

TÉMA 08/2010

Roman Barinka - Virální marketing jako forma obchodního sdělení



Roman Barinka je advokátním koncipientem v advokátní kanceláři Vejmelka & Wunsch, s.r.o. Po absolvování magisterského studia obdržel titul LL.M. na Středoevropské univerzitě a následně doktorský titul Ph.D. na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. Ve své praxi se zaměřuje zejména na právo hospodářské soutěže, právní regulaci reklamy, litigaci a právo EU. Pravidelně publikuje v odborném tisku doma i v zahraničí.

Advokátní kancelář Vejmelka & Wunsch, s.r.o., založená v roce 1990, patří mezi vedoucí právní kanceláře v ČR. Do roku 2002 byla součástí mezinárodní advokátní kanceláře Freshfields Bruckhaus Deringer, s níž i nadále úzce spolupracuje stejně jako s řadou mnoha dalších zahraničních advokátních kanceláří. Rozsáhlé know-how advokátní kanceláře Vejmelka & Wunsch, získané během její dvacetileté historie, jí umožňuje poskytovat komplexní právní služby podnikatelským subjektům prakticky ve všech oblastech práva ČR i práva EU. Advokátní kancelář Vejmelka & Wunsch poskytuje své služby též v rámci projektů Pro bono.

Článek *Virální marketing jako forma obchodního sdělení* najdete [ZDE](#).

Rozhovor s Jiřím Langerem, ředitelem Euro RSCG 4D Digital

S ředitelem Euro RSCG 4D Digital jsem se setkala přímo v sídle agentury – v krásné části pražských Letenských sadů. Ze zasedačky dýchá příjemná neformálnost stejně jako z energického Jiřího Langera i z celého okolí. Na své omezené časové možnosti explicitně neupozorňuje, ani nemusí. Jeho přirozená...

Marketing na sociálních sítích - rozhovor s R. Haasem ze SYMBIO Digital, s. r. o. a J. Langerem z Euro RSCG Digital 4D

Jako téma pro začínající měsíc duben jsme vybrali stále aktuální marketing na sociálních sítích, především virální marketing.

Rozhovor s Robertem Haasem, spoluzakladatelem SYMBIO Digital, s. r. o.

O vánocích mi věštila budoucnost Ježibaba z Kofoly. Díky aplikaci Pilsner Urquell Pub Guide už nemusím sobotní večer hledat tu správnou hospodu. Se Symbiem jsme si mohli zazpívat v Londýně přímo na Trafalgarském náměstí. A chcete vědět, co je to JOURO? Podívejte se do pokojíčku na novém webu...

Virální marketing jako forma obchodního sdělení

1. Pojem obchodního sdělení a podmínky jeho šíření

Propagační sdělení šířená formou virálního marketingu podléhají celé řadě právních restrikcí. Jelikož se jedná primárně o formu reklamy, podmínky přípustnosti virálního marketingu je třeba hledat v zákoně č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy (veřejnoprávní regulace reklamy), v zákoně č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (soukromoprávní regulace reklamy v rámci úpravy nekalé soutěže) a v celé řadě dalších právních předpisů. Prostor vyhrazený tomuto příspěvku neumožňuje věnovat se v dostatečné hloubce všem aspektům právní regulace virálního marketingu. V dalším textu proto svou pozornost upřeme na jeden z jeho specifických aspektů, a to na jeho charakter coby tzv. obchodního sdělení.

Pojem „obchodního sdělení“ je definován v zákoně č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, v platném znění. Podle ustanovení § 2 písm. f) uvedeného zákona se obchodním sdělením rozumí všechny formy sdělení určeného k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image podniku fyzické či právnické osoby, která vykonává regulovanou činnost (např. advokáti či jiné profese, jejichž výkon je podmíněn povinným členstvím v samosprávné komoře) nebo je podnikatelem vykonávajícím činnost, která není regulovanou činností; za obchodní sdělení se považuje také reklama podle zvláštního právního předpisu. Podle uvedené definice se za obchodní sdělení naopak nepovažují údaje umožňující přímý přístup k informacím o činnosti fyzické či právnické osoby nebo podniku, zejména doménové jméno nebo adresa elektronické pošty; za obchodní sdělení se dále nepovažují údaje týkající se zboží, služeb nebo image fyzické či právnické osoby nebo podniku, získané uživatelem nezávisle.

Ustanovení § 7 zákona č. 480/2004 Sb. chrání osoby před zasíláním nevyžádaných obchodních sdělení elektronickými prostředky. Nevyžádaná obchodní sdělení jsou v zásadě zakázána. Výjimku představují dvě situace. Zaprvé se jedná o situaci, kdy k zaslání daného sdělení dal adresát svůj předchozí souhlas. Zadruhé se jedná o situaci, kdy prodejce získá od svého zákazníka jeho e-mailovou adresu v souvislosti s prodejem výrobku nebo služby. V takovém případě prodejce může využít tuto adresu pro potřeby šíření obchodních sdělení týkajících se jeho vlastních obdobných výrobků nebo služeb za předpokladu, že zákazník má jasnou a zřetelnou možnost jednoduchým způsobem, zdarma nebo na účet tohoto prodejce odmítnout souhlas s takovýmto využitím svého elektronického kontaktu i při zasílání každé jednotlivé zprávy, pokud původně toto využití neodmítl.

Ani v případech, které spadají pod některou ze shora uvedených výjimek, však není možné šířit obchodní sdělení jakýmkoli způsobem. Každé obchodní sdělení zasílané elektronickými prostředky musí splňovat určité podmínky, a to: (i) musí být zřetelně a jasně označeno jako obchodní sdělení, (ii) nesmí skrývat nebo utajovat totožnost odesílatele, jehož jménem se komunikace uskutečňuje, a (iii) nesmí být zasláno bez platné adresy, na kterou by mohl adresát přímo a účinně zaslat informaci o tom, že si nepřeje, aby mu byly obchodní informace odesílatelem nadále zasílány.

2. Šíření obchodních sdělení formou virálního marketingu a předchozí souhlas adresáta

Přestože jsou tato kritéria na první pohled jasná, jejich uplatňování může vést v některých případech k jistým interpretačním obtížím. Tyto obtíže mohou vyvstat v závislosti na tom, kdo a za jakých podmínek virální sdělení rozšiřuje. Z tohoto úhlu pohledu je možné rozlišovat následující situace.

Předně, pokud v rámci virálního marketingu zasílá e-maily, jež propagují určitý výrobek, službu či značku, samotný marketér, aniž by k tomu měl předchozí souhlas adresáta či aniž by

se jednalo o jeho bývalého či stávajícího zákazníka (viz výše), dopouští se protiprávního jednání, za něž mu může být uložena pokuta až do výše 10 mil. Kč. Poněkud odlišná – a méně jasná – je však situace, kdy samotný marketér takto sám nečiní, ale nabádá třetí osobu, aby virální sdělení svým přátelům, známým apod. přeposlala ona. Na tuto praxi české právo výslovně nepamatuje, protože je možné hledat inspiraci v jiných právních řádech.

Například podle stanoviska britského Úřadu Komisaře pro informatiku marketér v takovéto situaci v podstatě podněcuje svého zákazníka k tomu, aby porušil zákon, jmenovitě podmínku předchozího souhlasu adresáta obchodního sdělení, za účelem propagace svého podniku. Úřad proto marketéry výslovně nabádá, aby se k této praxi uchýlovali jen v případech, kdy lze s jistotou očekávat, že se proti přijetí zprávy její adresáti nebudou ohrazovat. V opačném případě může dojít k založení odpovědnosti za protiprávní jednání jak na straně marketéra, tak na straně jeho zákazníka, který jeho požadavku vyhověl a příslušné obchodní sdělení přeposlal třetí osobě bez jejího předchozího souhlasu.¹

Pokud si marketér vyžádá e-mailové adresy od svého zákazníka a přeposílá na ně virální marketingová sdělení sám, musí samozřejmě respektovat všechny zákonné podmínky týkající se zasílání obchodních sdělení elektronickými prostředky, v první řadě podmínku předchozího souhlasu. V takovém případě je podle Úřadu Komisaře pro informatiku ideální, pokud má marketér k dispozici předchozí souhlas adresáta přímo od něj; za přijatelnou je patrně možno považovat též situaci, kdy marketér získá výslovné potvrzení od svého zákazníka, od něhož tyto e-mailové adresy obdržel, že jejich držitelé dali k zasílání virálních sdělení marketérem souhlas. Zároveň by měl ověřit, že tyto osoby svůj souhlas v mezidobí neodvolaly.²

Konečně je možno rozlišit situaci, kdy virální marketingové sdělení přeposílá adresátovi jeho známý, který tak činí sám o své vůli, např. proto, že má za to, že se adresát pobaví stejně jako on sám. V této souvislosti je vhodné znovu ocitovat příslušnou část § 7 zákona č. 480/2004 Sb., který mj. stanoví, že obchodním sdělením se rozumí „všechny formy sdělení *určeného k přímé či nepřímé podpoře* zboží či služeb nebo image podniku fyzické či právnické osoby, která vykonává regulovanou činnost nebo je podnikatelem vykonávajícím činnost, která není regulovanou činností“. Z doslovného znění této citace se podává, že pokud si přátelé – přímí uživatelé elektronické pošty – v rámci zábavy mezi sebou přepošlou virál, jenž je (byť i třetí osobou, např. jeho původcem) určen k propagaci určitého zboží, služby či image nějakého podniku, potom by se tak mělo dít pouze s předchozím souhlasem adresáta.

Otázkou samozřejmě je, zda tento výklad zákona je adekvátní. Patrně nebude nemístné konstatování, že nikoli a že uvedená interpretace je neúnosně striktní. Máme za to, že účelem a smyslem zákona č. 480/2004 Sb. není postihovat nevyžádaná sdělení, jež sice mohou objektivně propagovat určitý výrobek či službu, ale jež si mezi sebou přeposílají přátelé a známí pouze v rámci zábavy. Ostatně ti na sebe budou zřídka kdy, pokud vůbec, podávat administrativní stížnosti, a jak praví okřídlené rčení, kde není žalobce, není ani soudce. Jako rozumnější se proto jeví interpretace, podle níž by mělo být postižitelné pouze takové jednání, kdy určitá osoba přeposílá virály svým přátelům apod. v rámci své vlastní podnikatelské činnosti. Tomu ostatně odpovídá i textace § 12 odst. 4 zákona č. 480/2004 Sb., jež umožňuje uložit pokutu fyzické osobě jen za takové protiprávní jednání, k němuž došlo při jejím podnikání nebo v přímé souvislosti s ním.³

¹ INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, GUIDANCE FOR MARKETERS ON THE PRIVACY AND ELECTRONIC COMMUNICATIONS (EC DIRECTIVE) REGULATIONS 2003 (PART 1: MARKETING BY ELECTRONIC MEANS), str. 23 a 24; dostupné na webových stránkách britského Úřadu Komisaře pro informatiku <http://www.ico.gov.uk/>.

² Tamtéž.

³ Obdobné stanovisko zastává též samotný Úřad pro ochranu osobních údajů; srov. <http://www.uoou.cz/uoou.aspx?menu=23&submenu=26>; viz též P. KÚTA, VIRÁLNÍ MARKETING A PRÁVO, dostupné na <http://www.lupa.cz/clanky/mate-na-to-stat-se-fenomenem/>. (Všechny odkazy navštíveny 30.3.2010)

3. Závěr

Byť se někteří členové širší veřejnosti občas domnívají, že ve virtuálním prostoru internetu je možné takřka vše, skutečnost je diametrálně odlišná. Internet je právně regulované prostředí, v němž platí celá řada pravidel. Jedním ze základních omezení, které má kořeny ve starořímské zásadě občanského práva *neminem laedere* (vyjadřující povinnost nikomu nepůsobit újmu), je povinnost neobtěžovat druhé osoby nevyžádanými obchodními sděleními. Tato povinnost v zásadě platí i pro propagaci zboží a služeb formou virálního marketingu. Byť je základní obsah této povinnosti na první pohled zřejmý, její aplikace může vést v některých případech k jistým výkladovým problémům. Účelem tohoto pojednání bylo na některé z těchto otázek upozornit a pokusit se na ně zformulovat odpovědi. Napomohou-li úvahy v tomto příspěvku prezentované k vytržení názorů na sporné otázky týkající se právní regulace virálního marketingu, bude jeho účel bohatou měrou naplněn.

ROMAN BARINKA
AK VEJMELKA & WÜNSCH, PRAHA