bude „nabádání k přesvědčování dospělých“ zakázáno jen tehdy, když bude „přímé“. V „ideálním“ případě (ve smyslu dobrého příkladu typicky protiprávního jednání) bude reklama oslovovat děti osobně, např. tykáním, a bude obsahovat jasný příkaz, aby ke koupi přemluvily své rodiče. Oslovení druhou osobou jednotného čísla a využití imperativu ukázkově naplňuje parametry „přímého nabádání k přesvědčování dospělých“. Jak tomu ovšem bude u konkludentních výzev a nepřímých návodů?

Příkladem může být reklama zaměřená na děti, která pracuje s motivem dítěte, které si „prosadí“ u svých rodičů koupi konkrétního zboží. Více konkrétnější příklad: reklama by „vtipně“ ukazovala intenzivní nátlak dítěte, které se vytouženého zboží domáhá např. hlasitým křikem v obchodě. Tomuto tlaku nakonec rodiče rezignovaně podlehnou.

Nebo, v jemnější podobě, reklama „pouze“ ukazuje komunikaci dítěte s rodiči, kteří vyslechnou přání svého potomka a poté zboží kupují – a s nadšením a radostí pak pozorují stejné emoce u svého dítěte. Reklama v obou podobách na příkladu „učí“ děti úspěšné přesvědčovací strategií⁸⁹. Ani v jednom případě patrně nejde o přímé nabádání ve smyslu druhého zákazu v písm. e), to však neznamená, že jsou uvedené reklamy v souladu s právem. Reprobaci reklam lze dovést z generální klauzule (agresivních) nekalých obchodních praktik.

Naproti tomu u OGH v minulosti „prošel“ reklamní slogan s konkludentní výzvou obrátit se na rodiče ve znění „*Du bekommst das Buch nur, wenn deine Eltern den Bestellschein unterschreiben*“ [Tuto knihu dostaneš jen tehdy, když tvoji rodiče podepíší objednávku]⁹⁰.

Co se týče samotných výrobků nebo služeb, je opět nerozhodné, zda jde o produkty určené pro děti (hračky, dětské knihy, online hry typu Scratch) či o produkty typicky ze světa dospělých, resp. produkty na hranici obou světů (řada online her) nebo určené pro všechny věkové kategorie.

⁸⁹ Ještě méně intenzivní je pouhá prezentace dětmi poptávaného zboží ve výši jejich očí u pokladni v supermarketu (němčina má pro toto zboží speciální označení „*Quengelware*“, tj. „fňukací zboží“).

⁹⁰ Rozhodnutí OGH ze dne 8. 7. 2008, 4 Ob 57/08y.

Tento závěr poněkud komplikuje zbytečně mnohomluvný text směrnice, která v č. 28 za nekalou praktiku považuje reklamu, která má svým obsahem děti přimět „*persuade their parents or other adults to buy advertised products for them*“ (v německém znění „*für sie zu kaufen*“, v českém „aby jim je koupili“). Tento atribut (tj. určení skutečného cílového konzumenta) chybí ve francouzském či španělském znění směrnice⁹¹ a zejména pak (naštěstí) v našem transpozičním písm. e) Přílohy č. 2 ZOS. Díky tomu je znění českého ZOS opět jednoznačné: zakazy se v obou dvou variantách vztahují nejen na reklamu na „dětské“ zboží, ale také na produkty, které pořizují dospělí pro své potřeby (automobily, sportovní vybavení apod.).

Tento závěr je v souladu s životní realitou řady rodin, neboť u některého zboží jsou děti přímo zapojeny do rozhodování o koupi (automobil, jeho typ, výbava či barva jsou často výsledkem rodinných porad a totéž může platit pro bydlení, volbu hotelu na dovolené atp.) a/nebo zboží vnímají statusově – a je pro ně tedy alespoň co se týče vnějšího efektu významné stejně, jako by jim věc patřila (typicky opět rodinný vůz).

Cílem právní úpravy je ochrana před nekalou praktikou spočívající ve využití dětí jako nevědomých marketingových pomocníků (živé upomínky a amplifikátora reklamního sdělení). Z tohoto pohledu není, resp. nemůže být, povaha produktu a skupina skutečných finálních „spotřebitelů“ zboží relevantní.

9 Závěry

- a) České právo na regulaci dětské reklamy pamatuje explicitně ve třech předpisech: v rámci úpravy (agresivních) nekalých obchodních praktik v ZOS, v zákoně o regulaci reklamy a v zákoně o rozhlasovém a televizním vysílání. Podle písm. e) Přílohy č. 2 ZOS k zákonu na ochranu spotřebitele jsou obchodní praktiky vždy považovány za agresivní (a tedy zakázané), pokud prodávající „*prostřednictvím reklamy přímo nabádá děti, aby si nabízené výrobky nebo služby koupily nebo aby je jejich koupi přesvědčily dospělou osobu*“.

⁹¹ HARTMANN, S. *Kinder und Werbung*. Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, s. 246. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845287553>

- b) Citované ustanovení zavádí v rámci transpozice Směrnice o nekalých obchodních praktikách do českého práva dva zákazy: zákaz přímo nabídat ke koupi a zákaz přímo nabídat k přesvědčování dospělých.
- c) Obdobné ustanovení najdeme i v zákoně o rozhlasovém a televizním vysílání, na rozdíl od „spotřebitelského“ řešení s automatickým zákazem je však toto speciální „mediální“ řešení mírnější. Televizní reklama, která přímo nabádá děti ke koupi, nemůže být dle ZRTV zakázána *per se*. ZRTV ji zakazuje jen za podmínky, že přímo nabádá děti ke koupi (či pronájmu) a přitom využívá jejich nezkušenosti nebo důvěřivosti. ZRTV také chrání jasněji vymezené širší kategorie, krom dětí také mladistvé.
- d) Děti představují zvláště zranitelnou skupinu spotřebitelů (tj. spotřebitelů, zranitelných z důvodu věku, fyzické či duševní slabosti nebo důvěřivosti).
- e) Výklad pojmu „dítěte“ v písm. e) Přílohy č. 2 ZOS (resp. bodu 28 Přílohy Směrnice) není zatím ustálen. Direktiva rozhodný věk nestanoví, tudíž je nutné tento pojem vyložit na základě eurokonformního výkladu. S využitím teleologické, historické a systematické interpretace (geneze předpisu, vztah ke Směrnici 2010/13/EU, návrh nařízení o propagaci prodeje) dovozují, že rozhodná věková hranice bude s nejvyšší pravděpodobností stanovena na věk nižší než 18 let (velmi pravděpodobně 14 let).
- f) Rozhodnutí Soudního dvora EU, které by hranici vymezilo, zatím ovšem chybí. Teoreticky není vyloučena volba flexibilnějšího řešení – určení věkové hranice ad-hoc podle okruhu adresátů a charakteru reklamy a propagovaného produktu.
- g) Předmětem úpravy v písm. e) Přílohy č. 2 ZOS je reklama zaměřená na děti. Klíčovým interpretačním vodítkem je pojem „nabádání dětí“. Oba zákazy obsažené v písm. e) Přílohy č. 2 ZOS je třeba vztáhnout pouze na reklamu, která se zaměřuje na děti – a to tak, že děti – slovy právní úpravy – „nabádá“.
- h) Sortiment při tomto určení hraje sekundární roli a to platí i pro samotné zpracování reklamy. Zákazy dle písm. e) Přílohy č. 2 ZOS bychom měli vztahovat jen na reklamu, která je skutečně zaměřena na děti a může tak ovlivnit jejich chování (přimět je ke koupi či „alespoň“ k působení na dospělé). Předpoklad „nabádání dětí“ je přitom

naplněn i tehdy, pokud je zboží věkově neutrální a poptávají ho krom dětí i dospělí (či dokonce převážně dospělí)⁹² – a také tehdy, kdy se týká zboží, jež děti nikdy nepořizují.

- i) Zákon na ochranu spotřebitele obsahuje dva zákazy. Podle písm. e) Přílohy č. 2 ZOS je předně reprobována reklama, která „*přímo nabádá děti, aby si nabízené výrobky nebo služby koupily*“. Obsah a formu sdělení je třeba testovat z pohledu průměrného člena dotčené skupiny spotřebitelů.
- j) Děti jsou zmíněny výslovně v recitálu směrnice (bod 18 a 19) jako apriorní skupina zvláště zranitelných spotřebitelů – z důvodů věku a důvěřivosti. U reklamy, která míří cíleně na děti, se uplatní obecný referenční model dle čl. 5 odst. 2 písm. b) Směrnice, tj. „průměrné dítě“.
- k) Pokud je ale reklama podle rozumných předpokladů schopna narušit ekonomické chování dětí, platí měřítko dle čl. 5 odst. 3 věty první Směrnice o ochraně zvláště zranitelných spotřebitelů. Oba modely se přitom mohou vzájemně překrývat.
- l) Zda reklama nabádá k uzavření kupní či jiné smlouvy, není rozhodné. „Přímé nabádání ke koupi“ nelze zaměňovat s „nabídkou ke koupi“ definovanou v § 2 ZOS.
- m) Zákaz dopadá i na ty reklamy, které nemají reálný vliv na rozhodnutí dítěte. Pokud lze z celkových okolností dovodit, že reklama přímo nabádá děti k zakoupení zboží či služby, je bez dalšího naplněna podstata zákazu a není již nutné zkoumat, zda byl apel efektivní.
- n) Reklamní sdělení nabádající děti ke koupi nejsou automaticky zakázány. Prohibice se týká „pouze“ těch reklam, které děti nabádají „přímo“.
- o) Toto kritérium nenaplní prezentace prostých informací o produktu. S využitím rozhodovací praxe německých a rakouských soudů jsem formuloval několik ukázkových příkladů zakázaného (přímého) nabádání. „Přímé nabádání“ nevyžaduje nutně imperativ, na druhou stranu nebudou v rozporu se zákonem pouhé konkludentní výzvy k pořízení zboží.

⁹² Rozsudek BGH ze dne 18. 9. 2014 – I ZR 34/12; KÖHLER, H. In: KÖHLER, H., BORNKAMM, J. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. UWG, Kommentar*. 32. vyd. Příloha k § 3 III marg. č. 28.7.

- p) Za přímé nabádání ke koupi nebude obvykle považováno ani sdělení informující o výherních a slevových akcích či prosté využití dětí jako herců v reklamních spotech. Soudní praxe v SRN dále vyžaduje, aby se „přímá“ výzva týkala konkrétního produktu (zboží, služby). Paušální „lákání“ na celý sortiment v rámci akce tedy nesplňuje kritéria „přímého nabádání“. Naproti tomu bude obvykle za „přímé nabádání“ považován aktivní odkaz v reklamě on-line; přímosti apelu je zde dosaženo instantní dostupností nabídky.
- q) Druhý ze zákazů zapovídá prodávajícímu, aby v reklamě přímo nabádal děti, aby ke koupi přesvědčily dospělou osobu. Podle převažujících názorů je účelem normy i zde ochrana dětí: tentokrát před určitou instrumentalizací, tj. před přeměnou v marketingový nástroj, který má působit na rodiče a další dospělé. Ochrana dospělých (před apely svých dětí) není hlavním cílem právní úpravy – ta je pouze vedlejším derivátem tohoto primárního záměru.
- r) Zakázána je reklama, která přímo nabádá děti, aby ke „koupi přesvědčily dospělou osobu“. Zapovězeny tak budou apely typu „Řekni mámě, ať ti to koupí“ či zvrácená poselství typu „Jestli tě má mamka ráda, tak...“, „Každá správná máma tohle své dceři určitě koupí“. Nepřípustná bude i paušální výzva k dětem, aby se ohledně koupě obrátily na dospělé. Případná neefektivnost a neúčelnost apelu nehraje při právním posouzení praktiky žádnou roli.
- s) Konkludentní výzvy a nepřímé navádění k přesvědčování dospělých (rodičů) obvykle nebudou porušením písm. e) Přílohy č. 2 ZOS, reprobovat je však lze na základě generální klauzule (agresivních) nekálních obchodních praktik.
- t) Nerozhoduje, zda se výzva k přesvědčování dospělých týká typicky „dětských“ produktů, či zda jde o výrobky ze světa dospělých. Znění českého transpozičního předpisu je zde na rozdíl od úpravy německé zcela jednoznačné: zákazy se v obou dvou variantách vztahují nejen na reklamu na „dětské“ zboží, ale také na produkty, které pořizují dospělí pro své potřeby.