

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Mgr. Štěpán Kmoch

Slabší strana a spotřebitel v e-commerce

Disertační práce

Školitel: doc. JUDr. PhDr. David Elischer, Ph.D.

Studijní program: Teoretické právní vědy – Občanské právo

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 4. 1. 2023

Prohlašuji, že jsem předkládanou disertační práci vypracoval samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 689 537 znaků včetně mezer.

Mgr. Štěpán Kmoch

V Praze dne 4. 1. 2023

Obsah

Úvod a metodologie práce	5
1. Výchozí úvahy	13
2. Historický exkurz	17
3. Základní pojmy.....	22
3.1 Podnikatel	22
3.1.1 Základní definice v občanském zákoníku.....	22
3.1.2 Definice podnikatele dle zvláštních zákonů.....	34
3.1.3 Definice podnikatele v evropském právu	36
3.1.4 Obecná omezení podnikatelů.....	37
3.2 Spotřebitel.....	44
3.2.1 Pojem spotřebitele a problematika nejednotné definice.....	44
3.2.2 Soukromoprávní definice spotřebitele	46
3.2.3 Veřejnoprávní definice spotřebitele	53
3.2.4 Hledisko průměrného spotřebitele, jeho současný stav a budoucí směřování	53
3.3 Slabší strana.....	57
3.3.1 Zasazení slabší strany do ekonomického kontextu	57
3.3.2 Pojem slabší strany	60
4. E-commerce v širším měřítku	64
4.1 Úvodní teze.....	64
4.2 E-commerce jako hnací síla ekonomické prosperity.....	65
4.3 Digitalizace práce a její důsledky pro e-commerce.....	67
4.4 Data jako základ digitální transformace a práce s nimi při tvorbě právních předpisů	74
5. Jednotný e-commerce trh a jeho některé překážky	81
5.1 Obecně k překážkám jednotného e-commerce trhu	83
5.2 Právní překážky jednotného e-commerce trhu a kritika legislativního přístupu EU	85
5.3 Důsledky legislativy EU	94
5.3.1 Dvojí metr, aneb znevýhodňování evropských podnikatelů.....	94
5.3.2 Problematika regulačních faceliftů.....	96
5.4 Náměty de lege ferenda, aneb potřeba změny legislativního trendu v e-commerce	98
5.4.1 Snížení administrativní zátěže	98
5.4.2 Cílená právní regulace a princip minimalizace zásahů do soukromé sféry.....	99
5.4.3 Zpětné vyhodnocení dopadů legislativy a náprava chyb.....	105
5.4.4 Spotřebitelské organizace a vzdělání jako nástroj ochrany spotřebitele?.....	107
5.5 Faktické překážky jednotného e-commerce trhu	109
6. Ochrana spotřebitele a slabší strany v e-commerce obecně.....	111
6.1 Kontraktace se spotřebitelem a slabší stranou v e-commerce a problematika prosazování smluvních zájmů.....	112
6.2 Regulace obecnějšího charakteru	115

6.2.1	Obecný korektiv soutěže	116
6.2.2	Obecná ochrana spotřebitelů před nekalými praktikami podnikatelů	121
7.	Aktuální problematické otázky	126
7.1	Online marketing a iracionální faktory	126
7.1.1	Úvod	126
7.1.2	Online reklama, iracionální faktory a vybrané praktiky online marketingu	129
7.1.3	Online marketing a kognitivní zkreslení	140
7.1.4	Závěr	146
7.2	Zneužívání práv odstoupit od smlouvy ze strany spotřebitelů	147
7.2.1	Současný stav dle nyní účinné legislativy	147
7.2.2	Vyhledky do budoucna a problematické aspekty	150
7.3	Spotřebitelská modernizační „omnibus“ směrnice a její dopady na e-commerce.....	156
7.3.1	Úvod	156
7.3.2	Vliv omnibus směrnice na e-commerce	157
7.3.3	Vymezení předmětu analýzy	159
7.3.4	Marketingová komunikace slev	160
7.3.5	Uživatelské recenze	172
7.3.6	Rozšíření informační povinnosti v e-commerce	177
7.3.7	Administrativní přezkum smluv uzavíraných se spotřebitelem.....	187
7.4	Další významné změny spotřebitelského práva v e-commerce	192
7.4.1	Zákonná záruka při prodeji věci spotřebiteli	192
7.4.2	Záruka za jakost	195
7.4.3	Digitální služby, digitální obsah a zboží s digitálními prvky	196
7.5	Závěrem k velké novele.....	202
Závěr		205
Seznam zkratk.....		217
Seznam použitých zdrojů		219
Abstrakt.....		239
Abstract.....		241

Úvod a metodologie práce

Tématem předkládané disertační práce je posouzení postavení slabší strany obecně a spotřebitele v e-commerce¹. Jelikož jde o téma značně široké, které lze zkoumat z mnoha různých aspektů a v různých rovinách, je třeba si pro účely této práce zvolit úhel pohledu, který bude originální, teoreticky přínosný a současně prakticky využitelný. Jedním z mých východisek je má pětiletá advokátní praxe se specializací na právo e-commerce, která ve vztahu k této práci, kromě praktického vhledu, představuje i pomyslný kompas poukazující na aspekty v praxi značně důležité, avšak v teorii zatím opomíjené. Teoretické studium mi umožňuje nejen podrobnou analýzu otázek důležitých pro praxi, ale i „poodstoupit o krok dál“ a nahlédnout současný stav a vývoj platného práva jako funkční celek.

Cílem práce tedy není vyčerpávající deskripce stavu *de lege lata*, ani komplexní analytické pojednání o ochraně slabší strany a spotřebitele v soukromém právu vůbec, ale spíše syntéza vystihující *status quo* a výhledy do budoucna s důsledným zaměřením na e-commerce v praxi.

Těžiště práce se zaměřuje na aspekty, kterým dle mého názoru není dosud věnována potřebná pozornost (např. aplikace poznatků behaviorální ekonomie a psychologie v online marketingu, problematika marketingové komunikace slev v důsledku transpozice omnibus směrnice nebo praktické aspekty zneužívání spotřebitelského práva odstoupit od smlouvy v kontextu novelizovaného znění občanského zákoníku), s ambicí posunout stav poznání v těchto otázkách dále, jakož i na otázky, které činí praxi problematickou (a to při aplikaci Paretova pravidla, dle kterého, při aplikaci na ochranu spotřebitele, pramení 80 % prospěchu pro spotřebitele pouze z 20 % právní úpravy, která o takový prospěch usiluje). Soustředím se tedy na právní úpravu s aktuálně největším dopadem na život spotřebitele a slabší strany ve světě e-commerce. Přidanou hodnotu práce spatřuji zejména v nahlížení na regulaci e-commerce koncepčně, tedy nejen v jejím užším smyslu (pohledem na konkrétní právní předpisy a jejich ustanovení), ale i v širším měřítku², tedy s nadhledem na e-commerce jako funkční právně-ekonomický fenomén.

V rámci této práce se budu věnovat nejen v právní vědě poměrně již dobře zmapované přímé ochraně spotřebitele, ale vzhledem ke specifickým e-commerce i nepřímé ochraně

¹ Termínu e-commerce je dále užíváno namísto českého termínu elektronický obchod, a to nejen z důvodu kontinuity s běžně užívaným pojmoslovím v praxi, ale i z důvodu, že pojem elektronický obchod je používán též pro internetové obchody, přičemž internetové obchody jsou jen jednou ze součástí e-commerce a takové označování pro e-commerce by tak bylo zavádějící a nepřesné.

² Touto optikou nahlížím na e-commerce v kapitole č. 4 nazvané E-commerce v širším měřítku a dále již s postupným přechodem do právních analýz v kapitole č. 5 nazvané Jednotný e-commerce trh a jeho některé překážky.

spotřebitele, kterou rozumím např. ochranu digitální stopy jedince v kyberprostoru. Domnívám se totiž, že tato má při ochraně spotřebitele v e-commerce zcela zásadní vliv; zároveň příslušná legislativa naznačuje možný budoucí vývoj i v oblasti přímé ochrany spotřebitele a slabší strany, a to přinejmenším při regulaci oblastí IT a online marketingu, kteréžto oblasti jsou přitom pro charakteristiku e-commerce stěžejní. Touto nepřímou regulací stát – kromě jiného – usiluje o poskytnutí vyšší míry právní ochrany nejen všem fyzickým osobám (např. GDPR nebo cookies regulace), ale i slabší straně (zejm. úprava smluv uzavíraných adhezním způsobem a regulace obchodních podmínek).

Z hlediska popisu současného stavu doktríny, která s daným tématem souvisí, je vhodné rozlišení nejprve na českou doktrínu a poté zahraniční.

Českou doktrínu lze dále rozvést do dvou hlavních částí, a to na (a) obecnou literaturu o ochraně spotřebitele (např. Selucká³, Tichý⁴ a Elischer⁵) a (b) obecnou literaturu o právu e-commerce (např. Donát a Tomíšek⁶ nebo Jansa a kol.⁷). Podrobnějších pojednání o konkrétních otázkách, které kombinují ochranu spotřebitele a právo e-commerce a lze je považovat za stále aktuální, je však již poskrovnu a charakterizuje je spíše zaměření zpravidla na jednu dílčí otázku, typicky v rámci příspěvku na konferenci či odborného článku (např. dílo Selucké ohledně zboží s digitálními prvky⁸ nebo Koukala o komparatistice regulace přeshraniční přenositelnosti a poskytování digitálního obsahu a služeb⁹). Nahlížení na právo e-commerce prizmatem slabší strany poté chybí v české doktríně zcela.

V zahraniční doktríně se e-commerce právem zabývají např. autoři Forder a Svantesson¹⁰ nebo Spindler a Börner¹¹ a dále např. Davidson¹². Za zvláštní zmínku v zahraniční literatuře stojí odborný časopis *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce*

³ SELUCKÁ, M. *Ochrana spotřebitele v soukromém právu*. Praha: C. H. Beck, 2008.

⁴ TICHÝ, L., ed. *Ochrana spotřebitele*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, 2014 a v této souvislosti lze zmínit i TICHÝ, L. a KOCÍ, M. *Spotřebitelská kupní smlouva*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2013.

⁵ ELISCHER, D. § 4 Spotřebitel. In: DVOŘÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*, s. 292 a násl.

⁶ DONÁT, Josef a Jan TOMÍŠEK. *Právo v síti: průvodce právem na internetu*. V Praze: C.H. Beck, 2016.

⁷ JANSÁ, Lukáš a kol. *Internetové právo*. Brno: Computer Press, 2016.

⁸ SELUCKÁ, M. *Návrh směrnice o některých aspektech smluv o prodeji zboží v kontextu českého soukromého práva*. In: Společnost českých, německých, slovenských a rakouských právníků. XXVII. Konference Karlovarské právnícké dny. Praha: Leges, 2019. s. 453.

⁹ KOUKAL, P. *Digital Content Portability and its Relation to Conformity with the Contract*. Masaryk University Journal of Law and Technology. 2021, roč. 15, č. 1, s. 53.

¹⁰ Byť s jednou stručnou kapitolou věnovanou ochraně spotřebitele, viz FORDER, J., SVANTESSON, D. *Internet and e-commerce law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

¹¹ SPINDLER, G., BÖRNER, F. (eds.) *E-Commerce Law in Europe and the USA*, Heidelberg: Springer, 2002.

¹² DAVIDSON, A. *Social Media and Electronic Commerce Law*. SECOND EDITION. Port Melbourne, Australia: Cambridge University Press, 2016.

Law¹³, avšak ten se věnuje všem otázkám souvisejícím nejen s právem e-commerce, ale i právem informačních a komunikačních technologií, jakož i otázce duševního vlastnictví, přičemž otázka ochrany spotřebitele je v něm zastoupena zcela výjimečně a v souvislosti se specifickým problémem (jako např. článek věnovaný dopadu směrnice o právech spotřebitelů na BGB¹⁴). Vzácným zástupcem literatury kombinující právo e-commerce a ochranu spotřebitele je *Verbraucherrecht 2.0, Verbraucher in der Digitalen Welt*¹⁵, avšak ani tento počín odborné literatury nelze považovat za obecné pojednání na dané téma, neboť je tvořen příspěvky řady autorů s poměrně úzce vymezenými tématy. Podrobnější pojednání spojující právo e-commerce a ochranu spotřebitele poté, obdobně jako v české doktríně, zastupuje několik příspěvků na konferencích a odborných článků.¹⁶ Společným prvkem s českou právní vědou je absentující dílo nahlížející na právo e-commerce optikou ochrany slabší strany.

Originální přínos mé disertační práce pro právní vědu spočívá jednak v širším pohledu na e-commerce prizmatem spotřebitele a slabší strany, jednak v zaměření se na aktuální problematiku otázky, přičemž oba stanovené okruhy rozvedu podrobněji v dalších odstavcích.

Obecnou ambicí mého pojednání je identifikovat konkrétní nedostatky v tomto dynamicky se rozvíjejícím segmentu závazkového práva, a to nejen nedostatky platné právní úpravy (*de lege lata*), ale i předestřít možnosti a limity aplikační praxe, jež se potýká s legislativními texty různé míry obecnosti a různé míry kvality. Budu proto usilovat nejen o identifikaci symptomů, tj. detekci skutečných slabých míst, ale vyhodnotím i účinnost pomyslného „zákonodárcova léku“, který subjektům participujícím v e-commerce podává, vč. jeho „vedlejších účinků“ (resp. nezamýšlených dopadů).

V návaznosti na identifikaci symptomů, na něž zákonodárce nově vzniknuvší legislativou reaguje, je nutno zabývat se i příčinami jejich vzniku. V rámci analýzy je vhodné věnovat se i dopadům příslušné legislativy na společnost a existující závazkověprávní poměry. Na základě dostupných dat (empirický přístup) pak je třeba vyhodnotit nejen to, zda přijatá legislativa naplnila

¹³ Do českého jazyka přeloženo autorem této práce jako „Časopis práva duševního vlastnictví, informačních technologií a elektronického obchodu“.

¹⁴ PURNHAGEN, K., *Die Auswirkungen der E-Commerce-Regelungen der EU-Richtlinie über Verbraucherrechte auf das BGB*, 3 (2012) JIPITEC 93 para 1.

¹⁵ V českém jazyce přeložitelné jako „Spotřebitelské právo 2.0, spotřebitel v digitálním světě“. Viz MICKLITZ, H.-W., REISCH, L., JOOST, G., ZANDER-HAYAT, H. (ed.). *Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt*. Baden-Baden: Nomos, 2017.

¹⁶ Např. GUO, M. *Protection of consumer right to a fair transaction in E-commerce*. International Conference on Business Management and Electronic Information 2 (2011), str. 5-8, dále GUO, M. *A Comparative Study on Consumer Right to Privacy in E-Commerce*. Modern Economy 2012 (2012), str. 402-407 a ZHANG, Q. *Research on Rights Protection of Consumer and Interests in E-Commerce-Taking Functional Department and Industry Association*. Lecture Notes in Electrical Engineering book series (LNEE, vol. 209).

zákonodárcem deklarované cíle, ale zda a případně jak zákonodárce reaguje na zjištění, kdy k naplnění cílů nedošlo, popř. že přijatá úprava působí v praxi nežádoucí a negativní ekonomické následky. Tedy zda zákonodárce reguluje vybrané oblasti efektivně, tj. dosahuje deklarovaných cílů při současné minimalizaci doprovodných negativních vlivů (včetně případných ekonomických škod).

Výzkumné otázky (teze) lze dále zařadit do dvou hlavních skupin. Nejprve na otázky koncepčního charakteru s dopadem na celou e-commerce a následně na aktuální problematické otázky spotřebitele a slabší strany v e-commerce.

Relevantními výzkumnými otázkami (resp. tezemi) koncepčního charakteru s dopadem na celou e-commerce jsou:

- 1) Zda a jak umí zákonodárce pracovat s daty, resp. jak právní regulaci e-commerce ovlivňují empirická zjištění a kvantitativní metody. Práce s daty je v soukromé sféře standardem - data jsou *conditio sine qua non* k tomu, aby bylo vůbec možné učinit kvalitní a racionální (tj. legitimní a odůvodněné) rozhodnutí jdoucí k vytyčenému cíli. Je však standardem i v legislativní praxi? Adaptabilita, tedy schopnost rychle a efektivně reagovat na změny, představuje základní předpoklad přežití a prosperity v e-commerce, přičemž předpokladem schopnosti přizpůsobit se změnám je právě práce s daty. Zákonodárce je obecně vnímán jako spíše neobratný a pomalý (reaktivní), přičemž tento nedostatek se v e-commerce projevuje ještě markantněji než v jiných oblastech, a to právě vlivem inovací a technologického rozkvětu. Soukromá sféra je přesto schopna reagovat ze dne na den na zásadní změny, které moderní doba a zejména technologie v e-commerce přináší. Nebylo by proto žádoucí, aby se zákonodárce inspiroval a učil od podnikatelské (soukromé) sféry, kterou k prosperitě vede neúprosný, avšak zcela nezbytný pud sebezáchovy a přežití? Zmíněná inspirace by se v legislativní praxi mohla projevit (při zohlednění zdlouhavého legislativního procesu) např. využitím velkých dat (z angl. *big data*), díky kterým lze predikovat budoucí vývoj, což by umožnilo přijímat proaktivní legislativu namísto reaktivní. Související podrobnější otázkou je, zda evropský zákonodárce dosahuje jím vytyčených cílů a zda tak činí při minimalizaci doprovodných negativních vlivů.
- 2) Je známo, že evropská e-commerce je při zasazení do světové e-commerce relativně slabá. Např. z 13 největších online prodejců zboží a služeb na světě, z nichž většina je

tvořena dynamicky se rozvíjejícími online tržišti, nepochází ani jeden z EU.¹⁷ Jakou roli v tomto ohledu hraje přijímaná evropská legislativa? Přispívá činnost Evropská unie skutečně ke zvýšení míry konkurenceschopnosti evropských podnikatelů ve světové e-commerce, nebo tuto naopak ještě dále snižuje?

- 3) Jedním z charakteristických rysů e-commerce je potlačení významu geografických hranic, díky čemuž si mohou spotřebitelé např. nakoupit zboží z druhého konce světa nebo využívat služeb streamingových platforem. Z hlediska přínosu pro spotřebitele v e-commerce je, v širším měřítku, dle mého názoru nejdůležitější právě existence jednotného evropského e-commerce trhu, neboť jednotný trh (v porovnání s trhem segmentovaným na trhy národní) spotřebitelům přináší výhody nejen podobě širší nabídky zboží a služeb, ale i jejich nižší ceny díky rozsáhlejší konkurenci. Souvisejícími výzkumnou otázkou zde je, zda se Evropské unii podařilo jednotného e-commerce trhu dosáhnout a jak v tomto kontextu obstává recentní evropská legislativa, tj. zda ideu společného trhu skutečně podporuje či nikoliv. V evropském kontextu tak nabývá na významu nejen jednotný, ale i jednoduchý, srozumitelný a předvídatelný rámec na úrovni EU.

Mezi aktuální problematické otázky ochrany spotřebitele patří zejména následující:

- 1) Zda je evropským zákonodárcem akcentovaný informační model legitimním nástrojem ochrany spotřebitele, který přináší spotřebitelům skutečné výhody.
- 2) Zda je recentní regulace e-commerce, jejímž atributem je kazuističnost, legitimním způsobem ochrany spotřebitele.
- 3) Zda jsou praktiky sofistikované praktiky online marketingu, zejména při využívání poznatků psychologie a behaviorální ekonomiky o iracionálních faktorech při rozhodování lidí, ze strany státních orgánů postihovány, a pokud nikoliv, tak jaké jsou možné důvody.

Výchozí metodou zpracování disertační práce bude analýza stávajícího stavu, a to nejen z pohledu teorie (obecné východisko), ale především s důrazem na praktické fungování příslušných institutů v praxi (konkrétní aplikační hledisko).

Při teoretické analýze vycházím především z aktuálních právních předpisů upravujících ochranu slabší strany a spotřebitele v soukromém (i veřejném) právu. Přitom využívám klasických

¹⁷ COVID-19 and e-commerce: a global review [online]. *UNCTAD*. Dostupné z: <https://unctad.org/webflyer/covid-19-and-e-commerce-global-review>.

výkladových metod, a to jak standardních (jazykový, logický a systematický výklad), tak v případě jejich nedostatečnosti i metod nadstandardních (teleologický a omezeně historický). Pokud jde o samu metodologii interpretace práva, vycházím v této práci z Gerlochova pojetí¹⁸, které navazuje na Čapka a Knappa¹⁹, a to při vědomí, že v doktríně existují i jiná pojetí. Zvláštní pozornost pak věnuji i specifickým souvisejícím s výkladem právního jednání, resp. zabývám se problémem interpretace v případě smluv uzavíraných se spotřebitelem a slabší stranou v e-commerce.

Teoretické úvahy doplňuje praktická analýza, která je zaměřena nejen na aplikaci spotřebitelského (resp. obecného závazkového) práva, ale především přináší kritické zhodnocení právní regulace, její efektivity a jejích dopadů na všechny relevantní aktéry trhu (podnikatele, spotřebitele, slabší strany, stát) včetně celospolečenských dopadů, tedy i těch ekonomických. I dobře míněná regulace s cílem určitým osobám pomoci totiž může ve svém důsledku přinést více škody než užitku, což je třeba demonstrovat i na konkrétních příkladech. V rámci této analýzy budu aplikovat rovněž své znalosti a zkušenosti získané z advokacie a z mého působení v e-commerce.

V práci provedu i komparativní analýzu s právními řády členských států EU, pro které je charakteristická geografická blízkost s právem České republiky a bohatší rozhodovací praxe jako je např. Německo nebo Maďarsko.

Teprve vyhodnocením teoretické a praktické analýzy lze dospět k určitému syntetizujícímu pohledu na vybranou spotřebitelskou problematiku a poskytnout tak odpovědi na v úvodu položené otázky (teze). V práci se nevyhnu ani zhodnocení vlivu spotřebitelské modernizační „omnibus“ směrnice na e-commerce, která v reakci na výrazný socioekonomický i právní vývoj novelizuje řadu dřívějších směrnic, konkrétně směrnicí 93/13/EHS, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách²⁰, směrnicí 98/6/ES, o ochraně spotřebitelů při označování cen výrobků nabízených spotřebiteli²¹, směrnicí 2005/29/ES, o nekalých obchodních praktikách²² a směrnicí 2011/83/EU, o právech spotřebitelů²³.

¹⁸ GERLOCH, A. *Teorie práva*. 8. akt. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2021.

¹⁹ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 23.

²⁰ Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. 4. 1993, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

²¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, ze dne 16. 2. 1998, o ochraně spotřebitelů při označování cen výrobků nabízených spotřebiteli.

²² Směrnice EP a Rady 2005/29/ES, ze dne 11. 5. 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.

²³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU, ze dne 25. 10. 2011, o právech spotřebitelů, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES a zrušuje směrnice Rady 85/577/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES.

Jde-li o další vyhlídky technologického vývoje e-commerce do budoucna, lze odčitovat empirickou poučku plynoucí z tzv. Moorova zákona. Ta uvádí, že velikost výpočetního výkonu se každých 18 až 24 měsíců přibližně zdvojnásobí. Takovýto exponenciální růst je sám o sobě jen těžko představitelný, proto jej Ford vysvětluje na příkladu s akcelerujícím motorovým vozidlem.²⁴

Při pomyslném (vždy dvojnásobném) zrychlování motorového vozidla z rychlosti 10 km/h sedmadvacetkrát, což je hodnota odpovídající počtu kolikrát se výpočetní výkon zdvojnásobil od vynálezu integrovaných obvodů v roce 1958, by se dané vozidlo pohybovalo rychlostí vyšší než 1 342 000 000 km/h a za 28. minutu by vozidlo urazilo přes 22 milionů kilometrů. Vývoj informačních technologií, ke kterému došlo od r. 1958 do současnosti, prošel a stále prochází srovnatelnou akcelerací, přestože mnoho změn se děje jaksí „na pozadí“ a nemusí být její projevy na první pohled patrné tak očividně, jak tomu bylo např. při vývoji v dopravě osob. Je však důležité si uvědomit nejen tempo technologického vývoje, ale i to, jak nové objevy a technologie mění společenská paradigmatata.

Jedním z typických projevů technologického pokroku v e-commerce je rostoucí automatizace; ta přitom, obecně řečeno, snižuje potřebu lidské práce, a to nejen práce rutinní, resp. prediktabilní, ale i práce vysoce kvalifikované. Práce prediktabilní je zřejmá a příklady jsou všudypřítomné, ať už jde o nahrazování skladníků skladovými roboty či v posledních měsících hojně využívané naceňování zboží roboty dle předem stanovených kritérií (aktuálně zejména o naceňování a následně i každodenní přečeňování zboží dle aktuálních tržních cen). Méně zřejmým důsledkem je však počínající nahrazování práce vysoce kvalifikované. Příkladem může být práce lékařů se specializací rentgenolog. Jejich prací je interpretovat snímky a k osvojení potřebných znalostí je potřeba přesahující dobu deseti let. V analýze snímků se však počítače závratnou rychlostí zdokonalují a je otázkou zřejmě již blízké budoucnosti, že bude rentgenologie prováděna strojově a nikoliv chybujícími, případně nekvalifikovanými lidmi. Dalším příkladem, tentokrát z práva, může být automatizované ukládání pokut za překročení rychlosti v důsledku záznamu na rychlostní kameře, kdy i kritéria pro individualizaci výše pokuty mohou být řešena již dnes poměrně snadno automatizovaně, což lze považovat za předzvěst budoucího vývoje. Automatizace

²⁴ „Zkuste si to představit tak, že nasednete do auta a rozjedete se rychlostí 10 km/h. Po minutě konstantního tempa trochu sešlápnete plyn a další minutu jedete rychlostí dvojnásobnou, tedy 20 km/h. Poté opět zrychlíte na dvojnásobek a tak dále pořád dokola. Pozoruhodné na tom celém není ani to, že se vaše rychlost neustále zdvojnásobí, jako spíš to, jak narůstá vzdálenost, kterou jste schopni za každou minutu urazit, když budete v takovém zrychlování nějakou dobu pokračovat. Za první minutu ujedete nějakých 167 metrů. Za třetí minutu, při rychlosti 40 km/h, urazíte zhruba 667 metrů. Za pátou minutu, kdy pojedete rychlostí 160 km/h, už to budou bezmála tři kilometry. Na šestou minutu už byste potřebovali monopost a závodní dráhu.“ (FORD, M. Roboti nastupují: automatizace, umělá inteligence a hrozba budoucnosti bez práce. Praha: Rybka Publishers, 2017, s. 10).

se tedy týká univerzálně všech odvětví a stále více zasahuje do lidské práce, vč. té kvalifikované, až ji postupem času z velké míry nahradí.

Dalším projevem technologického pokroku, nyní vysoce aktuálním, je i např. digitalizace práce, která se v e-commerce sféře těší velké oblibě, nad čímž se také budu v dalším textu podrobněji zamýšlet.

Domnívám se, že společnost na takové změny není připravena. O to vyšší požadavky je proto třeba klást na proaktivitu zákonodárce, který si pro tyto účely musí osvojit sofistikovanou práci s daty (jak si v této oblasti zákonodárce stojí je i předmětem mé první obecné výzkumné otázky).

1. Výchozí úvahy

Faktická nerovnost mezi subjekty soukromého práva narušuje vůdčí zásady soukromého práva, resp. práva občanského jakožto obecného práva soukromého. Mezi narušené principy patří mimo jiné autonomie vůle a rovné hmotněprávní postavení osob soukromého práva, přičemž za zvláštní zmínku stojí rovnost přístupu ke smluvní svobodě. Jednou z hlavních funkcí právního řádu je takovou nerovnost vyvažovat. Tato ochranná funkce státu je součástí smluvního práva od samého počátku, a to již od dob římského práva, a lze ji považovat přirozenou reakci státu na asymetrické postavení osob.²⁵

Fungování trhu je založeno na jistém vyvažování sil mezi účastníky. Spotřebitel je důležitým, ne-li přímo klíčovým, hráčem na evropském trhu. Přilejeme-li však do právního řádu jen o kapku „sociálního oleje“ více, než je vhodné a potřebné, může to slabší straně umožnit, aby svých práv zneužívala, což vede opět jen k dalšímu nerovnováznému stavu.²⁶ Mnohdy tak ve spotřebitelském právu dochází k legislativnímu řešení, které sice jeden problém vyřeší, ale současně vytvoří problém nový. V případě, že se takové legislativní řešení zakládalo na podrobných datech, je takový výsledek nešťastný a má vést k poučení. Naopak v případě, kdy návrhatele právního předpisu podrobné analýzy neučinil, je výsledek neospravedlnitelným projevem neprofesionality. To znamená, že k vyvažování faktických nerovností musí docházet nejen citlivě a uvážlivě, ale především informovaně, tedy na základě dat. Důsledkem absence předchozích kvalitních ekonomicko-právních analýz je pak nejen nekvalitní příprava legislativního návrhu, ale i neinformované hlasování v rámci legislativního procesu.

Jeden z řady příkladů, kdy došlo k přilítí o kapky sociálního oleje více, než bylo potřebné, představuje spotřebitelské právo odstoupit od smlouvy uzavřené distančním způsobem. Vedle negativních ekologických dopadů takového práva nelze odhlédnout od skutečnosti, že každý třetí spotřebitel tohoto práva zneužívá a zamýšlený cíl se tak zcela míjí s reálným účinkem.²⁷ Soukromé právo sice *abusus iuris* v obecné míře zakazuje, nicméně nevhodná formulace této zásady zákonodárcem zapříčinila, že je její možná aplikace ze strany soudů *de facto* vyloučena, zvláště přihlédneme-li k notoricky známé neochotě soudů obecné korektivy v konkrétní věci aplikovat. Zákaz zneužití práva je výslovně vyjádřen v § 8 občanského zákoníku, omezuje však aplikaci této

²⁵ LURGER B. *Old and New Insights for the Protection Consumers in European Private Law*, in: BROWNSWORD R., et al. (eds.). *The Foundations of European Private Law*, 2011, s. 89 a násl. a dále s. 106 a 112.

²⁶ K tomu srov. například KMOCH, Š. *Ke zneužívání spotřebitelova práva odstoupit od smlouvy bez udání důvodu*. [cit. 2017-01-23]. Dostupné on-line z www.stepankmoch.cz.

²⁷ TICHÝ, L. ed. *Ochrana spotřebitele*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, 2014. ISBN 978-80-87488-13-3, s. 43.

zásady až na zjevné případy zneužití, přičemž zvolený přívlastek je v právu obvykle vnímán jako výraz pro něco na první pohled zřejmého a „do očí bijícího“. Záměr zákonodárce, vyjádřený v důvodové zprávě, byl proto jasný – ponechat nezjevné zneužití, které je však mnohdy pro svou sofistikovanost společensky podstatně závažnější, jako právem aprobované. Méně vhodnou právní formulaci si lze v tomto případě představit jen stěží, zvláště pak za situace, kdy zákaz zneužití práva je jedním z nejvýznamnějších korektivů excesů, kterých se slabší strany a spotřebitelé dopouští. Kdyby zákonodárce tuto zásadu na úrovni psaného práva nevyřkl a ponechal ji jako zásadu nepsanou – slovy občanského zákoníku „součástí obecně uznaných zásad spravedlnosti a práva“ –, učinil by zřejmě lépe.

Společně s rychlým rozvojem internetu, internetových plateb a e-commerce trhem obecně, kterýžto rozvoj byl výrazně umocněn pandemií způsobenou COVID-19, se regulace slabší strany a spotřebitele stává otázkou vysoce aktuální a potřebnou. Odůvodnění tohoto závěru shrnuji v následujících několika odstavcích.

V případě smluv uzavíraných na internetu je vyloučena jejich osobní povaha a otázka smluvní svobody je omezena povahou automatizovaně uzavíraných adhezních smluv. Např. v případě smluv o poskytování digitálního obsahu a služeb bylo výzkumem zjištěno, že tyto jsou výlučně adhezní.²⁸ Tento nikterak překvapivý závěr je projevem požadavku na rychlost a jednoduchost nakupování na internetu. Na straně podnikatelů tak dochází ke standardizaci smluv a zkracování kontraktačního procesu. Smlouvy jsou často uzavírány v click-through kontraktačním procesu²⁹ s tím, že ohledně většiny práv a povinností stran je odkázáno na všeobecné obchodní podmínky, které si přitom většina spotřebitelů nikdy nepřečte, a to mj. z důvodu neekonomičtějšího vynaloženého času.³⁰ Smluvní autonomie slabší strany, a zejména pak autonomie spotřebitele, je omezena pouze na to, zda smlouvu uzavře či nikoliv, přičemž toto omezení je ještě výraznější v případě trhů, na nichž není hospodářská soutěž zcela funkční, resp. kde „není kam jít jinam“. Příkladem jsou čeští poskytovatelé energií a zejména pak čeští telefonní operátoři, u kterých lze důvodně pochybovat o tom, že při své činnosti dodržují pravidla hospodářské soutěže, především pak, že nejednají ve vzájemné shodě s cílem narušit hospodářskou soutěž formou dohod o minimálních cenách, přestože jde o jedno z nejzávažnějších

²⁸ SELUCKÁ, M., RICHTER, Š. *Výzkum smluvní praxe poskytování digitálních dat spotřebitelům*. Výzkum byl realizovaný v rámci projektu specifického výzkumu Grantové agentury Masarykovy univerzity, č. MUNI/A/1296/2020.

²⁹ Týká se naprosté většiny e-shopů.

³⁰ Neekonomické je to jednak proto, že přečtení všeobecných obchodních podmínek zabere spotřebiteli příliš mnoho času a rovněž proto, že spotřebitelé je zřejmě, že nemá reálnou příležitost znění těchto podmínek jakkoliv změnit. Stejný názor je publikován i v TICHÝ, L. ed. *Ochrana spotřebitele*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, 2014. ISBN 978-80-87488-13-3.

protisoutěžních jednání, které vede k zásadnímu a plošnému poškozování *de facto* všech českých spotřebitelů.³¹

Větší automatizace procesů (automatické potvrzování objednávek, vystavování faktur, automatické určování ceny zboží, robotizace skladů, resp. skladová fulfillment řešení apod.) je sice trendem e-commerce, avšak lidský prvek je v e-commerce ještě stále, byť velice omezeně, přítomen. V této souvislosti je stále aktuální například otázka chyb v cenách e-shopů, kterých mnozí spotřebitelé využívají.³² S ohledem stále větší používání naceňovacích robotů ve vztahu k relevantní konkurenci, které spotřebitelům zajišťují nejnížší možnou cenu na trhu, se problematika chyb v cenách stává postupně doménou menších e-shopů, které k takovým technologiím nemají tak snadný přístup. Otázku lidských chyb v naceňování zboží a služeb tak postupně nahrazuje otázka chyb způsobených naceňovacími roboty.

Společně s automatizací kontraktace došlo ke vzniku tzv. technologických obrů jako jsou např. Amazon, Ebay, Facebook, Google, Apple nebo čínský AliExpress, jejichž společným rysem mimo jiné je, že jejich zákazníci, spotřebitelé, nejsou geograficky ohraničení.

Některé tyto společnosti jsou navíc pouhými zprostředkovateli, resp. modernější právní terminologií „provozovateli on-line tržišť“ (např. Amazon, Ebay nebo AliExpress), což reálnou uplatnitelnost evropských pravidel na ochranu spotřebitelů podstatně omezuje. Tak například, uzavře-li spotřebitel smlouvu na platformě AliExpress, neuzavírá ji s uvedenou společností, která pouze on-line tržiště vytvořila a dále jej nechala žít vlastním životem, ale přímo s prodejcem, který typicky pochází z Číny. Může vůbec spotřebitel v takovém případě svá spotřebitelská práva reálně uplatňovat? O tom, zda tito výrobci z nečlenských států dodržují povinnosti kladené na jejich výrobky veřejnoprávními předpisy (např. zákon o některých požadavcích na výrobky a cca 30 prováděcích nařízení vlády, dále např. zákon o ochraně spotřebitele, zákon o obalech či GDPR) nelze ani hovořit. Reálná nevyumáhelnost práva v těchto případech navíc výrazně znevýhodňuje evropské podnikatele. Paralelu k on-line tržištím v offline světě nalezneme mj. v případě vlastníka obchodního centra, který jednotlivé prostory obchodů dále pronajímá jiným podnikatelům.

³¹ Na fakt předražených cen oproti cenám těchto společností na západních trzích, kde jsou náklady na podnikání vč. ceny práce mnohonásobně vyšší, upozorňovala opakovaně média, viz např. *V Česku jsou ceny přemrštěné, mobilní tarify v zahraničí vyjdou výrazně levněji* [online]. novinky.cz, 2019. Dostupné z: <https://www.novinky.cz/internet-a-pc/mobil/clanek/v-cesku-jsou-ceny-premrstene-mobilni-tarify-v-zahranici-vyjdou-vyrazne-levneji-40269481>, a prošetření požadovala i spotřebitelská organizace dTest (*Operátoři jednají ve shodě, domnívá se dTest. Požaduje prošetření* [online]. iDnes.cz, 2017. Dostupné z: https://www.idnes.cz/mobil/mobilni-operatori/dtest-podnet-uohs-evropska-komise-setreni-drahe-sluzby-mobilnich-operatoru.A170727_133549_mobilni-operatori_LHR). ÚOHS však prozatím něco, co „každý vidí“ a vyplývá z jednoduchých počtů, nebyl schopen prokázat, což je přinejmenším zarážející a vzbuzuje podezření o zaujatosti ÚOHS na celé této mnohamiliardové záležitosti.

³² Zdařilý článek k této otázce viz JANSÁ, L. Chyba v ceně zboží internetového obchodu. *pravoit.cz* (2010-04-13) [cit. 2017-03-12]. Soudní praxe však bohužel názory tam uvedené z mých praktických zkušeností vůbec nepřijala.

Podstatným rozdílem je zde však skutečnost, že v tomto případě se mohou spotřebitelé spolehnout na svá spotřebitelská práva a přísnou národní regulaci zaručující mj. bezpečnost výrobků. To v případě prodejců ze třetích zemí obvykle neplatí.

V textu výše jsem poukázal na dva neřešené problémy v e-commerce. Prvým je neregulace, resp. absence vynutitelných spotřebitelských práv v případě prodejců ze třetích zemí jako je např. Čína. Druhým problémem je z toho vzniknuvší dvojí metr v povinnostech kladených na podnikatele působící formálně v EU oproti těm, kteří působí mimo EU, neboť přestože cílovou skupinou obou podnikatelů jsou evropští zákazníci – primárně spotřebitelé –, je na evropské podnikatele kladena markantní povinnostní zátěž související s ochranou spotřebitelů, zatímco na podnikatele z Číny a jiných třetích zemí nikoliv. Mimoevropští podnikatelé v e-commerce tak podnikají takřka v neregulovaném prostředí, resp. prostředí se samoregulací, a v tomto ohledu za zjevně nerovných podmínek, což přirozeně zvyšuje nekonkurenceschopnost evropských podnikatelů a poškozují ekonomické zájmy EU.

Legislativních výzev, které s sebou přináší e-commerce a moderní technologie, je celá řada. Opomíjeným faktem je, že nevhodnou právní regulací může zákonodárce způsobit větší škodu nežli regulací žádnou. V e-commerce je nadto díky moderním technologiím výrazně posílen účinek samoregulace, a to vlivem snadného přístupu k informacím jako jsou např. zkušenosti jiných uživatelů. Ekonomické, ekologické a jiné důsledky právní regulace musí být proto detailně zohledněny a představeny ještě předtím, než je o právním předpise hlasováno v zákonodárném sboru. Představa zákonodárce a úředníků³³, že „přijmout právní předpis stát nic nestojí“, se projevuje snahou zákonodárce právně regulovat takřka jakýkoliv nový potenciálně rizikový společenský jev či novou významnou technologii (např. umělou inteligenci). To vede k vyloučení světové konkurenceschopnosti evropských e-commerce podnikatelů (ve srovnání s podnikateli z USA a Číny, jak rozvedu podrobněji v kapitolách č. 4 a 5 této práce) a poškozují nejen evropské podnikatele, ale vzhledem k faktické neoddělitelnosti aktérů trhu i právě spotřebitele.

Právo regulující e-commerce není problematické pouze na úrovni tvorby práva, ale i na úrovni jeho aplikace. V rámci rozhodovací praxe soudů, zvláště soudů nižších stupňů, často chybí nejen právní erudice, ale i základní znalost moderních technologií a jevů, které jsou pro e-commerce charakteristické.³⁴

³³ S tímto špatným názorem jsem se opakovaně setkal při diskusích expertních skupin na Úřadě vlády ČR.

³⁴ Mnohokrát jsem se ve své advokátní praxi setkal se situací, kdy mě soud při zastupování klienta, internetového obchodu, při kterém byl řešen nákup na tomto internetovém obchodě, vyzýval k předložení papírové smlouvy. Tyto situace jsou úsměvné a řešitelné zjednodušeným vysvětlením soudci, jak v dnešní době fungují nákupy na internetu (tedy bez užití termínů jako je click-through způsob kontraktace apod.). Nicméně mají-li soudy problém s takto

2. Historický exkurz

Vzhledem k ambicím tohoto pojednání uvedeným v úvodu nezbude pro historickou analýzu příliš prostoru. Tudíž je tuto kapitolu třeba vnímat, můžeme-li parafrázovat S. Hawkinga, jako stručnou historii času.

Legislativní snahy chránit slabší lze stranu pozorovat až od konce 19. století. Prosazení ochrany slabší strany historicky bránilo pojetí smluvní svobody, odpovídalo duchu svobodného jedince a bylo po dlouhou dobu imanentním principem smluvního práva. Vrcholem přístupu založeného na dominanci takto pojaté smluvní svobody bylo 19. století jakožto epocha svobodného tržního hospodářství, ve kterém se nedostatky takového přístupu jasně projeví. Důležitým okamžikem pro „novodobou“ ochranu slabší strany bylo přijetí BGB, který potřebu ochrany slabší strany zcela nepřehlížel. Dnešními očima bychom dovodili, že ten smluvní svobodu podpořil, avšak pouze obecnými limity smluvní svobody jako jsou např. veřejný pořádek a dobré mravy.

Dalšímu vývoji již dominuje ochrana spotřebitele, která se ze základní potřeby chránit slabší smluvní stranu vyvinula a která je nyní středobodem zájmu ochranné legislativy. Ochrana spotřebitele je sice výtvorem pozdějším, nikoliv však ale zcela novým. V Německu lze za první legislativní zárodky ochrany spotřebitele považovat zákon o lichvě z r. 1880, zákon o prodeji na splátky z r. 1894 a dále například zákon o obchodu a průmyslu z let 1869 a 1873.

Přímá ochrana spotřebitele začala nabývat na významu až později, a to zejména v souvislosti s první fází evropského zákonodárství od poloviny 70. let minulého století.³⁵ Evropská unie se při vytváření zásad ochrany spotřebitele chopila vůdčí role vytvořením početných směrnic³⁶. Až o několik dekád později³⁷, a nyní zejména při nepřímé ochraně

banální záležitostí, jak si potom mohou poradit s řešením komplikovaných otázek automatického naceňování robotem, automatizovaného rozhodování nebo umělou inteligencí? Domnívám se proto, že specializace na právo informačních a komunikačních technologií bude nutností soudců, advokátů i akademiků. Prvním přirozeným krokem by měl být vznik fakultních kateder, nebo alespoň ústavů věnujících se této problematice, které takové právníky vybaví potřebnou erudicí. V současné době v České republice existuje toliko Ústav práva a technologií Masarykovy univerzity v Brně a byť je tento velmi populárním, je u nás jediným takovým útvarem.

³⁵ Rada EHS v r. 1975 přijala 1. program mířící na rozvoj politiky ochrany spotřebitele, na což navázala Komise svým akčním plánem, který položil základy spotřebitelské ochrany vystavěné na těchto pěti pilířích: právo na ochranu zdraví a bezpečnosti, právo na ochranu hospodářských zájmů, právo na náhradu utrpěné škody, právo na informace a vzdělání a právo sdružovat se k ochraně svých zájmů. Dále viz Elischer, D. In: DVOŘÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek 1. Díl první: Obecná část. 2. aktualizované a doplněné vydání*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 290 a násl.

³⁶ Tamtéž, s. 292–293.

³⁷ Zatímco směrnice jsou součástí spotřebitelského *acquis* již od r. 1985, první nařízení se datuje k r. 2004, kdy došlo ke schválení nařízení č. 261/2004 o společných pravidlech kompenzace a pomoci cestujícím, jejichž místo v letadle je obsazeno, při zrušení letu či velkém zpoždění letu.

spotřebitele, začínáme spatřovat regulaci ve formě nařízení. Koncept ochrany spotřebitele se přitom v posledních dekádách významně změnil.³⁸

Za samostatnou zmínku zde uvádím obchodní podmínky (v USA nazývány boilerplate contracts). Ty jsou pro e-commerce kontraktaci stěžejní, neboť vedle ujednání podstatných náležitostí smlouvy (zejm. předmět plnění, cena, způsob a cena dodání) zpravidla stanoví všechna ostatní práva a povinnosti stran. Obchodní podmínky zažily svůj rozkvět ještě před samotným vznikem internetu, a to již před druhou světovou válkou. Řada podnikatelů do všeobecných podmínek v té době zakomponovala nepřiměřená smluvní ujednání, přičemž nedostatečná reakce práva v té době umožnila vznik situací hrubě nespravedlivých. V Německu se soudy pokoušely s nepřiměřenými smluvními podmínkami vyrovnávat pomocí tradičních instrumentů – požadavky souladnosti zejm. s veřejným pořádkem a dobrými mravy. Tyto tradiční intervence do smluvní autonomie se však ukázaly jako nedostatečné, neboť soudy nebyly ochotny obecné korektivy aplikovat. Neochota soudů aplikovat obecné korektivy a principy přitom přetrvává dodnes. Příčinou této neochoty může být upřednostňování principu právní jistoty coby účelu práva nad spravedlností; po zkušenostech z praxe, které mě o řadu iluzí připravily, se však domnívám, že tím skutečným důvodem je spíše kombinace tlaku na rychlé rozhodování soudců a obava soudce z dodatečné práce způsobené zrušením a vrácením věci ze strany soudu vyšší instance. Až po několika dekádách, konkrétně v 70. letech 20. století, byly přijaty první zákony na ochranu před nepřiměřenými smluvními podmínkami (např. zákon o vzorových smlouvách). Podobný vývoj zaznamenaly i západoevropské státy.

Historie nám tedy přinesla ponaučení, že tradiční korektivy soukromého práva jsou pro ochranu slabší strany, resp. pro ochranu spotřebitele, nedostačující. Legislativní vývoj až do současnosti přitom ovlivnil poznatek, že zmíněné korektivy nebyly státní orgány ochotny aplikovat ani v situacích zcela zjevně nemravných. Namísto, aby se státy pokusily řešit jádro problému (tj. neochotu soudů stávající korektivy aplikovat)³⁹, začal se zákonodárce při tvorbě ochranné legislativy uchýlovat ke stále větší kazuističnosti, která však dle mého názoru slouží pouze jako jakási krátkodobá legislativní „záplata“⁴⁰, nikoliv dlouhodobě udržitelné řešení.

³⁸ Podrobně popsáno ve WEATHERILL S. *EU Consumer Law and Policy*, 2. vyd., 2005, s. 5 a násl. a Mickletz, Introduction. In: Mickletz, H. *The many concepts of Social Justice in European Private Law*, 2011, s. 3 a násl. a dále s. 31–32.

³⁹ Což je třeba podotknout, že je problémem, jehož řešení je složité, komplexní a pravděpodobně i zdlouhavé.

⁴⁰ Běžně používané v IT a obchodě jako „hotfix“, v čemž spatřuji paralelu i s právem, neboť mj. i IT a obchodní systémy jsou systémy plně závazných a zvětšujících se pravidel. Akcentuji zde to, že takové okamžité řešení zpravidla nebývá dlouhodobě funkční a spoléhání se na „hotfixy“ dlouhodobě vede k vytváření robustních a komplikovaných systémů, kterým je stále těžší a těžší porozumět a orientovat se v nich, což v dlouhodobém hledisku vede k nutnosti takto záplatované systémy kompletně předělat. Záplatování však přináší problémy nové a při dlouhodobém využívání vede nevyhnutelně k pádu systému, potažmo celé infrastruktury. Domnívám se, že kazuistický přístup bude mít za

Pokračování v legislativní praxi zaměřené na snahu podrobně postihnout každou potenciálně problematickou situaci vede ke stále větší složitosti právního řádu. Přitom již současná podoba právního řádu vyžaduje stále užší specializaci, na což však nejsou soudy personálně připraveny. Zásada *iura novit curia* přestává být zásadou a stává se spíše právní fikcí. Dosavadní koncepci ochrany spotřebitele je proto třeba od základů přepracovat, což navrhuji i někteří další autoři.⁴¹

Důrazně kritizovat je třeba neopodstatněně akcentovaný informační model, který novodobá legislativa (např. GDPR a návrh AIA) přejímá. Tento se po zkušenostech ukázal jako nevhodný a vedoucí k regulaci, jež na jedné straně zavedla podnikatelům byrokratické povinnosti, ačkoliv na straně druhé nepřinesla spotřebitelům odpovídající výhody. Argumentem pro zavedení informačního modelu navíc byl, resp. vlivem neinformované setrvačnosti stále je, teoretický koncept *homo economicus*.⁴² Informační model založený na tomto teoretickém konceptu klade důraz na odpovědnost jednotlivce, který je schopen odpovídajícím způsobem právně jednat pouze v případě, má-li dostatek informací. Uvedený koncept⁴³, přestože se může na první pohled jevit jako logický, byl již od konce 20. století empiricky vyvrácen (zejména ze strany behaviorálních ekonomů) a bylo naopak zjištěno, že primární vliv na ekonomické rozhodování spotřebitelů mají emoce a iracionální faktory, nikoliv dostupné informace, což platí i v případě zásadních ekonomických rozhodnutí jako je např. koupě vlastního bydlení či automobilu.⁴⁴ Na to však legislativní praxe doposud nijak nereagovala a dokonce i teorie pracuje s pojmem *homo economicus* ve vztahu k informačnímu modelu jako s legitimním argumentem, byť má tento s ohledem na uvedené nulovou argumentační váhu.⁴⁵ S tímto závěrem nemám v úmyslu

následek totéž. V kapitole 5.2 kritizují přístup zákonodárce v podobě řešení každého socioekonomického problému vytvářením nových povinností.

Jsem přesvědčen, že tato „záplatová legislativa“ není řešením dlouhodobě udržitelným a již vůbec ne trvalým, když jejím vedlejším účinkem je přeregulovanost, s čímž souvisí problémy, jako je mj. mechanická a bezmyšlenkovitá aplikace platné právní úpravy ze strany správních orgánů a soudů, problematika zneužívání práv ze strany spotřebitelů (teoreticky zhojitelná přes obecný korektiv *abusus iuris*, prakticky však nikoliv), zneužívání veřejnoprávní regulace v rámci konkurenčního boje a další. Neustále narůstající složitost právního řádu vede k právní nejistotě, zvýšeným ekonomickým nákladům a stále se snižující možnosti malých a středních podnikatelů zákony reálně dodržovat.

⁴¹ MICKLITZ, H.-W. *Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?* Gutachten 69. DJT, 2012, A 104.

⁴² *Homo economicus* je historickým teoretickým konceptem v podobě konsistentně racionálního jednotlivce, který jedná tak, aby optimálně uspokojil své zájmy.

⁴³ Vzhledem k tomu, že argument *homo economicus* vznikl z názorů, dojmů a pocitů (byť tyto byly prezentovány jako racionální a logické), nikoliv z empirických zjištění, je s podivem, že mu byla přikládána praktická důležitost a že byl vůbec jako argument využit, neboť zjevně postrádá sílu přesvědčivosti.

⁴⁴ Dostupné empirické poznatky o iracionalitě jednotlivců v ekonomickém rozhodování souborně rozebírá a shrnuje POUNDSTONE, W. *Priceless, The Hidden Psychology of Value*. London: Oneworld, 2011. ISBN 978-1-85168-829-6. V kapitole 7.1 se tématu vlivu iracionality na rozhodování věnuji podrobněji ve vztahu k online marketingu a jeho právní regulaci.

⁴⁵ Viz např. JANOUŠEK, M. *Ochrana slabší smluvní strany v občanském zákoníku*. Praha: C.H. Beck, 2018, s. 89 a 98.

informační model zcela negovat a navrhovat úplné upuštění od něj, ale poukázat na to, že jeho důležitost je pouze podružná a měla by být omezena primárně na zásadní informace a způsob jejich poskytování spotřebitelům, např. na transparentnost popisu předmětu plnění, nikoliv na informace spočívající v opisu řady zákonných ustanovení do obchodních podmínek (k čemuž vedou ustanovení občanského zákoníku v kombinaci s novelou zákona o ochraně spotřebitele v podobě administrativního přezkumu obchodních podmínek) či podrobné informování o zpracování cookies (k čemuž vede směrnice ePrivacy se subsidiární aplikací GDPR). Za zmínku stojí i skutečnost, že paradoxně až samoregulace, resp. snaha o dosahování obchodních cílů, vede k naplnění cílů informačního modelu lépe než legislativa.⁴⁶

Jak jsem již nastínil, důvody omezeného účinku informačního modelu v e-commerce kontraktaci (pro niž je charakteristická rychlost a jednoduchost a tento omezený účinek tímto ještě snižuje) tkví v tom, že informační povinnosti ve vztahu ke spotřebitelům (v případě GDPR ve vztahu ke všem fyzickým osobám) jsou natolik rozsáhlé, že vedou k informační přehlcnosti spotřebitelů, což přirozeně rezultuje v jev, který německá literatura označuje jako racionální apatii⁴⁷; ten se pak projevuje v neochotě spotřebitelů informační texty (v e-commerce jde typicky o obchodní podmínky, reklamační řád a podmínky ochrany osobních údajů) vůbec otevírat, natož je číst.⁴⁸ Legislativa na tuto skutečnost však nikterak nereaguje a – odtrženě od reality – setrvává u akcentování informačního modelu, což je patrné i z návrhu nařízení AIA.

⁴⁶ E-commerce podnikatelé díky tomu, že podnikají ve vysoce konkurenčním odvětví, usilují o to, aby zajistili svým zákazníkům co nejlepší možnou uživatelskou zkušenost (UX, angl. user experience). Lepší UX je i jednou z možných KPI (klíčové ukazatele výkonnosti, angl. key performance indicator), přičemž ve své praxi se začínám poprvé ve větším měřítku setkávat s tím, že potřeba lepšího UX se promítá i do oblastí jako jsou právě obchodní podmínky, prostřednictvím kterých jsou v e-commerce informační povinnosti zpravidla plněny. I s ohledem na současnou dobu (počínající krize a ochlazení e-commerce v postcovidové éře) dochází k intenzivnější snaze zaměřené nejen na akvizici nových zákazníků, ale především na jejich retenci. Zlepšení UX obchodních podmínek a dokumentů, jež slouží k plnění informačních povinností, znamená zejména jejich zjednodušení a zkrácení, jakož i zvýšení jejich přehlednosti a čtivosti. Současná regulace o toto usiluje dlouhá léta, již od samého zavedení informačního modelu, přičemž tohoto cíle nedosáhla a legislativa místo toho vedla k informační přesytenosti, tedy k přehlcní spotřebitelů informacemi, což vedlo k racionální apatii projevující se mj. neochotou takovéto texty vůbec číst. Jsou to právě až obchodní cíle, které vedly podnikatele k tomu, aby pojalý informační model smysluplně.

⁴⁷ MICKLITZ, H.-W., REISCH, L., JOOST, G., ZANDER-HAYAT, H. (ed.). *Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt*. 1. vyd., Baden-Baden: Nomos, 2017.

⁴⁸ V tomto ohledu plně souhlasím se závěry Tichého (TICHÝ, L. ed. *Ochrana spotřebitele*, s. 42), které v e-commerce platí dvojnásob (viz akcentovanou rychlost a jednoduchost kontraktace, jakož i její automatizace, tedy absence individuální „kontaktní“ kontraktace), že „většina spotřebitelů nečte předem napsaná ustanovení smlouvy, a nečiní tak z neznalosti, naopak se to jeví pochopitelným a racionálním: ekonomická analýza práva nám říká, že investice do četby a pochopení ustanovení smlouvy, do jejich srovnání s podmínkami ostatních dodavatelů na trhu, jsou-li nějací, a do snah některá z těchto ustanovení změnit, všechny tyto časově náročné a drahé investice bývají zpravidla v nepoměru k hodnotě a významu příslušné smlouvy“, jakož i s tím, že každá další nová povinnost spotřebitele o něčem informovat tento problém pouze zhoršuje, jak citovaný autor dále rozvádí „tento problém je zvýrazněn konstantně rostoucím rozsahem informačních povinností ukládaných směrnicemi EU či zákony členských států, které mohou způsobit ‚informační přetížení‘ (přemíru informací) na straně spotřebitele a mohou tak mít spíše kontraproduktivní efekt“.

Informační model je proto třeba podrobit rozsáhlé revizi a výrazným způsobem jej omezit tak, aby byl empiricky obhajitelný a neopíral svoji legitimitu o pocity a vyvrácené teorie.

Naopak pozitivní legislativní trend spatřuji v revizi stávajících početných spotřebitelských směrnic, zvláště těch v režimu minimální harmonizace, přičemž prvním takovým počinem byla horizontální směrnice 2011/83/EU ze dne 25. 10. 2011 o právech spotřebitelů⁴⁹. Pro e-commerce je nejvýznamnější směrnicí tzv. modernizační „omnibus směrnice“ 2019/2161/EU⁵⁰ a dále směrnice 2019/770/EU o digitálním obsahu a digitálních službách⁵¹ a směrnice 2019/771/EU o smlouvách o prodeji zboží, přičemž o omnibus směrnici pojednávám podrobně v kapitole 7.3 této práce.

⁴⁹ Tímto předpisem se změnila směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES a zrušila směrnice Rady 85/577/EHS, jakož i směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES.

⁵⁰ Směrnice 2019/2161/EU ze dne 27. listopadu 2019, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, 2005/29/ES a 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů Unie na ochranu spotřebitele.

⁵¹ Směrnice 2019/770/EU ze dne 20. 5. 2019 o některých aspektech smluv o poskytování digitálního obsahu a digitálních služeb.

3. Základní pojmy

3.1 Podnikatel

Charakteristika podnikatele v českém právu je vymezena nejen v občanském zákoníku, ale i ve zvláštních zákonech. Nelze opomenout ani definici podnikatele dle evropského práva a dále ani tendenci e-commerce podnikatelů definici podnikatele v obchodních podmínkách rozšiřovat.

Podnikatelem může být osoba fyzická i právnická. Pokud je podnikatel zapsán v obchodním rejstříku, činí při svém podnikání právní jednání dle § 423 občanského zákoníku pod svojí obchodní firmou. Podnikatelé nezapsaní v obchodním rejstříku právně jednají pod vlastním jménem – v případě fyzické osoby pod jejím osobním jménem a příjmením⁵² a v případě osoby právnické pod jejím názvem⁵³. Ke jménu lze připojit dodatky charakterizující osobu podnikatele nebo jeho obchodní závod.⁵⁴

3.1.1 Základní definice v občanském zákoníku

Vymezení podnikatele v občanském zákoníku je velice široké a zahrnuje v některých případech i osoby, které tento pojem jazykově přesahují, když za podnikatele jsou považováni i provozovatelé veřejných služeb, jako jsou např. provozovatelé nemocnic a veřejných škol, jak bude rozvedeno dále v podkapitole 3.1.1.4.

S ohledem na požadavek srozumitelnosti občanského zákoníku, který pojem podnikatele definuje primárně, a korelaci s obecným jazykem, lze nejprve polemizovat nad tím, zda je pojem podnikatel skutečně zvolen správně, pakliže v sobě zahrnuje i osoby, které běžná mluva za podnikatele nepovažuje. Nebyl by proto vhodnější pojem jiný, např. výraz profesionál, jak navrhol již jeden z prvních (a neúspěšných) návrhů novely občanského zákoníku? Domnívám se, že nikoliv. Vedou mě k tomu především následující dva důvody.

Za prvé, jádrem pojmu podnikatel je vazba na podnikatelskou činnost (viz podkapitolu 3.1.1.1) a rozšíření na případy, které jádro pojmu v obecném jazyce přesahují, je pouze vymezením doplňkovým pro účely ochrany slabšího, nikoliv tím primárním (viz podkapitolu 3.1.1.4).

Za druhé by mohlo dojít naopak k jazykovým komplikacím, neboť spotřebitelé jsou mnohdy také profesionálové. Příkladem může být profesionální stavebník – developer, který si pro naplnění své bytové potřeby (tedy mimo rámec své podnikatelské činnosti), nechá zhotovit

⁵² Viz § 77 odst. 1 občanského zákoníku.

⁵³ Viz § 132 občanského zákoníku.

⁵⁴ S jistými omezeními, např. dodatky nesmí vzbuzovat klamnou představu o podnikateli nebo jeho podnikání. (Plíva, S. In: DVORÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*, s. 306).

rodinný dům a uzavře za tím účelem se zhotovitelem – podnikatelem – smlouvu o dílo. Již zde předestírám, že spotřebitel není „fantomem opery“ ani osobou v pravém slova smyslu, ale sociální rolí, které právo přiznává zvýšenou ochranu; v tom lze spatřit vývoj oproti tradičnímu nahlížení na ochranu spotřebitele, které spotřebitele považovalo primárně za nezkušené a málo informované osoby nacházející se ve slabším postavení (ekonomickém, znalostním a jiném), což podrobněji rozvede v kapitole 3.2 pojednávající o spotřebiteli.⁵⁵

3.1.1.1 Základní vymezení – podle činnosti

Dle obecného vymezení v občanském zákoníku se za podnikatele považuje každý, kdo provozuje podnikatelskou činnost⁵⁶, přičemž za podnikatele se považuje pouze se zřetelem k této podnikatelské činnosti.⁵⁷

3.1.1.2 Doplnkové vymezení – zápis v obchodním rejstříku a otázka chybných fakturačních údajů

Doplnkově je ve zvláštním ustanovení právní fikcí stanoveno, že za podnikatele se považuje osoba zapsaná v obchodním rejstříku.⁵⁸ Osoby zapisované do obchodního rejstříku potom upravuje zákon o veřejných rejstřících.

Doktrinálně spornou částí této definice je, zda se osoby zapsané v obchodním rejstříku považují za podnikatele pouze v případech, kdy v dané situaci podnikatelskou činnost vykonávají, či nikoli. S tím dále souvisí na první pohled možná nadbytečná otázka, zda může být osoba zapsaná v obchodním rejstříku spotřebitelem.

Dle Plívy „citované ustanovení § 421 odst. 1 je ve vztahu k § 420 odst. 1 ustanovením zvláštním. Vzhledem k tomu, a protože § 421 odst. 1 neobsahuje žádnou výjimku, lze mít za to,

⁵⁵ Mé nahlížení na pojem spotřebitele tak, jak jej definuje současná právní úprava, ovlivnil před řadou let Tichý, který akcentoval vnímání spotřebitele jako sociální role. Více viz TICHÝ, L. ed. *Ochrana spotřebitele*, s. 39.

⁵⁶ Podnikatelskou činnost, resp. podnikání, občanský zákoník nevymezuje přímo, avšak definiční znaky lze dovodit z § 420 odst. 1 občanského zákoníku při splnění kumulativních znaků, kdy musí jít o činnost (i) výdělečnou, (ii) samostatnou, (iii) prováděnou živnostenským nebo obdobným způsobem, (iv) na vlastní účet a odpovědnost, (v) se záměrem činit tak soustavně, (vi) za účelem dosažení zisku.

⁵⁷ Viz § 420 odst. 1 občanského zákoníku, dle něhož platí: „Kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku, je považován se zřetelem k této činnosti za podnikatele.“

⁵⁸ § 421 odst. 1 občanského zákoníku stanoví, že „za podnikatele se považuje osoba zapsaná v obchodním rejstříku. Za jakých podmínek se osoby zapisují do obchodního rejstříku, stanoví jiný zákon.“ Konstrukt právní fikce je zde na místě, neboť v mnoha případech nepůjde o osoby, které vykonávají podnikatelskou činnost, ale i o osoby, kterým povinnost zápisu do obchodního rejstříku ukládá zvláštní zákon, jako je např. příspěvková organizace, dražebník, Hospodářská komora ČR a Agrární komora ČR nebo Česká tisková kancelář (viz POKORNÁ, J. In: POKORNÁ, J. a kol. *Ochrana spotřebitele proti nekalým obchodním praktikám podnikatelů*. Praha: Wolters Kluwer, 2017, s. 14).

že osoby zapsané v obchodním rejstříku se považují za podnikatele, třebaže podnikatelskou činnost nevykonávají“.⁵⁹

Naproti tomu Lasák zastává názor, že „obecné podmínky podnikání plynoucí z § 420 je nutné aplikovat i ve vztahu k podnikatelům, kteří se považují za podnikatele podle § 421 odst. 1, respektive u nichž je dána vyvratitelná domněnka podnikatele plynoucí z § 421 odst. 2. Pokud si například obuvník pro své podnikání založí společnost s ručením omezeným, není důvod, proč by měl být, na rozdíl od podnikatele ve smyslu § 420, považován za podnikatele i ve vztahu k jiné činnosti než k té, kterou provozuje. Jinými slovy soudím, že fikce stanovená v § 421 odst. 1 je stanovena ve vztahu k postavení a vymezení podnikatele, nikoliv k dosahu podnikatelského práva ve smyslu § 420 odst. 1“.⁶⁰

Osobně se přikláním k názoru Lasákově, a to nejen z důvodů jím uvedených, ale vedle toho i proto, že první pojetí by bylo příliš tvrdé, formalistické a vedlo by k odepření spotřebitelské ochrany osobám nacházejícím se reálně, byť nikoliv formálně, v sociální roli, resp. právním postavení, spotřebitele. Jak bude patrné i po přečtení mého pojednání o spotřebiteli v následující podkapitole č. 3.2, tak člověk není univerzálně podnikatelem, nebo spotřebitelem, ale v jedné situaci může být podnikatelem a v jiné zase spotřebitelem, neboť i podnikatelé vedou soukromý život, ve kterém si nakupují věci pro svoji osobní potřebu, zavazují ke spotřebitelským úvěrům apod. Zápis v obchodním rejstříku nemůže být vnímán jako pomyslné „ocejchování“ dané osoby jako podnikatele pro všechny budoucí právní poměry, zvláště za situace, kdy § 42 písm. b) zákona o veřejných rejstřících předvídá zápis fyzických osob do obchodního rejstříku. Navíc by takové formální pojetí nebylo konzistentní ani s evropskou definicí podnikatele, jak bude rozvedeno v podkapitole 3.1.3 této kapitoly.

Dále nelze opomenout skutečnost, ke které dochází v e-commerce praxi poměrně běžně, a to „překliknutí se“ při uvedení identifikačních a/nebo fakturačních údajů, kdy si kupující, dle těchto zadaných údajů podnikatel, zakoupí na internetovém obchodě věc, která však zcela zjevně s jeho podnikatelskou činností nikterak nesouvisí a ani takový náklad nebude uplatňovat jako daňový (resp. nepůjde o daňově uznatelný náklad). Např. může dojít k situaci, kdy si advokát (zapsaný v obchodním rejstříku na dobrovolné bázi dle § 42 písm. b) zákona o veřejných rejstřících) zakoupí potápěčské vybavení, nebo k situaci, kdy si osoba samostatně výdělečně činná, kterážto osoba provozuje výlučně jedinou podnikatelskou činnost, např. galerii umění (s výkonem

⁵⁹ Plíva, S. In: DVOŘÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*, s. 306.

⁶⁰ LASÁK, J. § 421 [Formální podnikatelé; domněnka podnikatele]. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1610–1613, marg. č. 1.

tomu odpovídajících živností, mj. v podobě živnosti volné „Provozování kulturních, kulturně-vzdělávacích a zábavních zařízení, pořádání kulturních produkcí, zábav, výstav, veletrhů, přehlídek, prodejních a obdobných akcí“), zakoupí jinou věc sloužící osobní potřebě této osoby. K takovým situacím v e-commerce dochází na pravidelné bázi, neboť zpravidla menší podnikatelé disponují na internetovém obchodě obvykle jedním uživatelským účtem, který používají jak pro svoji podnikatelskou činnost, tak ale i k soukromým účelům, a pouze si pro konkrétní nákupy mění své fakturační údaje, což je dnes mnohdy otázkou jen několika kliků během nákupního procesu. V těchto případech půjde stále o jednu osobu „z masa a kostí“ a je přirozené, že nakupuje i věci pro svoji osobní potřebu, resp. uzavírá s jinými podnikateli smlouvy „mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání“⁶¹. Při stále větší popularitě zrychlených nákupů, které umožňují koupi zboží na jeden až dva kliky (s platbou zapamatovanou platební kartou, která pro platbu nevyžaduje žádnou další aktivitu kupujícího, případně na další jeden klik platbou přes Apple Pay nebo Google Pay), které se přibližují e-commerce vizi v podobě nákupu tak jednoduchého a rychlého, že bude učiněn pouhou myšlenkou, se navíc fakturační i doručovací údaje doplňují automaticky (v případě fakturačních údajů např. na základě fakturačních údajích uvedených v posledním nákupu, ale do budoucna lze očekávat predikce sofistikovanější, např. podle zařízení, z něhož je v danou chvíli objednávka prováděna), důsledkem čehož k takovýmto omylům bude docházet stále častěji. V případech zde uvedených již proto nelze vždy hovořit o nákupech podnikatelů, ale v některých případech o nákupech spotřebitelů. Je proto třeba posuzovat situaci podle její pravé povahy.

Nesprávných údajů si kupující všimne typicky až v případě, kdy má uplatnit některé ze svých spotřebitelských práv, jako je např. právo na odstoupení od smlouvy uzavřené distančním způsobem bez udání důvodu dle § 1829 odst. 1 občanského zákoníku nebo právo z vady, která se vyskytne u spotřebního zboží v době dvaceti čtyř měsíců od převzetí dle § 2165 odst. 1 občanského zákoníku. Uvedl-li kupující v identifikačních, resp. fakturačních údajích své údaje nesprávně, resp. neodklikl-li nebo neopravil-li kupující již předvyplněné údaje na základě údajů zadaných v předchozím nákupu (nejčastěji zapomněl-li kupující-fyzická osoba vymazat své IČO, které jinak užívá pro účely svého podnikání), avšak ve skutečnosti uzavírá s provozovatelem internetového obchodu smlouvu mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání, tak internetový obchod bude ve většině případů v souladu se zásadou dobré víry moci oprávněně vyjít z toho, že fakturační údaje

⁶¹ Srov. § 419 občanského zákoníku definující spotřebitele jako každého člověka, který „mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná“.

odpovídají skutečnosti a v dané situaci bude na takového kupujícího nahlížet jako na podnikatele se všemi právními důsledky, které z toho vyplývají, tedy např. jím uplatněné odstoupení od smlouvy dle § 1829 odst. 1 občanského zákoníku zamítne jako neoprávněné. To odpovídá i principu poctivosti, resp. povinnosti poctivého jednání dle § 5 odst. 1 občanského zákoníku, dle něhož je provozovatel internetového obchodu, resp. i jiný prodávající, oprávněn důvěřovat obsahu právního jednání druhé strany a informacím, které mu poskytne.⁶²

V rámci tohoto obecného pravidla, zjednodušeně v rámci pravidla o důvěře ve správnost zadaných údajů, které odpovídá i ústavnímu principu právní jistoty⁶³, je však třeba odlišit případy zjevných chyb. Zjevné chyby mohou dobrou víru prodejce prolomit, např. lze poukázat na zmíněný příklad advokáta, jenž si zakoupil potápěčské vybavení a uvedl přitom své IČO. Zde půjde o zřejmé nesprávnosti dle § 578 občanského zákoníku a v takovém případě bude proto stačit poukázat na skutečnost, že předmět koupě zjevně nikterak nesouvisí s výkonem povolání advokáta, protože bude na takového kupujícího třeba nahlížet jako na spotřebitele, v tomto případě s účinky *ex tunc*, neboť se jednalo o nesprávnost zřejmou, jež nemá žádné právní následky, a na advokáta, byť v objednávce uvedl své IČO, bude třeba nahlížet jako na spotřebitele.

Další situací jsou chyby, které však nemohly být podnikateli zřejmé. V těchto případech bude nutné, aby kupující se své sociální role spotřebitele bezodkladně dovolal, resp. aby prokázal, že se vůči podnikateli při uzavření smlouvy tvářil jako podnikatel v důsledku svého vlastního omylu. Na takovou situaci bude následně zpravidla aplikováno ustanovení o omylu o vedlejší okolnosti dle § 584 odst. 1 občanského zákoníku.

Ještě komplikovanější by bylo posouzení situací spojených s příliš velkým zjednodušením nákupního procesu, kdyby kupující o nesprávných identifikačních údajích nevěděl a ani, podle objektivního měřítka plynoucího z § 4 občanského zákoníku, vědět nemohl, tedy že kupujícímu např. nebyla vůbec dána možnost nesprávné identifikační nebo fakturační údaje předem zkontrolovat či změnit, ačkoliv pro to nebyl závažný důvod. Závažným důvodem by mohl být např. zvýhodněný ceník pro B2B zákazníky, který je určen pouze pro vybranou podnikatelskou klientelu v závislosti na splnění předem stanovených podmínek, jako je např. výše obrátu, avšak ani to není jednoznačné, neboť v současné době dochází u velkých provozovatelů internetových obchodů k automatizaci procesů spojených s udělováním B2B statusu (v důsledku toho příslušná osoba získá B2B ceník), a může dojít i k situacím, že provozovatel internetového obchodu bude

⁶² HANDLAR, J. § 583 [Podstatný omyl]. In: LAVICKÝ, P. a kol., s. 2101–2111, marg. č. 6.

⁶³ Ústavní soud ve své ustálené judikatuře již mnohokrát konstatoval, že ke znakům právního státu patří mj. i princip právní jistoty. Viz např. nálezy Ústavního soudu č. 16/2004 Sb., č. 112/2003 Sb. nebo I. ÚS 420/09.

danou osobu považovat za podnikatele na základě historie objednávek, při nichž tato uvedla své IČO, a to aniž by si toho tato osoba byla sama vědoma, resp. aniž by jí to bylo výslovně oznámeno.

Každou takovou spornou situaci je proto třeba posuzovat individuálně, aby nedošlo ke zneužití práva ze strany podnikatelů, pro které je právní postavení spotřebitele zpravidla výhodnější. V mezních případech bych se přiklonil, v souladu se zmiňovaným ústavním principem právní jistoty, k přiznání právního postavení tak, jak se totojevilo druhé smluvní straně, tedy v tomto případě by šlo o postavení podnikatele.

Závěrem již jen pro úplnost uvádím, že oproti dřívějšímu pojetí platnému před rokem 2012 je odlišností mj. skutečnost, že definice podnikatele je naplněna bez ohledu na skutečnost, zda má podnikatel k takové činnosti formální oprávnění či nikoliv.⁶⁴

3.1.1.3 Doplnkové vymezení – podnikatelské oprávnění

Další doplněk k obecnému vymezení představuje § 421 odst. 2 občanského zákoníku, dle něhož se má za to, že „podnikatelem je osoba, která má k podnikání živnostenské nebo jiné oprávnění podle jiného zákona“. Tím se stanovuje vyvratitelná domněnka, kterou lze vyvrátit prokázáním, že nedochází k výkonu podnikatelské činnosti ve smyslu obecného vymezení dle § 420 odst. 1 občanského zákoníku.

3.1.1.4 Doplnkové a podmíněné vymezení – ochrana slabších

Poslední rozšíření dle občanského zákoníku podle § 420 odst. 2 občanského zákoníku je specifické tím, že se uplatní pouze (i) pro účely ochrany spotřebitele, a to univerzálně, zejména pak pro účely § 1810 až 1867 občanského zákoníku, ale i dle zvláštních zákonů⁶⁵ a (ii) pro účely ochrany podnikatele ve slabším postavení, zde však již pouze v případě dle § 1963 občanského zákoníku⁶⁶.

⁶⁴ Plíva, S. In: Dvořák, J., Švestka, J., Zuklínová, M. a kol. *Občanské právo hmotné*, s. 304.

⁶⁵ Ochrana spotřebitele samozřejmě přesahuje uvedená ustanovení, vedle toho lze jako příklady z občanského zákoníku uvést např. § 1315 odst. 3 občanského zákoníku (zakázaná ujednání v zástavních smlouvách), § 2090 odst. 2 (omezení aplikace ustanovení o odevzdání věci předáním prvním dopravci) nebo § 2169 odst. 3 (dodání nové věci bez vad a rozšíření práva na přiměřenou slevu v případě, že by dodání nové věci bez vad nebo výměna součásti nebo oprava věci působila spotřebiteli značné obtíže), avšak nelze opomenout ani zvláštní veřejnoprávní zákony, jako je zejména zákon o ochraně spotřebitele.

⁶⁶ Ustanovení § 1963 občanského zákoníku upravuje splatnost ceny u vzájemných závazků podnikatelů takto:

„(1) Je-li obsahem vzájemného závazku podnikatelů povinnost dodat zboží nebo službu za úplaty, je cena splatná, aniž je zapotřebí výzvy k placení, do třiceti dnů ode dne, kdy byla dlužníku doručena faktura nebo jiná výzva podobné povahy, anebo ode dne obdržení zboží nebo služby, podle toho, který z těchto dnů nastal později. Bylo-li však ujednáno převzetí zboží nebo služby, popřípadě ověření, zda bylo řádně splněno, je cena splatná do třiceti dnů ode dne převzetí, popřípadě ověření. To platí i pro závazek podnikatele a veřejnoprávní korporace, popřípadě právnické osoby touto korporací založené, i když nejsou podnikateli.

(2) Smluvní strany si mohou ujednat dobu splatnosti delší šedesáti dnů jen tehdy, pokud to není vůči věřiteli hrubě nespravedlivé. Je-li však obsahem závazku podnikatele povinnost dodat zboží nebo službu veřejnoprávní

Za podnikatele se v těchto situacích považuje každá osoba, která uzavírá smlouvy související s vlastní obchodní, výrobní nebo obdobnou činností či při samostatném výkonu svého povolání, popřípadě osoba, která jedná jménem nebo na účet podnikatele.

Toto rozšíření je významné, neboť mezi podnikatele zahrnuje nejen např. svobodná povolání ve smyslu § 3 odst. 2 živnostenského zákona, ale i poskytovatele veřejných služeb, jako jsou provozovatelé nemocnic, veřejné dopravy, veřejných ústavů apod.⁶⁷

3.1.1.5 Rozšiřování definice podnikatele v obchodních podmínkách jako praxe contra legem?

Mezi nikterak ojedinělou praxí patří ujednání, typicky přítomné v obchodních podmínkách, jež spojují uvedení identifikačního čísla osoby v objednávce, resp. ve fakturačních údajích, s právním postavením podnikatele. Pro názornou ilustraci lze takovou formulaci stručně vyjádřit následovně: „Uvede-li zákazník v objednávce své IČO, považuje se za podnikatele.“

Nejprve v dalším textu uvedu stručně obchodní důvody, které k takové praxi vedou, jakož i vyloučení případných variantních řešení, a následně budu analyzovat, zda nachází takový přístup oporu v platném právu.

Z praktického a obchodního pohledu je posuzovaná praxe pochopitelná. Jednak masový prodej vyžaduje co nejvyšší míru automatizace a není tak možné, aby bylo právní postavení každého zákazníka posuzováno individuálně. Jednak je nejbližší alternativní řešení (s rozumnou minimalizací zásahů do nákupního procesu) v podobě přidání možnosti uvést (např. formou zaškrtačovacího pole), zda je nákup činěn v rámci podnikatelské činnosti či nikoliv, obchodně nežádoucí, neboť prodlužuje a komplikuje nákupní proces, a to navíc informací, která je pro naprostou většinu zákazníků irelevantní. Jasná data by přirozeně přineslo až A/B testování, které je s ohledem na specifika každého e-commerce podnikatele a značného množství proměnných třeba provádět přímo v rámci daného subjektu a lze je proto jen obtížně zobecnit. Prakticky tak nezbyvá než posuzovat sporné případy na ad hoc bázi, a to zpravidla až v okamžiku, kdy vyvstane potřeba takovou otázku řešit, např. v souvislosti s uplatněním reklamace.

Z právního pohledu je uvedená praxe z hlediska platného práva problematická a vyžaduje podrobnější analýzu, při které je třeba komplexní hmotně-i procesněprávní posouzení, jak bude patrné z následujícího pojednání.

korporaci, smluvní strany si mohou ujednat delší dobu splatnosti jen tehdy, pokud je to odůvodněno povahou závazku, a doba splatnosti nesmí přesáhnout šedesát dní.“

⁶⁷ LASÁK, J. § 420 [Pojem podnikatele]. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník*, s. 1605–1610, marg. č. 3.

V první řadě se nabízí otázka, zda je uvedené ujednání v rozporu s kogentní povahou občanského práva procesního, konkrétně zda zasahuje do práva důkazního. Jak již jsem uváděl v předchozím textu⁶⁸, podnikatelem dle základního vymezení je každý, kdo provozuje podnikatelskou činnost, a to právě se zřetelem k této činnosti. To bude třeba i pro aplikaci fikce dle § 420 odst. 1 občanského zákoníku prokázat (zpravidla bude přitom uvedenou bázi normy prokazovat prodejce, který svému zákazníkovi v konkrétním případě právní postavení spotřebitele neuzná), a je proto relevantní otázkou, zda je posuzovaný právní konstrukt v obchodních podmínkách *de iure* právní fikcí (ať už bude jazykové vyjádření jakékoliv, nebude-li samozřejmě měnit jádro věci, které odpovídá slovnímu vyjádření „považuje se za“, případně „hledí se na“), neboť právní fikce, stejně jako právní domněnky, do důkazního práva, které je (stejně jako jiné instituty civilního práva procesního coby práva veřejného) zásadně kogentní, zasahují, a mohou být proto založeny pouze zákonem.

Lze se ztotožnit s následujícím a ustáleným právním názorem Nejvyššího soudu, vyjádřeným mj. v rozsudku ze dne 4. 3. 2020, sp. zn. 32 Cdo 1287/2018, a to následovně:

„Již v rozsudku ze dne 3. 12. 2008, sp. zn. 32 Cdo 2536/2007 (jenž je, stejně jako ostatní rozhodnutí Nejvyššího soudu zde citovaná, dostupný na jeho webových stránkách), Nejvyšší soud uzavřel, že právní domněnka je konstrukce, která může být založena pouze zákonem a jejímž důsledkem je za podmínek zákonem stanovených nutnost bezpodmínečně nebo podmíněčně předpokládat existenci něčeho, o čem není jisté, že je, nebo dokonce je jisté, že není. V rozsudku ze dne 18. 3. 2010, sp. zn. 23 Cdo 5508/2007, pak shodně dovodil, že zákonem stanovená právní domněnka a fikce zavazuje soud, aby buď bezpodmínečně nebo podmíněčně pokládal za dané něco, o čemž není jisté, že je, nebo dokonce je jisté, že není, a navázal úvahou, že konstrukce domněnek, jejich charakteru i následků, které jsou s nimi spojeny, přísluší toliko právu. Vysvětlil, že v procesním právu se neuplatňuje zásada „vše je dovoleno, co není zakázáno“; působí zde naopak zásada opačná, připouštějící možnost odchýlných dohod jenom tam, kde to procesní právo umožňuje. Ujednání stran modifikující důkazní břemeno, tj. institut veřejnoprávního civilního práva procesního, by proto bylo možné pouze tehdy, pokud by takovou možnost občanský soudní řád připouštěl. S ohledem na to, že zákonná úprava předpokládající dohody o důkazním břemenu neexistuje, nelze takovou dohodu uzavřít.“

⁶⁸ Viz kapitolu 3.1.1.1 této práce.

Na uvedenou otázku se tedy nabízí zdánlivě jednoduchá odpověď v podobě závěru, že uvedené ujednání je neplatné pro rozpor se zákonem, konkrétně neplatné relativně dle § 580 odst. 1 občanského zákoníku. Takový závěr by však vycházel čistě z jazykového vyjádření a pro formu by opominul obsah i úmysl jednajících, což je v přímém rozporu se základními pravidly a východisky závazkového práva, jak dále rozvádím.

Výkladová pravidla právního jednání upravuje § 555 a násl. občanského zákoníku, nutno dodat výrazně odlišně od výkladu objektivního práva.⁶⁹ Základním východiskem interpretace právního jednání je jeho posuzování podle skutečného obsahu, s výjimkou zastřené právního jednání, kde je třeba právní jednání posoudit podle zastřené právního jednání (srov. § 555 odst. 1 a 2 občanského zákoníku).

Dominantní pozici při výkladu právního jednání zaujímá úmysl smluvních stran, resp. jednajících (srov. § 556 odst. 1 občanského zákoníku), který má v duchu pravidla *falsa demonstratio non nocet* přednost i před výslovným jazykovým vyjádřením a objektivním významem použitých slov.

Relevantní v této souvislosti je i výrazně akcentované pravidlo *in favorem negotii*, resp. *in favorem contractus*, vyjádřené v § 574 občanského zákoníku, spočívající v preferenci platnosti právního jednání před jeho neplatností, což zdůrazňuje i důvodová zpráva⁷⁰ a Ústavní soud ostatně i před r. 2014 konstantně dovozoval, že mezi principy výkladu smluv patří „priorita výkladu, který nezakládá neplatnost smlouvy, před takovým výkladem, který neplatnost smlouvy zakládá, jsou-li možné oba výklady. Je tak vyjádřen a podporován princip autonomie smluvních stran, povaha soukromého práva a s tím spojená společenská a hospodářská funkce smlouvy“.⁷¹

⁶⁹ ZUKLÍNOVÁ, M. IN: DVOŘÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kolektiv. *Občanské právo hmotné*, s. 185.

⁷⁰ Důvodová zpráva k tomu konkrétně uvádí následující:

„Povaze soukromého práva a rozumné potřebě běžných soukromých občanských styků odpovídá jako hlavní zásada pravidlo, že je namístě hledat spíše důvody pro platnost právního jednání než pro jeho neplatnost (zásada *potius valeat actus quam pereat*). Proto je také tato zásada výslovně formulována jako první právní pravidlo uvozující ustanovení o neplatnosti právních jednání.

Favorizace platnosti právního jednání před jeho neplatností je významná, vzhledem k tomu, že přetrvávající tradice formalistického vnímání práva vyrostlá na základech zdejší doktríny 50. a zejména 60. a 70. let minulého století, stále sleduje opačné trendy odrážející se jak v právní praxi, tak zejména v judikatuře. S touto koncepcí odpovídající v podstatě totalitnímu právnímu myšlení a někdejší potřebě totalitního státu šikanovat soukromý život se rekonfigurované soukromé právo musí důsledně rozejít.

Zásadní hledisko, že je především zapotřebí respektovat skutečnou vůli jednající osoby, vyjadřuje i ustanovení, kterým se navrhuje stanovit, že má-li neplatné právní jednání náležitosti jiného právního jednání, které je platné, lze se jej dovolat, je-li z okolností zřejmé, že vyjadřuje vůli jednající osoby. V tom směru se recipuje § 41a odst. 1 platného občanského zákoníku.“

⁷¹ Viz náleze Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 625/03, přičemž lze zmínit i navazující náleze téhož soudu, sp. zn. II. ÚS 571/06, ve kterém je konstatováno, že „porušením čl. 1 Ústavy a čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod je

V kontextu výše uvedeného není ujednání „Uvede-li zákazník v objednávce své IČO, považuje se za podnikatele.“ zjevně dohodou o tom, že určitá skutečnost nebude předmětem dokazování, ale toliko uvedením skutečnosti, že pokud zákazník uvede v objednávce své IČO, tak tím prohlašuje, resp. v rámci právní jistoty vyjadřuje prodejci na vědomí svoji vůli, že objednávku činí v rámci své podnikatelské činnosti, důsledkem čehož bude prodejce v dobré víře postupovat ve vztahu k takovému zákazníkovi jako k podnikateli. Byť je zvolené jazykové vyjádření zcela nevhodné a indikuje na první pohled konstrukci právní fikce, na pravé podstatě věci to ničeho nemění.

Tomuto závěru odpovídá i nedávný rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. 3. 2022, sp. zn. 23 Cdo 1001/2021, přičemž pro značnou kvalitu odůvodnění tohoto rozsudku, které obsahuje i porovnání s předchozí právní úpravou, již jsem se výše nezabýval, uvedu níže delší blokovou citaci:

„[41] Občanský zákoník z roku 2012 je vystavěn zejména na respektu k autonomii vůle stran. Je přitom třeba zjišťovat skutečnou vůli stran. Na takto zjištěnou skutečnou vůli stran je kladen důraz před jejím prostým jazykovým vyjádřením při posuzování právních jednání stran.

[42] Podle judikatury Nejvyššího soudu (např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 4. 2017, sp. zn. 21 Cdo 5281/2016) tak na rozdíl od právní úpravy v předchozím občanském zákoníku, účinném do 31. 12. 2013, podle níž bylo třeba právní úkony vyjádřené slovy vykládat nejenom podle jejich jazykového vyjádření, ale zejména též podle vůle toho, kdo právní úkon učinil, není-li tato vůle v rozporu s jazykovým projevem (srov. ustanovení § 35 odst. 2 obč. zák.), a ve vztahu k níž dovolací soud ve své ustálené judikatuře dovodil, že podmínkou pro přihlídnutí k vůli účastníků je to, aby nebyla v rozporu s tím, co plyne z jazykového vyjádření úkonu (srov. například rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 11. 1998 sp. zn. 25 Cdo 1650/98, uveřejněný v časopise Právní rozhledy, č. 7, roč. 1999, s.

formalistický přístup obecných soudů při interpretaci obsahu dohod mezi účastníky bez zjišťování skutečné vůle účastníků těchto dohod a bez zohlednění konkrétních okolností, za nichž byly dohody uzavřeny a poté realizovány“, jakož i náleží téhož soudu, sp. zn. II. ÚS 3381/10, ve kterém je uvedeno: „I v těch případech, kdy součástí právního úkonu – smlouvy – je ujednání o vykonatelnosti, má přednost výklad, který nezakládá neplatnost smlouvy, před výkladem, který neplatnost smlouvy zakládá, a to i v těch případech, jsou-li možné oba výklady. Tento závěr vyplývá z principu autonomie smluvních stran a z povahy soukromého práva. Autonomie vůle a svobodného individuálního jednání je na úrovni ústavní garantována čl. 2 odst. 3 Listiny, a proto požívá ochrany ze strany státu. Stát tuto ochranu zajišťuje jednak proti zásahům ze strany třetích subjektů, jednak sám vyvíjí pouze takovou aktivitu, kterou do této sféry zasahuje pouze v případech, které jsou odůvodněny určitým veřejným zájmem, a pokud je takový zásah přiměřený s ohledem na cíle, kterých má být takovým zásahem dosaženo. V daném případě ani vedlejší účastník řízení evidentně neměl před zahájením řízení pochybnosti o určitosti ujednání dohody o narovnání, když na jejím základě částečně stěžovateli dobrovolně plnil.“

386, nebo rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. 12. 2002, sp. zn. 25 Cdo 1116/2001), právní úprava v zákoně č. 89/2012 Sb., občanském zákoníku účinném od 1. 1. 2014, opouští – jak vyplývá i z důvodové zprávy k tomuto zákonu – důraz na formální hledisko projevu, typický pro předchozí občanský zákoník (srov. zejména ustanovení § 35 odst. 2 obč. zák.), a klade větší důraz na hledisko skutečné vůle jednajících osob.

Základním hlediskem pro výklad právního jednání je tedy podle právní úpravy účinné od 1. 1. 2014 úmysl jednajícího (popřípadě – u vícestranných právních jednání – společný úmysl jednajících stran), byl-li takový úmysl druhé straně (adresátovi projevu vůle) znám, anebo musela-li (musel-li) o něm vědět. Při zjišťování tohoto úmyslu je třeba vycházet z hledisek uvedených v ustanovení § 556 odst. 2 o. z. a přihlídnout též k praxi zavedené mezi stranami v právním styku, k tomu, co právnímu jednání předcházelo, i k tomu, jak strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají. Teprve v případě, že ani za použití uvedených výkladových pravidel nelze zjistit úmysl jednajícího, se uplatní objektivní metoda interpretace a projevu vůle se přisuzuje význam, jaký by mu zpravidla přikládala osoba v postavení toho, jemuž je projev vůle určen.“

Správně položená otázka tedy zní, zda je hmotněprávní dohoda (která je navíc součástí hlavní smlouvy v podobě obchodních podmínek) o tom, že kupující může uvedeným způsobem prohlásit, že je podnikatelem (což má přirozeně i důkazní relevanci ohledně naplnění báze normy coby předpokladu aplikace právní fikce dle § 420 odst. 1 občanského zákoníku) v souladu s hmotným právem či nikoliv.

Rozpor takového ujednání s kogentními normami nespátřuji, k čemuž mě vede následující úvaha.

Na prvním místě je při takovém posouzení třeba uvést § 1 odst. 2 občanského zákoníku, dle kterého jsou mj. zakázána ujednání týkající se postavení osob. Osobní stav (status) fyzických i právnických osob nepřipouští autonomní regulaci a jde o normy zásadně kogentní. Lavický k tomu uvádí⁷²: „Důvod kogentnosti těchto ustanovení má původ jednak v ústavních a mezinárodních základech těchto otázek, jež tvoří mnohdy nezadatelná základní práva (což reflektuje například § 16 nebo § 19 odst. 2), jednak v jejich účelu. Představuje-li osobní status základní pozici osoby v právních vztazích, pak s ohledem na právní jistotu a vůbec možnost racionálního fungování soukromoprávního styku musí být regulován předvídatelně, a tedy

⁷² LAVICKÝ, P. § 1 [Soukromé a veřejné právo; dispozitivnost; zakázaná ujednání]. In: LAVICKÝ, P. a kol. Občanský zákoník, s. 19, marg. č. 83.

jednotně.“ Domnívám se, že otázka posuzování, zda je daná osoba v právním postavení spotřebitele či podnikatele, je právě otázkou statusovou, což podporuje i systematické zařazení těchto definic v hlavě II. občanského zákoníku, jež pojednává o osobách a upravuje základní statusové otázky.

Odchylné ujednání od § 419 občanského zákoníku je – opět zdánlivě – nepřijatelné pro rozpor s mnoha jinými ustanoveními i z důvodu zúžení spotřebitelské ochrany. Na status spotřebitele je navázána celá paleta spotřebitelských práv, tedy formulace „uvede-li však tato osoba IČO, je podnikatelem“, by vedla nejen ke zdánlivosti takového ujednání dle § 1812 odst. 2 občanského zákoníku⁷³, ale jednalo by se i o porušení explicitního zákazu dle § 1814 písm. a) občanského zákoníku⁷⁴, neboť by tím zároveň došlo k vyloučení spotřebitelových práv z vadného plnění. V neposlední řadě se lze v tomto ohledu vrátit i ke „kořenům“ v § 1 odst. 2 občanského zákoníku a dovodit rozpor takového ujednání s veřejným pořádkem, když „sledují právní pravidla sledující zvláštní ochranu osob náležejících ke skupinám zranitelným sociálně nebo ekonomicky“⁷⁵, jakož i s imperativem kogentnosti vyplývajícího ze smyslu a účelu právní normy⁷⁶.

I navzdory nešťastně zvolené rozebírané formulaci dovozují, při aplikaci dříve uvedených pravidel *falsa demonstratio non nocet a in favorem negotii*, resp. *in favorem contractus*, že je jedinou možností kvalifikovat dané ujednání jako pouhé prohlášení. Ukáže-li se tedy následně v rámci dokazování, že kupující, byť v objednávce uvedl IČO, se ve skutečnosti nacházel v právním postavení spotřebitele (např. v důsledku omylu), může být teoreticky důsledkem vznik práva na náhradu škody z důvodu nepravdivosti takového prohlášení, resp. uvádění podnikatele v omyl, byť vyčíslení a prokázání takto vzniklé škody považují za v praxi zásadně nereálné.

⁷³ „K ujednáním odchylným se od ustanovení zákona stanovených k ochraně spotřebitele se nepřihlíží. To platí i v případě, že se spotřebitel vzdá zvláštního práva, které mu zákon poskytuje.“

⁷⁴ „Zvláště se zakazují ujednání, která a) vylučují nebo omezují spotřebitelova práva z vadného plnění nebo na náhradu újmy.“

⁷⁵ ELIÁŠ, K. In: *K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku* [online]. Bulletin advokacie, 2015. Dostupné také z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/k-pojeti-dispozitivniho-prava-v-obcanskem-zakoniku>.

⁷⁶ Jako příklad kogentnosti vyplývající ze smyslu a účelu normy dle teleologického výkladu § 1 odst. 2 se běžně uvádí i právě ochrana slabší strany a spotřebitele. Podrobněji se k tomu vyjadřuje následovně komentářová literatura: „Na základě teleologického výkladu lze usuzovat (k tomu viz i literaturu citovanou v záhlaví), že kogentní budou především právní normy, jejichž smyslem a účelem je: [...] ochrana slabší strany (například spotřebitele, nájemce, zaměstnance, nezletilého). Často se bude ochrana slabší strany v oblasti závazkového smluvního práva prolínat s omezením smluvní svobody, neboť jedno je prostředkem k dosažení druhého, tj. smluvní svoboda se limituje za účelem dosažení alespoň přibližné smluvní spravedlnosti. Kogentní normy, které chrání slabší stranu, mají často povahu norem relativně kogentních, tj. nepřipouštějí odchylky pouze v neprospekch této strany. Bylo by zjevně v rozporu s funkcí těchto právních norem vylučovat taková ujednání, která jsou příznivější pro stranu, která má být chráněna. Občanský zákoník sám relativní kogentnost vyjadřuje například v § 1812 odst. 2, § 2235 odst. 1, § 2519 odst. 2 nebo v § 2549.“ (Viz LAVICKÝ, P. § 1 [Soukromé a veřejné právo; dispozitivnost; zakázaná ujednání]. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník*, s. 18, marg. č. 83–81.)

S ohledem na skutečnost, že rozebírané ujednání je součástí obchodních podmínek, nelze opomenout ani pravidlo o neúčinnosti překvapivých ustanovení obchodních podmínek (srov. § 1753 občanského zákoníku). Uvedené ujednání totiž nelze posuzovat izolovaně, ale v kontextu konkrétní věci, proto pro určité zjednodušení v rámci tohoto pojednání i vycházím z toho, že z okolností bude průměrnému⁷⁷ kupujícímu patrné, že v situaci, kdy v objednávce vyplňuje pole pro uvedení IČO (ať už se právně nachází v pozici spotřebitele, či podnikatele), tímto i deklaruje, že nákup činí v souvislosti se svou podnikatelskou činností.

Oporu pro zde uvedenou myšlenkovou úvahu v rámci posouzení častého ujednání obchodních podmínek internetových obchodů nacházím částečně i v recentním rozsudku Nejvyššího soudu, ze dne 23. 3. 2022, sp. zn. 23 Cdo 1001/2021⁷⁸, jehož odůvodnění je nadstandardně kvalitní a podrobné. S ohledem na odchylky spotřebitelské oblasti, jakož i sféry e-commerce (zde zejména spojení s obchodními podmínkami), je však i úvaha mnou výše prezentovaná specifická a šitá na míru dané situaci, tedy jdoucí v těchto aspektech nad rámec úvah uvedeného rozsudku.

3.1.2 Definice podnikatele dle zvláštních zákonů

Základním veřejnoprávním předpisem definujícím podnikatele je živnostenský zákon, který upravuje podmínky živnostenského podnikání a stanoví také, které podmínky musí být splněny k tomu, aby mohla fyzická nebo právnická osoba živnost provozovat.

Živnostenský zákon nevymezuje podnikatele, resp. podnikání, jako činí § 420 a násl. občanského zákoníku, zejména jeho § 420 odst. 1 ale definuje živnost, přičemž tak činí totožnými pojmovými znaky jako § 420 odst. 1 občanského zákoníku. Rozdílem oproti podnikání, který, v souladu se zákazem synonym a synonymního výkladu v legislativě⁷⁹, a z toho vyplývajícího zákazu synonymního výkladu, odůvodňuje zavedení nového pojmu živnost, spočívá v negativním vymezení živnosti.

Živnostenský zákon ve svém § 3 vypočítává, které podnikání nepovažuje za živnost a jeho úpravu ponechává zvláštní právní úpravě. Vztah podnikání a provozování živnosti, resp. vztah

⁷⁷ Viz domněnku § 4 odst. 1 občanského zákoníku: „*Má se za to, že každá svéprávná osoba má rozum průměrného člověka i schopnost užívat jej s běžnou péčí a opatrností a že to každý od ní může v právním styku důvodně očekávat.*“ O souvisejícím hledisku průměrného spotřebitele, které *lex specialis* ke zde uvedenému, pojednávám v navazující kapitole věnované definici spotřebitele.

⁷⁸ Relevantní je zejména část počínající marginálním č. 45.

⁷⁹ Viz čl. 40 odst. 1 Legislativních pravidel vlády: „*Právní předpis musí být terminologicky jednotný. Zároveň je třeba dbát souladu s terminologií použitou v navazujících a souvisejících právních předpisech různé právní síly.*“

podnikatele a živnostníka, je tedy vztahem vnořených kruhů, kdy kategorie podnikatele je širší. Platí tedy, že všichni živnostníci jsou podnikatelé, avšak pouze někteří podnikatelé jsou zároveň živnostníky a podléhají tak právní regulaci dle živnostenského zákona.

Význam živnostenského zákona pro účely ochrany spotřebitele a slabší strany spočívá v jejich nepřímé ochraně řadou povinností kladených na živnostníky.

V první řadě jde o snahu zajistit jistou kvalitativní úroveň živnostníků, když živnostenský zákon zavedl všeobecné (plná svéprávnost, bezúhonnost)⁸⁰ a zvláštní podmínky (odborná způsobilost)⁸¹, jakož i překážky provozování živnosti⁸².

V druhé řadě jde o povinnosti spojené s řádným výkonem živnosti, resp. s provozováním živnosti v provozovně, jako jsou např. povinnosti (i) oznámit předem živnostenskému úřadu zahájení a ukončení provozování živnosti, (ii) označit provozovnu dle § 17 odst. 7 živnostenského zákona, (iii) zajistit způsobilost provozovny pro provozování dané živnosti dle stavebního zákona nebo (iv) ustanovit osobu odpovědnou za činnost provozovny.

Zvláštní veřejnoprávní předpisy poté již podnikatele nedefinují a ponechávají tak, dle mého názoru zcela správně, definici občanskému zákoníku. Namísto toho se soustředí na regulaci podnikatelské činnosti, přičemž doktrinálně lze rozlišit veřejnoprávní regulaci podnikatelské činnosti v obecné rovině a dále ve zvláštních případech.

Regulaci podnikání v obecné rovině dále upravuje zejména zákon o ochraně spotřebitele⁸³ a zákon o regulaci reklamy, což jsou do jisté míry spojené nádoby tvořící funkční celek (viz např. § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy).

Regulaci podnikání ve zvláštních případech upravují, resp. dále rozvádí, např. zákon o technických požadavcích na výrobky (podnikání v oblasti dovozu, výroby, distribuce a uvádění na trh výrobků, které by mohly ve zvýšené míře ohrozit zdraví nebo bezpečnost osob, majetek nebo životní prostředí, popřípadě jiný veřejný zájem), zákon o potravinách a tabákových výrobcích (podnikání v oblasti potravinářství a tabákových výrobků), zákon o zdravotních prostředcích (podnikání v oblasti zdravotních prostředků).

⁸⁰ Viz § 6 živnostenského zákona.

⁸¹ Viz § 7 živnostenského zákona.

⁸² Viz § 8 a § 8a živnostenského zákona.

⁸³ Ten dle mého názoru zcela správně definuje podnikatele odkazem na občanský zákoník.

3.1.3 Definice podnikatele v evropském právu

Evropské právo užívá namísto pojmu podnikatel spíše pojem obchodník. Pojem obchodník však není na úrovni evropského práva definován jednotně a evropské právo je terminologicky nekonzistentní a porušuje zákaz synonym, což podpořím několika příklady.

Směrnice o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu definuje pojem obchodník v čl. 2 písm. b) takto: „fyzická nebo právnická osoba, jež v obchodních praktikách spadajících do oblasti působnosti této směrnice jedná za účelem, který lze považovat za provozování jejího obchodu, živnosti nebo řemesla anebo výkonu jejího svobodného povolání, a kdokoli, kdo jedná jménem obchodníka nebo v jeho zastoupení“.

Směrnice o právech spotřebitelů definuje též pojem obchodník ve svém čl. 2 odst. 2 odlišně, konkrétně takto: „fyzická nebo právnická osoba bez ohledu na to, zda je v soukromém či veřejném vlastnictví, která jedná, i prostřednictvím jiné osoby jednající jejím jménem nebo v jejím zastoupení, za účelem, který lze považovat za její obchodní činnost, podnikání, řemeslo nebo povolání v souvislosti se smlouvami, na které se vztahuje tato směrnice“.

Směrnice o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách potom pojem obchodník neužívá a namísto toho užívá, v rozporu se zákazem synonym v právních textech, pojem prodávající nebo poskytovatel, přičemž dle čl. 2 písm. c) této směrnice je prodávajícím nebo poskytovatelem „fyzická nebo právnická osoba, veřejnoprávně nebo soukromoprávně vlastněná, která ve smlouvách, na které se vztahuje tato směrnice, jedná pro účely související s její obchodní nebo výrobní činností nebo povoláním“.

Modernizační směrnice EU 2019/2161, kterou se předchozí uvedená směrnice o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách mění, pracuje s pojmem obchodník, přestože tento pojem nijak nedefinuje a měněná směrnice užívá pojmu jiného – prodávající nebo poskytovatel. V modernizační směrnici je na některých místech užíván pojem obchodník a na jiných místech pojem prodávající nebo poskytovatel. Podle výkladových zásad (zásada terminologické jednoty, neboli zákaz synonymního výkladu) lze dovodit, že evropský zákonodárce pro účely modernizační směrnice pracuje se dvěma odlišnými skupinami osob. Jednou skupinou jsou obchodníci a druhou, nutně odlišnou skupinou, jsou prodávající nebo poskytovatelé. A každé z těchto skupin ukládá evropský zákonodárce jiné povinnosti.

Jedná-li se o chybu, svědčí to o špatné práci evropského zákonodárce a snad i o systémovém problému spočívajícím v absenci reálně dodržovaných legislativních pravidel. V

národním právu by taková chyba nebyla s ohledem na uvedené zásady prominuta, jak již judikoval i např. Ústavní soud v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 13/05 při výkladu pojmu volební zákon takto:

„Obrat ‚zákon o volbách do Senátu‘ navíc Ústava zná (čl. 107 odst. 1), takže pokud by ústavodárce snad mínil volebním zákonem podle čl. 40 Ústavy právě a jen zákon upravující senátní volby, neměl by žádný rozumný důvod volit v různých člancích Ústavy různé výrazy pro totéž.“

Zásadu aplikuje i Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 5 As 25/2003, přičemž hovoří o „pravidlu konzistentnosti pojmů“, jež vymezuje následovně:

„Jde o to, že pro určitou skutečnost je používán vždy jen jeden pojem a pokud je použito jiného pojmu, znamená to výskyt jiné skutečnosti.“

Podobně a přirozeně ani pojmy v občanském zákoníku jako jsou výprosa a výpůjčka, která by podle obecného jazyka byla považována za synonymní, nelze vykládat synonymně, ale je třeba jim připisovat význam v souladu s vymezeními v občanském zákoníku.

Lze tedy uzavřít, že podnikatel v evropském právu není definován jednotně a evropský zákonodárce postupuje při definování podnikatele, resp. obchodníka, nekonzistentně a nejednotně.

3.1.4 Obecná omezení podnikatelů

3.1.4.1 Hledisko průměrného odborníka

Při nutném zjednodušení lze dovodit, že § 5 odst. 1 občanského zákoníku⁸⁴ stanovuje základní občanskoprávní omezení odborníků tím, že od nich vyžaduje určitý standard chování, který je navíc posuzován objektivně.

Zatímco § 4 odst. 1 občanského zákoníku je základním obecným východiskem pro všechny svéprávné fyzické osoby⁸⁵ (hledisko průměrného člověka), tak § 5 odst. 1 je k tomuto ve vztahu speciality.

⁸⁴ „Kdo se veřejně nebo ve styku s jinou osobou přihlásí k odbornému výkonu jako příslušník určitého povolání nebo stavu, dává tím najevo, že je schopen jednat se znalostí a pečlivostí, která je s jeho povoláním nebo stavem spojená. Jedná-li bez této odborné péče, jde to k jeho tíži.“

⁸⁵ Uvedené ustanovení spojuje domněnku s každou svéprávnou osobou, nicméně otázka, zda mají právnické osoby svéprávnost není v české teorii ani praxi vyřešená, a to s ohledem na absentující úpravu občanského zákoníku. V doktríně se lze setkat s mnoha skupinami názorů:

a) právnické osoby jsou svéprávné ze zákona již tím, že mají právní osobnost, tedy svéprávnost splývá s právní osobností (ZOULÍK, F.: Právnické osoby. In: DVORÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*, s. 270);

Pravidlo § 5 odst. 1 občanského zákoníku je v teorii nazýváno nejednotným způsobem. Pokorná⁸⁶ jej nazývá „předpokladem profesionality“, komentářová literatura⁸⁷ pracuje se souslovím „měřítko průměrného profesionála či odborníka“ a Dočkal⁸⁸ užívá termínu „zásada odbornosti“. Pro účely této práce jej nazývám hlediskem průměrného odborníka, přičemž k tomuto mě vede snaha o přirozenější vnímání rozdílů při porovnání s hlediskem průměrného spotřebitele, o kterém pojednávám v kapitole č. 3.2 této práce.

Aplikace pravidla o hledisku průměrného odborníka je podstatně širší než pouze ve vztahu k podnikatelské činnosti, nicméně toto hledisko, resp. předpoklad standardu jednání, je nepochybně jedním ze základních, a především těch prakticky významnějších, občanskoprávních omezení podnikatelů při jednání s třetími osobami.

Dočkal⁸⁹ ve vztahu k aplikaci hlediska průměrného odborníka na podnikatele uvádí, že „Podnikatel potřebuje ke svému úspěšnému podnikání velmi dobrý přehled a orientaci v oboru, v němž působí, proto je právním řádem, jakož i odbornou právní naukou považován za odborníka v takovém oboru. Odráží se to v § 5 ObčZ upravujícím zásadu odbornosti. Podle této zásady má každý právní subjekt, jenž se veřejně nebo ve styku s jiným právním subjektem přihlásí k odbornému výkonu jako příslušník určitého povolání nebo stavu, jednat s odbornou péčí. Dopadá to i na podnikatele coby příslušníky podnikatelského stavu. Podnikatel tudíž musí jednat při svém podnikání s odbornou péčí, přičemž jde k jeho tíži, pokud s takovou péčí nejedná.“

Pokorná⁹⁰ dochází k obdobnému závěru a konstatuje: „U podnikatelů lze očekávat nejen věcné znalosti a zkušenosti, které se vážou k oboru jejich podnikání, ale též vyšší úroveň znalostí a zkušeností (např. právních, organizačních, marketingových) vyplývající z toho, že se podnikatelé

-
- b) právnické osoby nemohou být svéprávné nikdy z důvodu, že se jedná o fiktivní subjekty, za které musí vždy jednat konkrétní fyzická osoba, jejichž rozum a vůle se přičítá právnické osobě (BERAN, K. In: ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol.: *Občanský zákoník. Komentář*, svazek I., 2. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020, s. 76.);
 - c) právnické osoby jsou konstruovány jako nesvéprávné a v rozporu s tímto je jim i tak „zbytečně, nedomyšleně a rozporuplně“ přičítána deliktní způsobilost (PELIKÁNOVÁ, I. Problémy nové kodifikace, právnické osoby, jejich orgány, zastoupení a forma právních jednání. *Rekodifikace & Praxe* 10 (2015), s. 3) a
 - d) právnické osoby jsou natolik specifické, že na ně ani nelze pojem svéprávnosti vztahovat (EICHLEROVÁ, K. Obchodní korporace a svéprávnost. *Právní obzor* 4 (2014), s. 348–349).

⁸⁶ POKORNÁ, J. In: POKORNÁ, J. a kol. *Ochrana spotřebitele*, s. 9.

⁸⁷ LAVICKÝ, P. § 5 [Odborná péče; nedostatek oprávnění k činnosti]. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník*, s. 42, marg. č. 2.

⁸⁸ DOČKAL, T. Zásada přiměřenosti a její odraz v neúměrném zkrácení a lichvě. *Právní rozhledy* 9 (2014), s. 310–317.

⁸⁹ Tamtéž.

⁹⁰ POKORNÁ, J. In: POKORNÁ, J. a kol. *Ochrana spotřebitele*, s. 9.

pohybují v prostředí, které takové znalosti a zkušenosti vyžaduje a motivuje každou osobu, který v daném prostředí chce uspět, aby příslušné znalosti a zkušenosti získala.“

S uvedenými závěry se lze ztotožnit, přičemž považuji za vhodné dodat, že pravidlo se aplikuje na podnikatele pouze ve vztahu k oboru podnikání, ve kterém podniká, nikoliv všeobecně.

Již složitější otázkou je, zda se standard uplatní v rámci určitého oboru jednotně, nebo diferencovaně v rámci podoborů, tedy zda jiné nároky budou kladeny na podnikatele, který se na určitou oblast podnikání (např. prodej elektrokol) specializuje a odlišné standardy budou platit pro podnikatele s obecnější podnikatelskou činností (např. prodejce všeobecného zboží, který má v nabídce i několik jednotek elektrokol). Dle mého názoru je třeba volit přístup diferencovaný, neboť zákon užívá spojení „příslušník určitého stavu“, avšak rozhodující nebude jen objektivní skutečnost jako je specializace, ale především způsob komunikace podnikatele, zejména té marketingové (srov. užití výrazu „přihlásí“ v § 5 odst. 1 občanského zákoníku), resp. jak se tato bude legitimně jevit veřejnosti. Ke krácení spotřebitelových práv tímto diferencovaným přístupem nedojde - opačný přístup by naopak indikoval nelegitimní očekávání spotřebitele (a smyslem rozebíraného pravidla je chránit legitimní očekávání třetích osob, nikoliv jejich naivitu), *in concreto* očekávání nerealistické a nerozumné, což již logiku i jazykové vyjádření daného ustanovení překračuje. Navíc takový výklad by byl i ze systematického pohledu nekonzistentní a rozporný s hlediskem průměrného člověka, v literatuře uváděným jako „měřítko průměrného rozumu“⁹¹ (§ 4 odst. 1 občanského zákoníku), resp. v případě spotřebitelů s hlediskem průměrného spotřebitele. Otázku odlišného posuzování jednotlivých podnikatelů v rámci konkrétního odboru či konkrétní specializace, již považuji za zodpovězenou, neboť již v úvodu jsem uvedl, že standard § 5 odst. 1 občanského zákoníku je standardem objektivním.

Další důležitou relevantní otázkou pro toto pojednání je otázka, zda může být spotřebitel zároveň odborníkem, resp. přesněji zda může být zbaven své spotřebitelské ochrany tím, že se prohlásí za odborníka (běžnou situací bude např. kupující, který při koupi nemovitosti pro účely vlastního bydlení uvede v e-mailové komunikaci u svého podpisu skutečnost, že je advokátem zapsaným u České advokátní komory, přičemž na svých webových stránkách se bude prohlašovat za odborníka na realitní právo).

⁹¹ Viz např. LAVICKÝ, P. § 4 [Rozum a vědomost či pochybnost]. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník*, s. 39, marg. č. 7.

Pozitivní odpověď na položenou otázku o zbavení spotřebitelské ochrany vylučuje § 1812 odst. 2 občanského zákoníku⁹², dle kterého se pod sankcí zdánlivosti nemůže spotřebitel poskytované ochrany vzdát, a to i kdyby měl spotřebitel odlišnou vůli, neboť soud je ex officio povinen k takovému vzdání se práva nepřihlédnout.⁹³ Tomuto závěru odpovídá i evropská judikatura SDEU (Schrems vs. Facebook Ireland Limited, sp. zn. C-498/16, bod 39), dle níž je člověk spotřebitelem, přestože je v dané oblasti odborníkem.

Přesto se domnívám, že spotřebitel může být dle českého práva zároveň odborníkem, důsledkem čehož sice nebude zbaven spotřebitelské ochrany a bude stále spotřebitelem, nicméně na něj dopadnou vyšší standardy chování; opačný závěr by umožnil zneužívání práva ze strany spotřebitelů-odborníků a byl tak v rozporu se zásadou zákazu *abusus iuris*. Význam toho, že daný spotřebitel je zároveň odborníkem, bude patrný např. v případech posuzování zjevných a skrytých vad koupeného zboží, kdy na spotřebitele-odborníka, budou kladeny vyšší požadavky na znalosti a pečlivost, vč. schopnosti vadu rozpoznat při převzetí věci, tedy vady, které by byly pro průměrného spotřebitele vady skryté, mohou být pro spotřebitele-odborníka vadami zjevnými. V případě spotřebitele-odborníka tedy nejsou na místě námitky, které neodpovídají znalostem a pečlivostí, která je obvykle s jeho povoláním či stavem spojena. Dalším příkladem, se kterým se pravidelně setkávám ve své praxi, je zneužití zjevné chyby v ceně zboží na e-shopu, kdy určité zboží (mnohdy navíc určené primárně pro profesionální použití), je v důsledku chyby nabízeno za zlomek ceny (tzv. nereálná sleva), přičemž spotřebitel-odborník (např. profesionální fotograf, který však uzavírá danou smlouvu jako spotřebitel), si zakoupí např. 5 ks takového zboží, o kterém však jako odborník musí vědět, že jde o zjevně podnákladovou a tedy i chybnou cenu (i s ohledem na zákaz antidumpingových cen v soutěžním právu) a domáhá se jeho dodání; posuzování, zda se jednalo o omyl na straně prodávajícího ve smyslu § 583 občanského zákoníku, kterého si musel být kupující vědom, pak bude muset být posouzena optikou hlediska průměrného odborníka.

Před věnováním se odpovědnostním následkům porušení pravidla o hledisku průměrného odborníka shrnuji, že terminologie při popisování určitých standardů chování vyžadovaných občanským zákoníkem, ať již jde o standardy jednání obecné (hledisko průměrné osoby a obecné standardy jednání dle § 6 až 8 občanského zákoníku) či speciální (hledisko průměrného spotřebitele a hledisko průměrného odborníka), je nejednotná a nekonzistentní; ucelené pojednání

⁹² „K ujednáním odchylicím se od ustanovení zákona stanovených k ochraně spotřebitele se nepřihlíží. To platí i v případě, že se spotřebitel vzdá zvláštního práva, které mu zákon poskytuje.“

⁹³ Stejně by měly být posuzovány situace, kdy má jednání určité osoby charakter částečně podnikatelský a částečně spotřebitelský, ledaže by podnikatelské činnosti převažovala. V případech mezních je třeba přiklonit se k výkladu ve prospěch spotřebitele dle § 1812 odst. 1 občanského zákoníku, a to však s výjimkou případů zjevného zneužití práva dle § 8 občanského zákoníku.

v literatuře, vč. té učebnicové, prozatím chybí. Domnívám se, že jednotnější definice jsou ku prospěchu teoretické právní vědy, a bylo by proto vhodné pracovat s jednotným pojmoslovím, jako jsou např. mnou navrhované pojmy hledisko průměrného člověka, hledisko průměrného spotřebitele a hledisko průměrného odborníka. Souhrnným charakteristickým rysem všech těchto hledisek je ochrana (legitimního očekávání) třetích osob, které s těmito osobami jednají, jakož i podpora právní jistoty zakotvením určitých zákonných standardů jednání, na které se tak tyto třetí osoby mohou spolehnout.

Praktický význam je posílen souvisejícími ustanoveními § 2912 odst. 2 a § 2950 občanského zákoníku, které upravují odpovědnostní důsledky nedodržení požadovaného standardu.

Ustanovení § 2912 odst. 2 občanského zákoníku spojuje neuplatnění zvláštních znalostí, dovedností nebo pečlivosti s vyvratitelnou domněnkou nedbalosti.

Ustanovení § 2950 občanského zákoníku poté zakládá odborníkovi povinnost nahradit škodu, poskytne-li za odměnu (tj. nikoliv pouze za úplatu, ale i za jakékoliv jiné protiplnění, přičemž podle komentářové literatury postačí dokonce i „očekávání určité výhody“⁹⁴, což však již přesahuje jazykové vyjádření zákonodárce, které by však pro takový závěr mělo znít např. „nikoliv nezištně“; komentářový závěr není přesvědčivý a není ani přezkoumatelný pro absentující odůvodnění náhlého přistoupení k historické výkladové metodě bez prvotního závěru o vzájemné rozpornosti standardních metod výkladu⁹⁵) neúplnou nebo nesprávnou informací nebo škodlivou radou, samozřejmě za předpokladu vzniku škody a její příčinné souvislosti s poskytnutou informací či radou. Povinnost k náhradě újmy je zde založena na objektivním odpovědnostním principu, přičemž jde o zvláštní skutkovou podstatu k § 2913 občanského zákoníku (porušení smluvní

⁹⁴ BEZOUŠKA, P. § 2950 [Škoda způsobená informací nebo radou]. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*, 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1677, marg. č. 11.

⁹⁵ Argument, že zákonodárce tímto chtěl vyjádřit určitou skutečnost, kterou však jazykově nevyjádřil, je až zcela doprovodným argumentem a nelze na něm argumentaci založit. Podstatné je až na naprosté výjimky – v podobě typicky rozpornosti jazykové výkladu se standardními metodami výkladu – pouze to, co zákonodárce výslovně vyjádřil v zákoně. Ostatně důvodová zpráva ani není schvalována zákonodárným sborem a jde o dokument předložený vládou, který zpravidla nezohledňuje ani vývoj legislativního procesu a pozměňující návrhy, pročez jí chybí legitimita, tedy argument záměrem zákonodárce, případně důvodovou zprávou či jiným historickým dokumentem, není v žádném případě ospravedlnitelný, není-li nejdříve pečlivě vypořádán rozpor mezi jazykovým výkladem a dalšími standardními metodami výkladu. Nadstandardní výkladová metoda, zde v podobě historického výkladu, proto dle mého názoru nepřipadá v úvahu, resp. je přinejmenším předčasná. Takovýto nedostatek právní argumentace v podobě ukvapeného a nemístného přistoupení k historickému výkladu a založení argumentace na této výkladové metodě, je bohužel běžným nejen v právní teorii, ale i v rozhodovací praxi soudů a nereflktuje ustálenou metodologii interpretaci práva, které se podrobněji věnuje např. GERLOCH, A., TRYZNA, J. a WINTR, J. In: *Metodologie interpretace práva a právní jistota*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2012.

povinnosti), kdy však není zvláštní liberační důvod stanoven, tedy pro účely liberace se uplatní § 2913 odst. 2 občanského zákoníku jakožto *lex generalis*.

3.1.4.2 Zákaz zneužití silnějšího postavení

Podnikateli je dle § 433 odst. 1 občanského zákoníku zakázáno v hospodářském styku ve vztahu k dalším osobám zneužívat svou kvalitu odborníka nebo své hospodářské postavení „k vytváření nebo k využití závislosti slabší strany a k dosažení zřejmé a nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech stran“.

Norma svou působností tedy přesahuje ochranu spotřebitele a poskytuje i ochranu slabší straně s tím, že je jakožto vyvratitelná domněnka stanoveno, že „slabší stranou je vždy osoba, která vůči podnikateli v hospodářském styku vystupuje mimo souvislost s vlastním podnikáním“.

Dle důvodové zprávy zakotvuje § 433 obecnou ochranou slabší strany a jedná se o ochranu generální povahy s tím, že část čtvrtá občanského zákoníku upravující podrobnější omezení podnikatelů v zájmu ochrany slabší strany a ochrany spotřebitele, se od tohoto ustanovení odvíjí.

Teoreticky se takováto koncepce jeví jako vhodný výchozí bod pro další podrobnější regulaci, kterou lze nazvat i generálním omezením podnikatelů v silnějším postavení, přičemž toto generální omezení je podpořeno povinností jednat poctivě a zákazem těžit ze svého nepoctivého nebo protiprávního činu (srov. § 6 občanského zákoníku), jakož i ve zvláštních případech, jako jsou např. nemožnost sjednání kratší nebo delší promlčecí lhůty v neprospěch slabší strany (viz § 630 odst. 2 občanského zákoníku) nebo úprava smluv uzavíraných adhezním způsobem (viz § 1798 a násl. občanského zákoníku).

Prakticky je však aplikace zákazové normy § 433 odst. 1 občanského zákoníku komplikovaná, a to jednak pro velkou míru obecnosti, která se projevuje v neochotě aplikace ze strany soudů, a jednak, a to dle mého názoru primárně, pro rozsah rozhodných skutečností, které musí být pro dosažení porušení tohoto zákazu prokázány, z čehož za problematické vnímám především prokazování skutečností, že určitým jednáním došlo ke (i) zneužití kvality odborníka nebo hospodářského postavení (v komentářové literatuře⁹⁶ označovaná jako nutnost prokázání existence zlé víry), a to navíc k vytvoření nebo využití závislosti slabší strany a zároveň k dosažení zřejmé a zároveň nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech stran.

⁹⁶ LASÁK, J. § 433 [Ochrana slabší strany]. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník*, s. 1347, marg. č. 3.

V kombinaci s požadovanou mírou důkazů v civilním procesu zakotvenou § 6 občanského soudního řádu, tedy požadavkem na „spolehlivé zjištění věci“, kdy podle Nejvyššího soudu musí výsledek důkazní verifikace představovat nikoliv možný či pravděpodobně možný skutkový stav, ale musí bezpečně představovat zjištěný skutkový stav bez jakéhokoliv náznaku pravděpodobnosti⁹⁷ a tvrzené skutečnosti musí být prokázány „zcela jasně a nezvratně“⁹⁸, tedy kdy současná judikatura Nejvyššího soudu nereflektuje reálné těžkosti při dokazování, přičemž tuto dle mého názoru protiústavní praxi (rozpor s právem na spravedlivý proces a v určitých případech i právem na ochranu majetku) zhojuje částečně až Ústavní soud, který míru důkazů zmírňuje na stanovení „vysoké míry pravděpodobnosti prokázání“⁹⁹, přičemž rozkol mezi Nejvyšším soudem a Ústavním soudem není dodnes vyřešen¹⁰⁰, je aplikace § 433 reálně vyhrazena na nanejvýš promile případů, kdy ke zneužití silnějšího postavení podnikatele dochází, přičemž na tyto situace bude zpravidla možné aplikovat korektiv dobrých mravů, což i z pohledu soudce, resp. s ohledem na rozsah rozhodných skutečností uvedených výše, povede k racionální preferenci korektivu dobrých mravů.

Lze tedy shrnout, že generální omezení dle § 433 odst. 1 je prakticky takřka neaplikovatelné, bez smysluplného přínosu pro ochranu slabší strany, a jediným reálným přínosem rozebíraného § je až jeho odst. 2, kterému se věnuji v kapitole 3.3 pojednávající o slabší straně.

Závěrem doplňuji, že ve své praxi jsem uvedeným ustanovením v nerovnovážném vztahu podnikatelů argumentoval několikrát, avšak z výše uvedených důvodů nebyl argument soudem nikdy shledán jako důvodný.

⁹⁷ Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 12. 2010, sp. zn. 30 Cdo 3614/2009.

⁹⁸ Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 5. 2011, sp. zn. 30 Cdo 5226/2009.

⁹⁹ Viz náleží Ústavního soudu ze dne 20. 8. 2014, sp. zn. I.ÚS 173/13.

¹⁰⁰ Na uvedený náleží Ústavního soudu navazuje usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 5. 2015, sp. zn. 30 Cdo 821/2015 (které lze shrnout slovy, že přístup Ústavního soudu je dle tohoto soudu cizí české tradici) a později smířlivěji působící rozsudek téhož soudu ze dne 25. 5. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5750/2015 (vyžadující zjištění stavu, o němž nejsou *rozumné* pochybnosti), s kontinuitním (na straně Ústavního soudu) náleží Ústavního soudu ze dne 11. 8. 2015, sp. zn. I. ÚS 668/15. Slibný přístup spatřuji v rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 5. 4. 2017, sp. zn. 28 Cdo 2373/2016, který naznačuje návrat k důkazu *prima facie*.

Domnívám se, že uvedená přísnost snižuje pravděpodobnost účinné ochrany ve sporech před civilními soudy, kdy se na jedné straně nachází slabší strana, neboť tyto osoby jsou již z povahy věci v důkazní nevýhodě oproti silnějším hráčům trhu (asymetrické postavení vč. toho ekonomického, které se odráží i právě ve ztížené možnosti opatřit si přesvědčivé důkazy, znalecké posudky a jiné). Z těchto důvodů by vhodným řešením bylo zmírnění požadavku na „spolehlivé zjištění věci“ dle § 6 občanského soudního řádu, přičemž předpokladem správné novelizace jsou empirická zjištění, neboť takovouto otázkou se na teoretické úrovni nelze smysluplně zabývat a jak jsem již uváděl v předchozím výtkám legislativní praxi při mé analýze, jsou nejdříve zapotřebí jasná data.

3.2 Spotřebitel

Ochranu spotřebitele v unijním právu a spotřebitelském *acquis*, implementaci do národní legislativy a legislativní trend v podobě schvalování modernizačních směrnic a narůstajícího využívání formy evropského právního předpisu v podobě nařízení jsem již nastínil v kapitole 2 tohoto pojednání. Totéž platí o ochraně slabší strany. V této kapitole se soustředím na pojem spotřebitele jak v národním právu, s komparativní srovnávkou s německým právem, tak v právu evropském.

3.2.1 Pojem spotřebitele a problematika nejednotné definice

Definice spotřebitele v unijním právu, tvořeném především směrnicemi, není jednotná.¹⁰¹ V tomto ohledu přistupuje k definicím obou klíčových pojmů spotřebitelského práva (spotřebitel na straně jedné a podnikatel na straně druhé) unijní právo obdobně jako ve vztahu k podnikatelům, jak jsem uvedl v podkapitole 3.1.3 této práce, tedy nekonzistentně.

Různé právní definice spotřebitele nacházíme i na úrovni jednotlivých členských států, což je důsledkem jednak nekonzistentnosti unijního práva, jednak odchylování se od znění směrnic (založených na principu minimální harmonizace) ze strany členských států při jejich transpozici.

Ještě donedávna bylo dokonce možné hovořit i o nejednotnosti v rámci české právní úpravy, čímž docházelo k nekonzistentnosti legálních definic pojmu spotřebitel na třech úrovních, kdy jak evropský, tak národní zákonodárce postupovali nekonzistentně na všech úrovních, na kterých mohli, tedy v rámci unijního práva, následně v rámci vnitřního trhu EU, resp. mezi jednotlivými členskými státy, a dále i v rámci národního práva.

Již tato nejednotnost obou ústředních pojmů spotřebitelské ochrany indikuje, že otázka ochrany spotřebitele není řešena koncepčně a komplexně, v rámci realizace základní myšlenky v podobě znovunastolení smluvní rovnováhy mezi podnikateli a spotřebiteli, jež by byla následně řešena v rámci jednoho uceleného „projektu“, ale spíše nahodile a toliko v rámci snahy řešit konkrétní problémy, resp. snahy reagovat na konkrétní socioekonomické situace, které v tu danou chvíli považuje subjektivně zákonodárce za podstatné, a to aniž by zákonodárce současně usiloval o koherentnost s dříve přijatými právními předpisy, resp. o koherentnost spotřebitelského práva jako takového. Důsledkem takového přístupu „situační regulace“ je roztržitá právní úprava postrádající pevné jádro.

¹⁰¹ ELISCHER, D. § 4 Spotřebitel. In: DVOŘÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*, s. 292 a násl.

Jde-li o spotřebitelské *acquis communautaire*, resp. nyní přesněji spotřebitelské *acquis EU*, definuje většina směrnic spotřebitele jako fyzickou osobu jednající pro svou vlastní osobní potřebu. Pro konkrétní příklad této většinové definice je vhodné odkázat na jednu z posledních směrnic 2011/83/EU ze dne 25. 10. 2011 o právech spotřebitelů, jež definuje spotřebitele jako fyzickou osobu, „která ve smlouvách, na které se vztahuje tato směrnice, jedná za účelem, který nelze považovat za její obchodní činnost, podnikání, řemeslo nebo povolání“. Uvedená směrnice o právech spotřebitelů je významná jednak z toho důvodu, že ve svém sedmém recitálu¹⁰² uznala roztržitost pravidel evropského spotřebitelského práva, ale jednak i z důvodu, že koncepcí směrnice na úrovni plné harmonizace deklarovala snahu o odstranění překážek vzniklých nejednotností na vnitřním trhu, čímž průlomově omezila problematickou volnost členských států při definici spotřebitelů odchylným způsobem¹⁰³. Překážkám na vnitřním trhu vlivem nejednotnosti na vnitřním trhu se podrobně věnuji v kapitole 5 tohoto pojednání s tím, že otázce právních překážek je zasvěcena podkapitola 5.2.

Pro příště lze tedy v rámci unijního práva očekávat sjednocování definice spotřebitele, jakož i omezení evropské legislativy, jež ve svém důsledku narušuje ideu jednotného vnitřního (e-commerce) trhu.

K nejednotnosti definic v českém právu se podrobně věnuji v úvodní podkapitole 7.1.1 v souvislosti s právní regulací online marketingu a jejích nedostatků.

Stále platným závěrem, a to navzdory přijaté velké novele zákona o ochraně spotřebitele, je skutečnost, že v současné době operuje český právní řád se dvěma definicemi spotřebitele, a to jednak se soukromoprávní definicí dle § 419 občanského zákoníku („*Spotřebitelem je každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná.*“) a jednak s veřejnoprávní definicí dle § 2 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele („*Pro účely tohoto zákona se rozumí: a) spotřebitelem fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání.*“), což vzhledem ke skutečnosti, že zmíněná novela soukromoprávní a veřejnoprávní ochranu spotřebitele sblížuje, když v návaznosti na modernizační

¹⁰² „*Spotřebitelé i obchodníci by měli mít možnost spolehnout se na jednotný regulační rámec vycházející z jasně vymezených právních pojmů, které upravují určitá hlediska smluv uzavíraných mezi podniky a spotřebiteli v celé Unii. Výsledkem takové harmonizace by mělo být odstranění překážek vzniklých v důsledku roztržitosti pravidel a dotvoření vnitřního trhu v této oblasti. Tyto překážky lze odstranit pouze tím, že budou stanovena jednotná pravidla na úrovni Unie. Kromě toho by spotřebitelé měli požívat společně vysoké úrovně ochrany v celé Unii.*“

¹⁰³ Viz čl. 4 směrnice 2011/83/EU: „*Členské státy nesmí v rámci svého vnitrostátního práva ponechat v platnosti ani zavádět ustanovení odchylná od ustanovení této směrnice, včetně více či méně přísných ustanovení za účelem zajištění odlišné úrovně ochrany spotřebitele, pokud není v této směrnici stanoveno jinak.*“

spotřebitelskou „omnibus“ směrnicí¹⁰⁴ zavádí nové případy administrativního přezkumu soukromoprávních povinností, považují za nežádoucí stav, který přitom mohla novela snadno zhojit.

V následujících podkapitolách se proto zaměřím podrobněji na analýzu soukromoprávní a veřejnoprávní definice spotřebitele v českém právním řádu.

3.2.2 Soukromoprávní definice spotřebitele

Po výše uvedeném nebude překvapením, že soukromoprávní definici spotřebitele považují za ústřední definici spotřebitele v českém právu, zatímco veřejnoprávní definici, s níž se vypořádávám v další podkapitole, považují za legislativní nedůslednost, kterou je třeba odstranit skloubením veřejného spotřebitelského práva s tím soukromým, tedy nejen v dílčích otázkách, jak je činěno poslední novelou zákona o ochraně spotřebitele, ale i na úrovni základních definic, *in concreto* konstrukcí legální definice veřejnoprávního pojmu spotřebitel odkazem na definici v občanském zákoníku.

Středobodem zájmu této podkapitoly je ustanovení § 419 občanského zákoníku¹⁰⁵, které jako pendant k pojmu podnikatele vymezuje spotřebitele způsobem, který Elischer¹⁰⁶ označuje za „pevný základ ochrany spotřebitele“, přičemž takové označení je i v souladu s mými závěry v tomto pojednání. K tomu doplňuji, že soukromoprávní definice pojmu spotřebitel je pevným základem, resp. ústřední definicí, a to s působností nejen pro oblast práva soukromého, ale i pro oblast práva veřejného (srov. mj. náleží Ústavního soudu ČR I. ÚS 531/05).

Základní premisou pojmu spotřebitel v civilním právu je jeho vymezení *stricto sensu*, resp. omezení působnosti normy toliko na osoby fyzické¹⁰⁷, přestože podkladové směrnice mají zpravidla charakter minimální harmonizace a umožňují tak (s ohledem na situační regulatorní přístup evropského zákonodárce nutno dodat, že za různých podmínek), rozšíření působnosti normy i na osoby právnické (např. v případě směrnice 2002/65/ES pouze na neziskové organizace a osoby využívající finanční služby s cílem stát se podnikateli¹⁰⁸).

¹⁰⁴ Směrnice EU 2019/2161 ze dne 27. listopadu 2019, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, 2005/29/ES a 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů Unie na ochranu spotřebitele.

¹⁰⁵ „Spotřebitelem je každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná.“

¹⁰⁶ ELISCHER, D. In: DVOŘÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*, s. 297.

¹⁰⁷ Přesněji slovy § 419 jde o omezení na „lidi“ (srov. § 419 a užití výrazu „člověk“ namísto spojení „fyzická osoba“).

¹⁰⁸ K tomu srov. č. 28 preambule směrnice 2002/65/ES ze dne 23. 9. 2002: „Členské státy by měly povzbuzovat veřejné nebo soukromé subjekty zřízené za účelem mimosoudního řešení sporů, aby spolupracovaly při řešení přeshraničních sporů. Taková spolupráce by mohla zejména znamenat, že se spotřebitelům umožní předkládat

Komentářová literatura při porovnání se zahraniční právní úpravou uvádí¹⁰⁹: „*Ochrana určitých právnických osob obdobná ochraně spotřebitele je známa z celé řady států (například Francie, Belgie, Dánsko, Španělsko, Německo atd.)*.“

Tyto závěry je však třeba aktualizovat a po porovnání s českým právním řádem zpřesnit, k čemuž využijí porovnání s blízkou německou právní úpravou. Ustanovení § 13 BGB v rámci ústřední definice spotřebitele považuje za spotřebitele pouze přirozené osoby¹¹⁰, což lze v našem právním řádu považovat za protějšek českých osob fyzických, přičemž Nejvyšší spolkový soud¹¹¹, rozhodl, že společenství vlastníků jednotek¹¹² je spotřebitelem, jestliže je alespoň jeden vlastník společenství vlastníků jednotek spotřebitelem a zároveň není dané právní jednání činěno převážně v rámci podnikatelské činnosti takového společenství.¹¹³ Po novele německého zákona o modernizaci bytového fondu (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz, WEG) byla německým společenstvím vlastníků jednotek přiznána coby právnickým osobám plná právní osobnost, tudíž původní argument o omezené právní osobnosti v uvedeném rozsudku spolkového soudu neobstojí.¹¹⁴ V § 9a WEG¹¹⁵ je nyní dále uvedeno, že německé společenství vlastníků vzniká zápisem do katastru. Jedná se tak v tomto ohledu o typickou, dvoufázově založenou, právnickou osobu soukromého práva, obdobně jako v případě českého protějšku (viz § 1204 občanského zákoníku, dle kterého „*společenství vlastníků vzniká dnem zápisu do veřejného rejstříku*“.).

Závěr o tom, že společenství vlastníků jednotek lze považovat za spotřebitele, již proto v německém právním prostředí nemůže obstát, a pro obdobnou logiku platí to samé i pro české právní prostředí, když dle § 1194 občanského zákoníku je společenství vlastníků jednotek právnickou osobou vznikající dle § 1204 občanského zákoníku zápisem do veřejného rejstříku.

mimosoudním orgánům ve svém domovském členském státě stížnosti na poskytovatele usazené v jiných členských státech. Zvýšenou pomoc spotřebitelům při využívání přeshraničních služeb nabízí vytvoření sítě FIN-NET.“

¹⁰⁹ HULMÁK, M. § 419 [Pojem spotřebitele]. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník*, s. 1308, marg. č. 17.

¹¹⁰ § 13 BGB uvádí, že „spotřebitelem je každá fyzická osoba, která právně jedná za účely stojící převážně mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání.“ Přeloženo autorem z originálu: „Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.“

¹¹¹ Obdoba českého Nejvyššího soudu ČR, jehož posláním je mj. sjednocovat judikaturu.

¹¹² Německy die Wohnungseigentümergeinschaft.

¹¹³ Rozsudek Nejvyššího spolkového soudu (Bundesgerichtshofs, BGH) ze dne 24. 3. 2015, Az. VIII ZR 243/13, VIII ZR 360/13 a VIII ZR 109/14.

¹¹⁴ *Neues Wohnungseigentumsgesetz 2020 – die wichtigsten Änderungen im Überblick* [online]. braitingerkollegen.de, 2021. Dostupné z: <https://www.braitingerkollegen.de/neues-wohnungseigentumsgesetz-2020-die-wichtigsten-aenderungen-im-ueberblick/>.

¹¹⁵ § 9a odst. 1 WEG stanoví, že „*společenství vlastníků jednotek může nabývat práva a zavazovat se k povinnostem, jakož i žalovat a být žalováno u soudu. Společenství vlastníků jednotek vzniká zápisem do katastru nemovitostí; to platí i v případě § 8. [...]*“ (přeloženo z německého originálu autorem této práce: „*Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer entsteht mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher; dies gilt auch im Fall des § 8. [...]*“).

Opačný závěr by byl zjevně *contra verba legis*. Jinými slovy, společenství vlastníků jednotek ani jakákoliv jiná právnická osoba nemůže být *per definitionem* spotřebitelem. Za spotřebitele by však bylo možné, za předpokladu splnění dalších podmínek § 419 občanského zákoníku, považovat uskupení fyzických osob, které zároveň nejsou právnickou osobou (tedy např. společnost dle § 2716 a násl. občanského zákoníku). V žádném případě však nelze za spotřebitele ve smyslu § 419 občanského zákoníku považovat osobu právnickou.

Souhlasím zde částečně se závěry Hulmáka¹¹⁶, že „pokud má být ochrana spotřebitele postavena na tom, že spotřebitel bez ohledu na konkrétní vyjednávací sílu, znalosti a zkušenosti je chráněn jako slabší strana, a pokud máme mít obecné vymezení spotřebitele, není to vhodné. Je třeba preferovat užší výklad tak, aby se míra ochrany nerozcházel s její potřebou. Společenství vlastníků jednotek je u nás právnická osoba, nezastupuje vlastníky, navíc bude často chráněno jako slabší strana (§ 433 odst. 2, § 1798). V řadě případů však fakticky postavení slabší strany mít nebude a není zde ani důvod, aby bylo jako spotřebitel chráněno odlišně od jiných nepodnikajících právnických osob sdružujících osoby fyzické“. K tomu však podotýkám, že byť se samotným závěrem Hulmáka souhlasím, nelze přisvědčit způsobu argumentace, neboť v případě zde řešeného výkladu zákona vůbec nejde o řešení otázky, zda interpretovat dané ustanovení restriktivně či extenzivně (tedy nejde o řešení otázky, zda lze určité jevy pod neurčitou oblast pojmu podřadit či nikoliv), ale o dotváření práva, resp. o výklad *contra verba legis*, tedy již se nepohybujeme v rámci neurčité oblasti pojmu, ale zcela mimo ni, což je, z hlediska naplnění účelu práva v podobě ústavně garantovaného principu právní jistoty, zásadně nepřípustné, resp. ospravedlnitelné až za naprosto výjimečných situací.¹¹⁷

Dalším validním argumentem pro týž závěr je povinnost eurokonformního výkladu ve vztahu k pojmu spotřebitel, kdy SDEU spojuje s pojmem spotřebitele pouze osoby přirozené¹¹⁸, tedy, při užití pojmů českého právního řádu, osoby fyzické.

Dalším pojmovým znakem pojmu spotřebitel je, že k příslušnému právnímu jednání dochází mimo rámec podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu povolání. Pojem podnikatelské činnosti a samostatného výkonu povolání jsem již osvětlil v kapitole 3.1

¹¹⁶ HULMÁK, M. § 419 [Pojem spotřebitele]. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník*, s. 1309, marg. č. 19.

¹¹⁷ S výjimkou ojedinělých případů Radbruchovy formule („Konflikt mezi spravedlností a právní jistotou lze řešit jen tak, že pozitivní právo zajišťované předpisy a mocí má přednost i tehdy, pokud je obsahově nespravedlivé a neúčelné, vyjma toho kdy rozpor mezi pozitivním zákonem a spravedlností dosáhne tak nesnesitelné míry, že zákon musí jako nenáležitě právo spravedlnosti ustoupit.“, více viz např. HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, 2., rozš. vyd., Plzeň: Aleš Čeněk, 2012), kdy je soud při řešení napětí mezi účely práva v podobě právní jistoty a spravedlnosti morálně a ústavně povinen rozhodnout *contra legem*.

¹¹⁸ Rozsudek SDEU ze dne 22. 11. 2001 ve věci C-541/99 a C-542/99.

pojednávající o podnikateli. Německý zákonodárce oproti tomu českému zvolil přesnější vyjádření upřesněním, že právní jednání musí být převážně¹¹⁹ činěno za takovýmto účelem „své osobní potřeby“. Přestože český zákonodárce daného přívlastku nepoužil, domnívám se, že mezní případy by měly být i v českém právu rozhodovány dle převažující povahy činnosti, což je i v souladu s mými závěry ve vztahu k podnikatelské činnosti v předchozích kapitolách, kdy i při definici podnikatele dle základního vymezení rozhoduje skutečná povaha činnosti (podnikatelská činnost), tedy systematicky s protipólem pojmu spotřebitele v podobě ust. § 420 odst. 1 občanského zákoníku je třeba dojít k závěru, že i v případě spotřebitelů rozhoduje u činnosti smíšené povahy ta činnost, která je činěna rozhodujícím způsobem, přičemž rozdílem při výkladu zde bude v mezních situacích ohledně otázky, jaká činnost v dané situaci převažuje, třeba zvažovat danou situaci podle všech okolností případu a nelze dojít k univerzálnímu závěru, a to i s ohledem na mé argumenty v závěru kapitoly 3.1.1.5, ve kterých jsem pojednával o důsledcích odepření spotřebiteli jeho právního postavení, resp. statusu. Výklad ve prospěch spotřebitele je sice základním pravidlem výkladu, avšak toliko v případě obsahu smluv uzavíraných mezi podnikatelem a spotřebitelem, nikoliv v případě otázky výkladu zákonného pojmu spotřebitele.

I v případě spotřebitelského práva je třeba mít na paměti obecné zásady práva civilního, jakož i práva ústavního, konkrétněji v tomto ohledu např. zákaz *abusus iuris*, vyjádření i § 2 občanského soudního řádu, kde zakazuje v rozhodnutí soudu poskytnout ochranu „prostému“ zneužití práva (k tomu srov. přísněji a nevhodně formulované pravidlo § 8 občanského zákoníku). Zde narážím na to, že domáhání se spotřebitelských práv, jejichž předpokladem je právní postavení spotřebitele, při činnosti částečně spotřebitelské a částečně podnikatelské (smíšená činnost), v sobě může v daném případě nést prvky zneužití práva. Zneužití práva ve skutečném světě přirozeně nebývá zneužitím zjevným, avšak zpravidla sofistickým, tedy sice méně zjevným, avšak o to závažnějším a odsouzeníhodnějším, přičemž takovému zneužití nelze soudní ochranu poskytnout. *Abusus iuris* může být jedním z argumentů, pro který by bylo v mezním případě smíšené činnosti možné dojít k závěru, že daná osoba je podnikatelem. Proto se zdráhám závěr ohledně posuzování smíšené činnosti paušalizovat.

Posledním pojmovým znakem spotřebitele je uzavření smlouvy nebo uskutečnění jiného právního jednání s podnikatelem. Tento znak úzce souvisí s dříve uvedeným, vč. kapitoly 3.1 pojedávající o pojmu podnikatel, kdy shrnuji, že rozhodující skutečností pro závěr o tom, zda je

¹¹⁹ Viz pozn. pod čarou č. 110.

protistrana podnikatelem či nikoliv, je primárně skutečná povaha její převažující činnosti – zda jde o činnost podnikatelskou, nebo činnost činěnou pro soukromou potřebu.

Význam posledního znaku tkví toliko ve zdůraznění toho, že při právním jednání mezi dvěma fyzickými osobami, které sice vyhovují prvním dvěma podmínkám § 419 občanského zákoníku, tedy které dané jednání činí „mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání“, avšak právně přitom nejednají s podnikatelem, se nejedná o spotřebitele s důsledkem spotřebitelské ochrany (ta by v tomto případě byla aplikována vůči oběma osobám navzájem, což je již z povahy věci absurdní a neodpovídá v této kapitole v úvodu zmíněnému základnímu východisku ospravedlňujícímu existenci spotřebitelského práva, kdy na jedné straně je profesionál v daném oboru, tedy kdy jde o situaci nerovného postavení, resp. smluvní asymetrii, s negativním vlivem na mj. autonomii slabšího, zde spotřebitele), ale pouze o fyzické osoby, na jejichž právní jednání se uplatní příslušná ustanovení občanského zákoníku (např. při koupi půjde o ustanovení o kupní smlouvě dle § 2079 a násl. občanského zákoníku, nikoliv zvláštní ustanovení o kupní smlouvě uzavírané mezi spotřebitelem a podnikatelem dle § 2158 a násl. občanského zákoníku).

Po rozboru definičních znaků spotřebitele je na místě se ptát, kdo je tedy, dle platného práva, spotřebitelem v reálném světě? Jde o určitou skupinu osob či zákazníky podnikatele? Nebo dokonce o fantoma či koncept?¹²⁰

Nejpřesnější odpovědí na položenou otázku je, že platné právo konstruuje spotřebitele jako společenskou roli. Tichý uvádí¹²¹, že spotřebitel není „nic víc než zvláštní role, kterou může v konkrétní situaci hrát kterákoli osoba, i kdyby její jméno znělo Bill Gates, jednající soukromě s profesionálním účastníkem trhu“. S těmito závěry se ztotožňuji a považuji za vhodné označení spotřebitele rolí doplnit přívlastkem společenskou.

Spotřebitel tak, v rozporu se základními východisky ochrany spotřebitele (smluvní nerovnováha způsobená převahou profesionála), uvedené podrobněji v dřívějším pojednání (mj. kapitoly 2 a 3.2), je mnohdy i jedinec, který má v dané situaci ekonomickou, znalostní i zkušenostní převahu nad podnikatelem, přičemž právo jeho postavení ještě významně posiluje pouze proto, že v dané situaci jedná s podnikatelem ve své soukromé záležitosti. Tak např. i zámožný člověk (v ČR přitom pobývá přes 30 000 tzv. dolarových milionářů, jejichž volný kapitál,

¹²⁰ TICHÝ, L., ed. *Ochrana spotřebitele*, s. 39.

¹²¹ Tamtéž.

resp. přesněji investovatelný majetek, přesahuje 25 mil. Kč, nejde tedy o zanedbatelné číslo¹²²), který si nechá od menší rodinné stavební firmy zhotovit rodinné sídlo, přičemž před, během i po zhotovování takové stavby mu budou k dispozici přední odborníci z oblasti realit, stavebnictví, právních služeb a jiných oblastí. Vlivem hodnotnější zakázky a své převahy nad objednatelům bude schopen vyjednat lepší podmínky jak cenové, tak smluvní, a bude ve vztahu k objednateli mj. nekompromisně uplatňovat veškeré nároky na sankce z důvodu např. prodlení se včasným plněním díla vlivem situací, které sice nemohl objednatel nikterak ovlivnit, avšak nedosahovaly intenzity pro platné odvolání se na *vis maior* či jiných relevantních právních institutů jako je především *clausula rebus sic stantibus* (srov. § 1765 a násl. občanského zákoníku), a to po modifikacích těchto institutů ve smlouvě mezi tímto spotřebitelem a podnikatelem, činěných značně ve prospěch spotřebitele. Taková situace přitom není za současného stavu tržního prostředí ničím ojedinělým – ba naopak, prodlení se zhotovením stavby jsou v současné době v ČR pravidlem.

S ohledem na konstrukci slabší smluvní strany, která je vymezena vůči podnikateli (srov. § 433 odst. 2 občanského zákoníku a navazující kapitoly o slabší smluvní straně), nebude takový zhotovitel ani slabší smluvní stranou. Reálně tak bude danému spotřebiteli umožněno využívat svého postavení v maximální možné míře, kdy již půjde spíše o zneužívání silnějšího postavení, případně o vykořisťování. Argument, že podnikatel si je jako profesionál schopen zajistit profitabilitu určitého projektu, je přitom odtržen od reality, neboť ve skutečném světě je i při vynaložení veškerého reálně možného úsilí daného podnikatele (které je omezeno řadou faktorů vč. vlivu tvrdého konkurenčního prostředí, resp. „funkční hospodářské soutěže“¹²³, které se projevuje tlakem na cenu a snižováním zisku pro podnikatele, kteří se mnohdy zavážou k plnění s nulovou či zanedbatelnou marží, neboť i taková zakázka je lepší, než riskovat záporný provozní výsledek), přesto stále velká množina neznámých, které není podnikatel s to ovlivnit, navíc se podnikatel snadno dostane do situace, kdy zkrátka „zakázku potřebuje“ (vliv velkého zmiňovaného konkurenčního prostředí) a v určitých případech plnění provede, resp. je nucen je tak provést, i za nevýhodných podmínek.

Výše popsaná situace připomíná vztahy nadnárodních korporací (např. řetězec Lidl) s malými a středními podnikateli (např. dodavatel zboží či služeb dodávající do řetězce Lidl);

¹²² Viz např. V Česku žije přes 30 tisíc dolarových milionářů. Co dělají s penězi? [online]. *seznamzpravy.cz*, 2019. Dostupné z: <https://www.seznamzpravy.cz/clanek/v-cesku-zije-pres-30-tisic-dolarovych-milionaru-co-delaji-s-penezi-67003>.

¹²³ Na skutečnost, že příliš velká hospodářská soutěž je ve výsledku pro podnikání, zejména pro inovace a investice, nežádoucí, poukazuje např. THIEL, P. a MASTERS, B. *Od nuly k jedničce: úvahy o startupech, aneb jak tvořit budoucnost*. Brno: Jan Melvil, 2015, s. 40.

v takových případech jsou slabší podnikatelé teoreticky chráněni jako slabší strana, avšak ani zde jim právo neposkytuje účinnou ochranu (slabší smluvní straně se věnuji v navazující kapitole). Absentující efektivní ochrana malých a středních podnikatelů (jak vůči státu, tak vůči velkým subjektům jako jsou typicky nadnárodní korporace), s výjimkou práva soutěžního, které se však omezuje v tomto ohledu toliko na ochranu před zneužitím dominantního postavení, je dlouhodobým nedostatkem právní úpravy, který přispívá k zániku decentralizovaného podnikání v podobě např. živnostníků a vede k centralizaci do rukou několika málo velkých hráčů na trhu, což je silně patrné především v e-commerce, kdy lze poukázat na příklady Amazonu a Googlu, kterým není v Evropě byt' jediný subjekt schopný konkurovat, a vše nasvědčuje postupnému zániku přímých konkurentů obou subjektů.

Závěrem této kapitoly jsem poukázal na konsekvence rozebraných právních definic. Definiční vymezení spotřebitele však tímto nekritizuji a s výjimkou předchozího odstavce nepřicházím proto ani s návrhem *de lege ferenda* – byt' uvádím, že vymezení spotřebitele není dokonalé, lepší vymezení použitelné v kontextu související legislativy nepřináším. Nedokonalost je vlastní všem lidským výtvorům, kterým právo jako takové, vč. legální definice spotřebitele, nepochybně je, a vychází nejen z nedokonalosti lidského myšlení jako takového, ale i z nedokonalostí jazykových (již možnosti vyjádřit jevy pomocí jazyka jsou omezené, nepřesné a do určité míry nutně zavádějící), proto ani nic jako dokonalá definice spotřebitele, resp. dokonalé spotřebitelské právo, které předvídá všechny situace, neexistuje. Ke zhojení těchto nedokonalostí práva, které přesahují možnosti jazykového vyjádření v zákoně, však slouží základní zásady a východiska práva, zde zejména práva civilního, a bude proto na soudech, aby se s dále uvedenými situacemi vypořádaly nikoliv formálně, tedy nutně nedokonale, ale správně, spravedlivě, kvalitně a uvážlivě, tedy v kontextu a v souladu se zmíněnými zásadami, jejichž aplikace je dle mého názoru v oblasti spotřebitelského práva značně důležitá. Poukázání na tyto konsekvence tedy slouží především k akcentování skutečnosti, že formální aplikace práva, ke které spotřebitelské právo pro svoji stále rozrůstající se kazuističnost soudce svádí, vede k podtržení zmíněné apriorní nedokonalosti formální právní úpravy, což může snadno vést k situacím absurdním a nespravedlivým, tedy k výsledku bez zřetele k hodnotám, které má občanské právo chránit (srov. § 2 občanského zákoníku). Nalézání práva soudce tedy nespočívá pouze v nalezení správného zákonného ustanovení a jeho automatické aplikaci, k čemuž zejména okresní soudy inklinují. Aplikaci práva musí vždy předcházet zamyšlení se nad posuzovanou věcí zdravým rozumem, v kontextu základních pravidel a principů, a v jejich případné odpovídající aplikaci, která nedostatky do značné míry kazuistické právní úpravy zmírní.

3.2.3 Veřejnoprávní definice spotřebitele

Legální veřejnoprávní definici pojmu spotřebitele nalezneme v § 2 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele, dle něž je spotřebitelem „fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání“.

Veřejnoprávní definicí, porovnáním se soukromoprávní definicí a kritikou její samotné existence se zabývám v rámci kapitoly věnované online marketingu a kognitivnímu zkreslení 7.1.1, konkrétně počínaje jejím šestým odstavcem, přičemž lze shrnout, že veřejnoprávní definice zahrnuje je i fyzické osoby, které právně jednají s jinými spotřebiteli, avšak zároveň je tato širší definice omezena osobní a věcnou působností zákona o ochraně spotřebitele.

3.2.4 Hledisko průměrného spotřebitele, jeho současný stav a budoucí směřování

Hledisku průměrného spotřebitele již byla v právní vědě věnována značná pozornost, nutno dodat že oprávněně, a to jak na úrovni učebnicové¹²⁴, tak i na úrovni monografií¹²⁵ a odborných článků¹²⁶. Dokonce jsou tomuto tématu věnovány i akademické práce.¹²⁷ Jedná se o dobře zmapovanou oblast, které již byla věnována náležitá pozornost ze strany jiných autorů, proto bude tato kapitola spíše stručným shrnutím závěrů současného stavu poznání se zdůrazněním praktických aspektů relevantních pro e-commerce.

Český právní řád s pojmem průměrného spotřebitele pracuje¹²⁸, avšak nedefinuje jej a definici ponechává soudní praxi, jež se, pro původ pojmu v evropském právu¹²⁹, nese v duchu

¹²⁴ Viz např. ELISCHER, D. IN: DVOŘÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*, s. 298 a násl.

¹²⁵ Viz např. POKORNÁ, J. In: POKORNÁ, J. a kol. *Ochrana spotřebitele*, s. 53 a násl.

¹²⁶ Viz *Model tzv. průměrného spotřebitele* [online]. epravo.cz, 2013. Dostupné také z:

<https://www.epravo.cz/top/clanky/model-tzv-prumerneho-spotrebitel-92188.html> a především ONDREJOVÁ, D. Hledisko tzv. průměrného spotřebitele v nekalé soutěži, *Obchodněprávní revue* 8 (2009), s. 222.

¹²⁷ Viz např. BIELESZ, M. *Hledisko tzv. průměrného spotřebitele*. Brno, 2012. Diplomová práce. Masarykova univerzita. Vedoucí práce D. Ondřejová.

¹²⁸ Viz zejména § 4 odst. 1 a 2 zákona o ochraně spotřebitele.

¹²⁹ Směrnice 2005/29/ES o nekalých praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu operuje s pojmem „průměrný (běžný) spotřebitel“ a v odst. 18 preambule k tomuto uvádí následující: „*Tato směrnice, v souladu se zásadou proporcionality a pro zajištění účinné ochrany v ní obsažené, vychází z pojmu průměrného spotřebitele, 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; tato směrnice však obsahuje také ustanovení, jejichž účelem je předcházet zneužívání spotřebitelů, kteří jsou svým charakterem obzvláště zranitelní nekalými obchodními praktikami. 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. Pojem průměrného spotřebitele není statistickým pojmem. Pro stanovení typické reakce*

povinnosti eurokonformního výkladu. Dominantní pozici při výkladu průměrného spotřebitele zaujal SDEU, avšak jak je uvedeno v pozn. pod čarou č. 129, jež cituje odst. 18 preambule směrnice 2005/29/ES, nejde o pojem statický a vnitrostátní soudy a jiné státní orgány musí vždy vycházet z vlastního úsudku o průměrném spotřebiteli, s přihlédnutím k judikatuře Soudního dvora. Nejvyšší soud ČR závěry judikatury SDEU přejímá a vychází při stanovení průměrného spotřebitele z jedince, který „má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory“¹³⁰ a ve vztahu k reklamě uznává tzv. reklamní nadsázku, když konstatuje: „V reklamě zboží či služeb běžné potřeby již téměř každý spotřebitel očekává určité reklamní přehánění a nadsázku, jimž neuvěří.“¹³¹

Původně empirický model tak nahradil model normativní, který je postaven na myšlence, jak by se spotřebitel chovat měl, nikoliv jak se dle empirických zjištění (v praxi dle znaleckých posudků či odborných vyjádření stran zejména sociologů) skutečně chová.

Z relevantní judikatury lze dovodit závěry, že průměrný spotřebitel se před koupí určitého zboží informuje o jeho vlastnostech, porovnává si zboží se zbožím konkurence a jeho alternativami, v případě smluvní dokumentace se seznamuje s jejím obsahem a přemýšlí nad konsekvencemi jednotlivých ustanovení apod., jednoduše se chová zodpovědně.¹³² První vrstvu reklamy (hlavní a zkratkovité sdělení reklamy, které z povahy věci není přesné a zcela vypovídající o propagovaném zboží či službě) judikatura nepovažuje apriorně za klamavou a umožňuje odkázání se na podrobné informace, v případě e-commerce se běžně jedná o formu zvláštní stránky (v praxi označované jako LP, z angl. landing page) nebo bližšího popisu zboží.¹³³

Podstatné je, že potenciální protiprávnost reklamy je nutno zpravidla posuzovat ve vztahu k její cílové skupině, tedy slovy judikatury ve vztahu k adresátům, kteří mohou být takovou reklamou zasaženi, a musí být brán v potaz např. jejich věk, schopnost takové skupiny nadsázku

průměrného spotřebitele v daném případě budou muset vnitrostátní soudy a orgány vycházet z vlastního úsudku, s přihlédnutím k judikatuře Soudního dvora.“

¹³⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006.

¹³¹ Tamtéž.

¹³² Např. v usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. 2. 2009, sp. zn. 23 Cdo 2749/2008 je uvedeno: „Běžný (průměrný) spotřebitel si před uzavřením leasingové smlouvy s konkrétní společností pečlivě ověří podmínky, za nichž může leasing osobního automobilu získat a vezme přitom v úvahu i nabídky více soutěžitelů; nevychází tedy při vlastních smluvních jednáních a písemné formě leasingové smlouvy pouze z reklamních sloganů a inzerátů, je si dobře vědom rovněž i nutnosti seznámit se se smluvními podmínkami vztahu, do něhož vstupuje. Vzhledem k dalším úkonům zájemce o uzavření leasingové smlouvy proto samo otištění inzerátu žalované není jednáním způsobitelným přivodit spotřebiteli újmu.“

¹³³ V rozsudku Vrchního soudu v Praze ze dne 27. 2. 2006, sp. zn. 3 Cmo 380/2005 došel soud k závěru, že pakliže obsahuje prezentace i odkazy na podrobné informace a způsob, jak tyto informace získat, není důvod hledat v takovém zkratkovitém sdělení způsobilost klamání spotřebitele, resp. uvést jej v omyl.

odhalit apod.¹³⁴ V e-commerce je toto posuzování zdůrazněné možností přesného cílení. Přirozeně tak bude odlišně posuzována online reklama zacílená např. na muže ve věku 25–30 let vyskytujícího se na území hl. m. Prahy, pocházejícího z vyšší příjmové skupiny a s vysokoškolským vzděláním (použitelné např. při prodeji prémiového herního vybavení) než reklama zacílená na seniory z nízkopříjmové skupiny (použitelné např. při prodeji levných doplňků stravy); v případě potřeby může inzerent doložit data z reklamních platforem prokazující, že reklama byla zacílena právě na danou skupinu osob. Dozorový orgán by si v rámci oprávnění požadovat od třetích osob součinnost měl taková data od reklamní platformy sám vyžádat, avšak nikdy jsem se s takovým postupem nesetkal, což je však způsobené toliko nevhodnou právní úpravou, resp. skutečností, že dozor nad online reklamou provádí krajské živnostenské úřady, které však nedisponují specializovaným odborným personálem, jenž je pro jim zákonem svěřenou oblast nezbytný.¹³⁵

Důkazně podstatně obtížnější je určování cílové skupiny (nikoliv zamýšlené, ale skutečně zasažené, prvně uvedené totiž nerozhoduje o protiprávnosti, ale toliko o intenzitě zavinění) v reklamě bez možnosti přesného cílení, resp. s možností pouze omezeného cílení (reklama v televizi, v rádiu či reklama na veřejném prostranství, případně široce definovaná reklama v rámci online reklamních platforem).

Jak implikuje předchozí text, význam samotného hlediska průměrného spotřebitele spočívá při posuzování protiprávních praktik ze strany podnikatelů vůči spotřebitelům. V e-commerce se z naprosté většiny jedná toliko o posuzování případů protiprávní online reklamy dle § 2 zákona o regulaci reklamy, ve vztahu ke spotřebitelům jsou potom relevantní primárně ustanovení § 2 odst. 1 písm. b), odst. 2 a 3 zákona o regulaci reklamy, a toliko až sekundárně (z hlediska praktického významu) postih nekalých obchodních praktik dle § 4 zákona o ochraně spotřebitele. Nelze však opomenout ani soukromoprávní úpravu nekalé soutěže dle § 2976 a násl. občanského zákoníku, při níž hraje hledisko průměrného spotřebitele (resp. jejich vnímání určitého jednání či praktiky) rovněž důležitou roli.

Největší deficit současné právní úpravy v tomto ohledu tkví v absenci účinného dozoru, důsledkem čehož není obecná online reklama prakticky nijak administrativně postihována. Podrobněji se této skutečnosti věnuji v kapitole 7.1.2.5 této práce. Odlišný závěr však platí pro zvláštní kategorie výrobků a služeb, jako jsou např. léčivé přípravky, kde je dozorovým orgánem

¹³⁴ Viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006, rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 18. 6. 2007, sp. zn. 3 Cmo 33/2007 a další.

¹³⁵ Podrobněji viz kapitolu 7.1.2.5 této práce.

Státní ústav pro kontrolu léčiv, nebo zdravotní služby, kde vykonává dozor Ministerstvo zdravotnictví.¹³⁶

Výhledem do budoucna očekávám vývoj hlediska průměrného spotřebitele v podobě přechodu k přísnějšímu konceptu tzv. aktivního spotřebitele, resp. svědomitého (pečlivého) spotřebitele, což implikuje i judikatura SDEU.¹³⁷

Domnívám se, že přerod nahlížení na spotřebitele coby svědomitého jedince je nevyhnutelnou evolucí reagující na stále hutnější a kazuističtější právní úpravu ochrany spotřebitele, která umožňuje neplánované využití spotřebitelské legislativy – jednak pro účely konkurenčních bojů (konkurenční podněty ve věci online reklamy, u kterých je klíčové posuzování reklamy optikou průměrného spotřebitele), jednak pro účely sofistikovaného zneužívání práva ze strany samotných spotřebitelů.

Onen přerod nahlížení na spotřebitele na jedné straně zvyšuje tlak na spotřebitele, resp. na jejich opatrnost a zodpovědnost, a na straně druhé méně zhojuje jejich vlastní nezodpovědnost, nerozvážnost a zbrkllost. Hledisko svědomitého (pečlivého) spotřebitele přitom nevede ke snížení ochrany spotřebitelů, a to díky skutečnosti, že spotřebitele nelze v tomto ohledu považovat za jednu obecnou skupinu osob, ale je vždy třeba individuálně posuzovat relevantní cílovou skupinu spotřebitelů, vůči níž určitá praktika směřuje.

Podstatné při ospravedlnění zpřísnění kritérií kladených na spotřebitele je i to, že toto zároveň nikterak nemění speciální nahlížení na skupinu tzv. zvláště zranitelných spotřebitelů, u kteréžto skupiny se nekalé praktiky posuzují vždy ve vztahu k průměrnému jedinci této skupiny.¹³⁸

Nadále tedy očekávám jako obecný standard výklad, kdy se průměrným spotřebitelem rozumí jedinec zásadně zodpovědný, tedy jedinec, který je zejména aktivní a informovaný (a to jednak v přiměřeném vyhledávání relevantních informací před realizací určitého ekonomického chování¹³⁹, ale i v hájení a včasném uplatňování svých práv), kritický (mj. schopný vyhodnotit reklamní nadsázku a přehánění), jakož i pozorný a chápající.

¹³⁶ § 7 písm. c) a e) zákona o regulaci reklamy.

¹³⁷ ELISCHER, D. IN: DVOŘÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*, s. 299.

¹³⁸ Skupinu zvláště zranitelných spotřebitelů zakotvuje § 4 odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele („*Obchodní praktika, která může podstatně narušit ekonomické chování určité jednoznačně vymezené skupiny spotřebitelů, kteří jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvláště zranitelní takovou praktikou nebo výrobkem nebo službou, a to způsobem, který prodávající může rozumně očekávat, se hodnotí z hlediska průměrného člena této skupiny; tím nejsou dotčeny běžné a oprávněné reklamní praktiky zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně.*“).

¹³⁹ Např. před koupí motorového vozidla půjde o nastudování specifikace daného vozidla, přečtením recenzí a porovnáním s konkurenční nabídkou. V případě koupě zboží běžné spotřeby, jako jsou např. potraviny však přirozeně

3.3 Slabší strana

3.3.1 Zasazení slabší strany do ekonomického kontextu

V obecné rovině nemá smluvní svoboda jako abstraktní princip samoregulační mechanismy a není schopna zajistit rovné prosazování individuálních zájmů smluvních stran ve smluvním poměru. Nejvíce zjevné z mé praxe, avšak v akademické diskusi opomíjené, je vyjednávání o smlouvě mezi nadnárodní korporací a (ve srovnání s touto korporací) s drobným subjektem. S ohledem na cíle této práce budu klást důraz právě na tyto opomíjené situace. Tímto drobným subjektem nejsou pouze spotřebitelé a malí a střední podnikatelé, ale i velcí podnikatelé, neboť i tito mohou, ve srovnání ještě s podstatně větším podnikatelem, zaujímat při vyjednávání smlouvy pozici podobnou jako David v bitvě s Goliášem. Nepoměr mezi malým a velkým je vždy otázkou daného konkrétního případu a velikost ve smyslu podílu na trhu, tržní kapitalizace apod. není dle mých zkušeností až tak podstatná, což je výrazně patrnější za současné situace narušených dodavatelských řetězců. Primárně jde o to, že vždy jedna ze stran potřebuje uzavřít smlouvu s tou druhou více, než je potřeba druhé smluvní strany. Čím větší potom existuje disproporce mezi potřebou smluvních stran smlouvu uzavřít, tím slabší je postavení druhé smluvní strany. Při výrazné disproporci potom již přirozeně dochází k narušení principu smluvní svobody.

Za příklad mohou posloužit největší české internetové obchody. Na národní úrovni jde o giganty a bezpochyby, v kontextu trhu České republiky, velké podnikatele, avšak při vyjednávání tzv. přímých kontraktů, tedy smluv týkajících se dodávek zboží nikoliv s distributory, ale přímo s výrobcí jako je např. Philips, Apple nebo Yamaha, ale i mnoha méně obecně známými výrobci, jako jsou např. Corsair, Bose, Razer a další, se i takoví národní giganti ocitnou ve vztahu k danému výrobcí v takřka bezbranné pozici. V tomto případě bude uzavření smlouvy výhodné pro obě strany, avšak potřeba výrobce smlouvu uzavřít je velice nízká, zatímco potřeba uzavřít smlouvu ze strany odběratele velice vysoká; přestože je na obou stranách obchodním argumentem pro uzavření smlouvy zvýšení zisku z dané transakce, tak v případě českého internetového obchodu bude takové přilepšení významné, avšak v případě výrobce takřka bezvýznamné. To se přirozeně promítne do neochoty silnějšího přistoupit na jakékoliv změny základních podmínek smlouvy.

nelze rozumně očekávat, že aktivita spotřebitele bude vyžadována v obdobném rozsahu, ale bude omezena nanejvýš na přečtení složení daného výrobku (tedy prakticky řečeno, relevantní pro změnu ekonomického chování průměrného spotřebitele zde budou zejména informace ohledně složení takového výrobku).

Uvedený příklad je jedním z mnoha případů náročných výzev, před kterou jsou postaveni čeští podnikatelé, kdy i tito národní giganti uzavírají právně značně nevýhodné smlouvy a ani *de facto* nemají na výběr. V těchto případech navíc nepřipadá v úvahu aplikace českého právního řádu coby práva rozhodného, ani příslušnost českého soudu; typickým rozhodným právem je takových případech právo USA nebo např. Hong Kongu, se sudištěm v těchto zahraničních zemích. O enormních nákladech takového případného sporu se ani není třeba zmiňovat, tedy i v případě, že právo není na straně silnější strany, bude mnohdy pro slabší stranu výhodnější řešit spory mimosoudně, i kdyby pro slabší strany byly vyřešeny méně příznivě.¹⁴⁰ Význam národní ochranné legislativy je v takových případech prakticky nulový a je otázkou *de lege ferenda*, zda není potřeba ochrany stran mezinárodního práva soukromého.

V případě výrazně slabšího postavení ve vyjednávání jedné ze stran je slabší strana ponechána na milost silnější a tomu, jaká ujednání ve smlouvě tato formuluje, resp. přesněji řečeno na pospas tomu, co jí rozhodné právo umožní. Dalším typickým případem výrazné disproporce jsou vztahy mezi obchodními řetězci a dodavateli, kdy i ve vztahu k těmto dodavatelům obchodní řetězce své postavení zjevně zneužívají.¹⁴¹ Postoupíme-li na další úroveň trhu, je slabá pozice markantní u spotřebitele v situaci, kdy si spotřebitel např. sjednává úvěr s bankovní institucí.

V případě slabších podnikatelů je primárním korektivem smluvní disproporce až samotný trh a právo pouze ve velice omezené míře. V současné době tak téměř neregulovaně dochází k situacím, které nelze označit jinak než za necitlivé. Přitom podobné jednání ve vztahu ke spotřebitelům podnítilo samotnou potřebu spotřebitelské ochrany. Aplikace obecných korektivů v podobě např. dobrých mravů nejsou soudy zásadně v podnikatelských vztazích ochotny

¹⁴⁰ V těchto zemích, ostatně podobně jako např. v Německu, v Rakousku, Maďarsku či ve Francii, je poskytování právních služeb ze strany advokátů výrazně nákladnější než v českém prostředí. Odhad nákladů na pouhou analýzu v případě běžného sporu z dodavatelských vztahů činí obvykle cca 10 000 USD, tedy při kurzu ke dni 5. 8. 2022 se jedná o cca 240 000 Kč. Za zastupování ve sporu jde o nejméně násobek této částky nižšími jednotkami. Navíc je třeba brát v potaz i náklady rozhodčího řízení, které je mnohdy vnučováno do smluv ze strany těchto silnějších stran, které např. v případě Hong Kongu při běžném řízení nepřekročí částku 25 000 USD, tedy při kurzu ke dni 5. 8. 2022 cca 601 000 Kč. Pravděpodobný přínos ze sporu, aby měl vůbec ekonomické opodstatnění, musí, při jistém zjednodušení, přesahovat alespoň 1 mil. Kč. Spory, ve kterých se „hraje“ o méně, i kdyby šlo např. o náhradu škody, se ekonomicky nevyplácí řešit; v takovém případě je dalším negativem i nemožnost daňového odpisu škody ze strany poškozeného, neboť podmínkou odpisu je neúspěšné vymáhání škody. Pro zjednodušení v tomto příkladu nepočítám s náhradou nákladů právního zastoupení při úspěchu ve věci, neboť jde zpravidla o podstatně menší částku, než kolik klient advokátovi skutečně zaplatí, a proto tato částka nemá na celkový výpočet výrazný vliv.

¹⁴¹ Při konzultacích s bývalými zaměstnanci obchodních řetězců jsem se dozvěděl mj. o běžné praxi spočívající v soustavném snižování marží dodavatelů tak, aby se pohybovaly co nejbližší nule; ve chvíli, kdy dodavatel s nižší marží nesouhlasí, je doslova vyhozen z jednání, resp. dochází k okamžitému ukončení spolupráce s takovým dodavatelem a jeho nahrazení někým jiným. Jediným korektivem v takových situacích je trh, tedy zda je na trhu někdo, kdo ukončeného dodavatele nahradí.

aplikovat a již vlivem skutečnosti, že jde o vztah dvou podnikatelů, jej bez dalšího považují za rovný, resp. s plnou smluvní svobodou.¹⁴²

V případě maloobchodních řetězců poskytuje výraznou ochranu slabšímu zákon o významné tržní síle, avšak ten se týká toliko potravin. Ve velice omezené míře plní ochrannou funkci veřejnoprávní pravidla na ochranu hospodářské soutěže v podobě zejména zákona na ochranu hospodářské soutěže; omezenost je dána tím, že primárním nástrojem je v tomto případě ochrana před dominantním postavením, které je obecně definována až podílem ve výši nejméně 40 % na relevantním trhu.

Několik málo právních prostředků ochrany upravuje i občanský zákoník, avšak takovou ochranu nelze s ochranou spotřebitele, případně s ochranou dodavatelů potravin dle zákona o významné tržní síle, ani vzdáleně porovnávat.

Proč tedy nechrání (evropský) zákonodárce slabší podnikatele? Nejsou tito slabší podnikatelé, kteří představují většinu trhu a jsou zástupci tržní diverzifikace, hodni zvýšené ochrany, a to nejen před výrazně silnějšími soutěžiteli, ale i před státem? Nebylo by naopak žádoucí slabší podnikatele podpořit i na úrovni právního postavení, když startupy jsou považovány za motor inovací¹⁴³ a právě technologické a e-commerce startupy by mohly pomoci Evropě přestat hrát pomyslné druhé housle (o slabém postavení evropských podnikatelů ve světovém kontextu podrobněji viz v následující kapitole 4 této práce věnované e-commerce v širším měřítku, zahrnující mj. i aspekty ekonomické).

S ohledem na informace uvedené v navazující kapitole se domnívám, že potřebujeme přinejmenším zvýšenou ochranu startupů, a to nejen před skutečně výrazně silnějšími podnikateli, ale i před státem, např. v podobě rozšíření ústavně garantované svobody podnikání, neboť stát podmínky pro podnikání stále a plošně zhoršuje. Pro efektivnost regulace je třeba komplexnosti a nelze nikterak opomíjet fakt, že ve vztahu soukromá osoba–stát, je stát zásadně v pozici významně silnější strany. S podporou technologických a e-commerce startupů úzce souvisí i potřebná podpora vzdělávání, jež je nejen v České republice opomíjeno, a stále stojí na základech již dávno překonaných a nefunkčních¹⁴⁴, přičemž předpokladem překonání současného a dlouhodobého

¹⁴² Vzhledem k omezenější zkušenosti se sporovou agendou jsem tuto otázku diskutoval s kolegy, kteří se na tuto specializují. Takové zkušenosti pocházejí především ze sporů před okresními soudy.

¹⁴³ Viz např. Startupy jsou motorem inovací. Ambiciózní desítka se ve Zlíně utká o vítězství v Creative Business Cupu [online]. *Czechcrunch*, 2021. Dostupné z: <https://cc.cz/startupy-jsou-motorem-inovaci-ambiciozni-desitka-se-ve-zline-utka-o-vitezstvi-v-creative-business-cupu/>.

¹⁴⁴ Jedním z reformátorů veřejného vzdělávání je brazilský podnikatel Ricardo Semler, zakladatel jedné z prvních demokraticky řízených obchodních společností na světě. Semler přišel se vzdělávacím systémem a školami nazvanými Lumiar. Tento systém podporuje přirozenou zvědavost dětí a touhu po poznání, na rozdíl od současného systému,

kritického nedostatku IT odborníků, který rozvoj české e-commerce podstatně utlumuje, je zvýšení podpory vyššího technického vzdělání.

3.3.2 Pojem slabší strany

Na rozdíl od definice spotřebitele, jež je *explicite* stanovena zákonem, není pojem slabší strany zákonem vymezen.¹⁴⁵ Úloha slabší stranu definovat je proto náročnou a obtížně uchopitelnou, a proto jsem v předchozí kapitole nejprve zasadil opomíjené, avšak ekonomicky významné představitele slabší strany do ekonomického kontextu a předesílal situační povahu mého dále odůvodněného nahlížení na pojem slabší strany.

O tom, že je slabší strana pojmem obtížně definovatelným, svědčí i skutečnost, že snahám slabší stranu definovat věnuje pozornost řada významných autorů.

Zoulík¹⁴⁶ slabší stranu definuje situačně a pomocí jejích znaků: „*Většinou jde o fyzické osoby, pokud jsou vůči druhé straně v určité nevýhodě; tato nevýhoda je spatřována zejména v jejich pozici ve smluvním vztahu, v nedostatku profesionality, v omezené informovanosti a v jednání pod určitým hospodářským tlakem. Abychom se vyhnuli jakékoli zkreslující generalizaci, je třeba pro konkrétní situace připustit výjimky, které buď rozšiřují nebo naopak zužují okruh subjektů, které mohou mít toto postavení anebo které rozšiřují nebo zužují možnosti závislosti či jiných nevýhod.*“

Bejček¹⁴⁷ na definici slabší strany nahlíží více optikou podnikatelských vztahů: „*Většinou je postavení každého subjektu složeno z více faktorů – v něčem si stojí lépe ta strana, v něčem zase*

který je založený na následujícím cyklu: usednout za lavici, být potichu, poslouchat vyučujícího, následně se naučit, resp. primárně namemorovat, co vyučující sdělil. Cílem systému Lumiar je vést studenty k moudrosti, nikoliv ke splnění nesouvisejících osnov. Odlišností od běžného veřejného vzdělávání je mimo jiné vzdělávání skrze projekty, nikoliv předměty. Na rozdíl od současného systému, který vede studenta z hodiny biologie na hodinu pojednávající o vývoji ve 14. století ve Francii, na což navazuje vyučování o přítocích českých řek, je systém škol Lumiar založen na práci na projektech. Těmito projekty jsou např.: „*Jak se vyjadřujeme*“ (protipól výtvarné a hudební výchovy), „*Jak se měříme*“ (protipól matematiky), „*Jak se měníme*“ (protipól základů společenských věd), dále i na projektech týkajících se věcí, o kterých jako lidstvo nic nevíme (láska, smrt, otázka proč vůbec existujeme), které jsou protipólem filozofie, ale na které zároveň není v běžných osnovách žádný prostor. Konkrétním příkladem z jednoho z projektů je kurz na sestavení jízdního kola, kde je nezbytným předpokladem aplikace poznatků z matematiky (např. bez znalosti veličiny π není možné tímto kurzem projít, protože bez něj není jízdní kolo možné sestavit). Systém Lumiar se v posledních letech začíná uchycovat ve světě, viz např. <https://www.lumiar.co.uk/about>, avšak zdá se, že primárně na úrovni soukromého vzdělávání. Významným argumentem pro zavádění obdobného systému v rámci veřejného vzdělávání je, že absolventi ze škol Lumiar dosahují významně lepších znalostních výsledků než absolventi veřejných škol.

¹⁴⁵ Ustanovení § 433 odst. 2 občanského zákoníku stanoví toliko: „*Má se za to, že slabší stranou je vždy osoba, která vůči podnikateli v hospodářském styku vystupuje mimo souvislost s vlastním podnikáním.*“

¹⁴⁶ ZOULÍK, F. Soukromoprávní ochrana slabší smluvní strany. *Právní rozhledy* 3 (2002), s. 110.

¹⁴⁷ BEJČEK, J. Některé důsledky zákonného a soudcovského pohledu na „slabou“ a „slabší“ vyjednávací pozici obchodního partnera. *Obchodněprávní revue* 1 (2011), s. 10.

druhá. Charakter právní regulace vede k nutnosti používat normativní formalistická jednoduchá kritéria, aby se ‚slabost‘ nebo její neexistence dala snadněji dovodit. Nerovnost mezi konkrétními subjekty v konkrétní situaci tak bývá nahrazována abstraktní nerovností na základě typových normativně vymezených (a eventuálně judikaturou rozvinutých a upřesněných) znaků. Tato hrubá a nepřesná kritéria mohou zase vést k absurdním důsledkům, že se právní ochrana slabšího zvrtně fakticky v možnost diktátu slabšího vůči původně silnějšímu.“

Se závěry Bejčka souhlasím a doplňuji, že ve své praxi jsem se již nejednou setkal se situací, kdy na jedné straně byl sice nesrovnatelně silnější podnikatel (ekonomicky, informačně, personálně, resp. intelektuálně aj.), přesto byl v dané situaci ve slabším postavení, neboť plnění protistrany pro své podnikání potřeboval; smluvní podmínky tak byly v zásadě jednostranně určovány tímto ekonomicky slabším a, za jiné situace (tj. v jiném smluvním vztahu), až bezvýznamným partnerem. Posuzování slabší strany optikou úvah o rovnosti by vedla k absurdnímu závěru, kdy by byla ochrana poskytnuta subjektu, který je sice svým postavením slabším, avšak v daném smluvním vztahu silnějším. Takový závěr by navíc apriorně umožňoval zneužívání práv ze strany subjektu co do postavení slabšího.

Jako vhodnější se proto jeví snahy o definice, které kladou větší důraz na konkrétní situaci nežli právě na subjekt. Znakem slabší strany dle Zapletala¹⁴⁸ je přítomnost rozhodující nevýhody. Takové, jak označuji, situační nahlížení na definici slabší strany, naznačuje i Lasák¹⁴⁹.

Dle Pelikánové¹⁵⁰ je podstatným znakem slabší strany skutečnost, že jedna ze smluvních stran může jednostranně vnutit svoji vůli druhé smluvní straně (v podobě prosazení individuálně neprojednaných smluvních ujednání). Domnívám se, že takový znak je z hlediska definičního vymezení slabší strany znakem nikoliv pouze podstatným, ale tím rozhodujícím. Takový závěr odpovídá i systematickému výkladu v kontextu § 1798 občanského zákoníku, jenž stanovuje působnost pravidel o adhezních smlouvách „pro každou smlouvu, jejíž základní podmínky byly určeny jednou ze smluvních stran nebo podle jejích pokynů, aniž slabší strana měla skutečnou příležitost obsah těchto základních podmínek ovlivnit“.

¹⁴⁸ „Pro vymezení slabší smluvní strany v konkrétním případě bude zásadně nutné identifikovat přítomnost určité nevýhody této strany, které musí být natolik významná, že ji lze pro daný vztah považovat za rozhodující“ (viz ZAPLETAL, J. In: PETROV, J., Výtisk, M., BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník*, s. 452).

¹⁴⁹ „Posouzení, zda je v konkrétním případě určitá osoba slabší (smluvní) stranou, se bude vždy odvíjet od konkrétních skutkových okolností. Příliš široké vymezování slabší strany nicméně může podnikatelskou praxi zcela ochromovat.“ (LASÁK, J. § 433 [Ochrana slabší strany]. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník*, s. 1349, marg. č. 14.)

¹⁵⁰ PELIKÁNOVÁ, I. *Aktuální otázky obligačního práva a jeho kodifikace v evropském i českém kontextu*. Právní rozhledy 18 (2007), s. 656 a násl.

Ztotožňuji se v tomto ohledu se závěry Janouška¹⁵¹, že správnost definice slabší strany „nespočívá v úvahách o slabosti, nýbrž především v otázce rovného přístupu ke smluvní svobodě, která je základním principem, jímž je ovládáno smluvní právo“, což citovaný autor dále zpřesňuje: „Pokud ‚slabší‘ smluvní strana právně jednala pod vlivem určité slabosti, která neměla za následek omezený přístup ke smluvní svobodě, právo by podle mého názoru takovou ‚slabost‘ kompenzovat nemělo, protože není právně relevantní, přestože se v něm smluvní strana reálně nachází. Pokud naopak tato slabost vyústila v omezený přístup ke smluvní svobodě, je možné při splnění dalších okolností (především zohlednění zájmů a jednání protistrany) konstatovat, že slabší smluvní strana jednala v právně relevantní slabosti, která je způsobilá kompenzace prostředky soukromého práva.“

Aby mělo předchozí pojednání své opodstatnění, pokusím se zde slabší stranu definovat.

Slabší stranou je, vedle domněnky v § 433 odst. 2 občanského zákoníku (která může být vyvrácena), osoba, jejíž postavení je v dané situaci, resp. v daném smluvním vztahu, natolik deformováno, že rozumně nemůže (objektivně¹⁵²) ovlivnit základní smluvní podmínky, případně takovou příležitost vůbec nemá¹⁵³.

Se závěrem Lasáka¹⁵⁴, že „postavení slabší strany není přitom statickou vlastností určité osoby, ale vždy je nutné posuzovat toto případné postavení ve vztahu k jiné osobě (jinými slovy, určitá osoba může být slabší smluvní stranou vůči jednomu smluvnímu partnerovi, zatímco vůči jinému smluvnímu partnerovi bude naopak v pozici ‚silnější‘ smluvní strany)“, tak lze souhlasit.

Jak jsem již poukázal na absurdní důsledky přístupu, jenž pouze poměřuje subjekty a jejich postavení mezi sebou navzájem (důsledkem kterého může být co do postavení slabší subjekt reálně v danou situaci v pozici, ve které však smluvní svobodu protistrany významně deformuje), nelze slabší stranu definovat ve vztahu k jiné osobě (protistraně), ale je třeba ji definovat ve vztahu k dané situaci, resp. v kontextu daného smluvního vztahu. Opačný závěr by umožnil nejen zneužívání práva ze strany pouze zdánlivě slabších, ale i uplatnění jejich „vyděračského potenciálu“.

Dle mých, obecně nepřijímaných, závěrů tedy může být i zaměstnanec ve vztahu k podnikateli silnější smluvní stranou (např. klíčový obtížně nahraditelný zaměstnanec), a dokonce

¹⁵¹ JANOUŠEK, M. *Ochrana slabší smluvní strany*, s. 111.

¹⁵² Domnívám se, že obdobně jako u spotřebitelů nemůže právo chránit pasivitu, ale toliko aktivitu, tedy nikoliv neschopnost, ale nemožnost.

¹⁵³ Případy smluv „take it or leave it“, kdy je přinejmenším z okolností patrné, že není možné smlouvu jakkoliv měnit.

¹⁵⁴ LASÁK, J. § 433 [Ochrana slabší strany]. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník*, s. 1348, marg. č. 11.

i spotřebitel (např. tzv. dolarový milionář) může být ve vztahu k podnikateli (drobný živnostník) silnější smluvní stranou.

U fyzických osob, které jsou v dané situaci silnější a v zásadě si jednostranně stanoví základní smluvní podmínky, však platí významné omezení v podobě vyvratitelné právní domněnky § 433 odst. 2 občanského zákoníku. Domnívám se, že takové omezení je vhodné, neboť na obě příkladmo zmíněné osoby, které běžně patří mezi typické představitele slabší strany, bude při jednání s podnikatelem až do doby vyvrácení domněnky § 433 odst. 2, nahlíženo jako na slabší smluvní stranu. Takový přístup zajišťuje zvýšenou ochranu, avšak zároveň umožňuje, zpravidla v extrémních situacích, dojít i k závěru opačnému a zhojit tak případné nespravedlnosti spojené s aplikací vyvratitelné domněnky, a to bez potřeby následného zhojení prostřednictvím aplikace institutu *abusus iuris* dle § 8 občanského zákoníku.

4. E-commerce v širším měřítku

4.1 Úvodní teze

Jak jsem již spíše situačně zmiňoval v předchozím textu, spotřebitel a slabší strana v e-commerce je tématem, které je úzce spjato s IT, marketingem a obchodem a má výrazný vliv na stav ekonomiky. Předpokladem tvorby funkční právní regulace v e-commerce (tedy takové, která dosahuje vytyčených cílů s minimem nežádoucích účinků), jakož i její aplikace, jsou zkušenosti a znalosti z praxe světa e-commerce. Bez těchto nemohou být voleny správné způsoby regulace (v případě zákonodárce) a nedojde ke správné právní kvalifikaci určitého jednání a této ani nebude předcházet jeho správné skutkové vymezení (v případě právní praxe). V e-commerce právu jsou tedy mimoprávní znalosti a mezioborový přehled důležitější než v oblastech méně technických.

Přidanou hodnotu této práce spatřuji proto mj. v analýze těchto mimoprávních skutečností a zasazení právní regulace do socioekonomického kontextu, byť se jedná o analýzu přirozeně omezenou, s ambicí upozornit na aktuální a budoucí právně-legislativní výzvy a poté již pouze vytyčit pomyslný můstek pro související právní pojednání.

Nezbytným předpokladem pojednání v této kapitole jsou kvalitní data, a to v podobě zejména studií a ekonomických analýz. V případě přímé spotřebitelské ochrany, zejména ve formě spotřebitelských směrnic, jsou data pro další zkoumání značně omezená. Zpravidla jsou k dispozici analýzy dopadů legislativy z dílny EU, avšak ty jsou apriorně nedostatečné, což podrobněji vysvětlím na příkladech v této kapitole, kdy budu porovnávat analýzy EU s o poznání podrobnějšími analýzami soukromých subjektů, jejichž odhady se však enormně liší. Podstatným zjištěním je, že přestože praxe po přijetí legislativy ukázala, že odhady analýz EU se zcela minuly s následnou realitou, chybí ze strany EU nejen uvědomění si tohoto selhání, ale i potřebná sebereflexe, která je předpokladem zvýšení kvality budoucích právních předpisů EU.

Z toho důvodu je za současného stavu poznání nejefektivnější uchýlit se primárně k analýze legislativy, jež je součástí nepřímé ochrany spotřebitele – konkrétně jde zejména o nařízení GDPR a ePrivacy směrnici. Vzhledem k tomu, že uvedenou legislativu považuji za trend, u kterého lze očekávat, že na něj přímá spotřebitelská legislativa postupně naváže¹⁵⁵, a s přímou

¹⁵⁵ K tomuto závěru se stačí podívat na koncepci příslušných předpisů dle jejich chronologie: nejdříve na směrnici ePrivacy (cookies regulace), následně GDPR (ve vztahu k této práci regulace digitální stopy jednotlivce v e-commerce), poté připravované nařízení ePrivacy (nástupce stávající cookies regulace) a následně i připravované nařízení AIA (regulace umělé inteligence). Ve všech případech se jedná o legislativu s obdobným základem v podobě důrazu na dříve v tomto pojednání kritizovaný informační model a následné rozsáhlé byrokratické povinnosti, přičemž všechny předpisy regulují oblast technického charakteru, jejíž dopad na e-commerce je zásadní. Vliv moderních technologií na spotřebitele je zřejmý, když moderní technologie začínají stále více rozhodovat např. o tom, zda bude

spotřebitelskou legislativou má mnoho společných rysů¹⁵⁶, jsou závěry takové analýzy s jistou opatrností použitelné i na přímou spotřebitelskou regulaci. Dalším důvodem vhodnosti analýzy takových předpisů v rámci této práce je skutečnost, že vliv zkoumané legislativy na evropskou e-commerce je klíčový a zároveň oblast, kterou tato legislativa reguluje, má za cíl významně chránit spotřebitele před vlivem moderních technologií hojně používaných v e-commerce.

4.2 E-commerce jako hnací síla ekonomické prosperity

E-commerce, tedy elektronické obchodování, je hlavní hnací silou současného a zřejmě i budoucího ekonomického růstu celé EU.¹⁵⁷ Pandemie COVID-19 ekonomickou pozici e-commerce ještě upevnila, a navíc zvýšila tlak na transformaci světových ekonomik, způsobu práce – a života jako takového – do online prostředí.

Ze statistik lze vyčíst, že v souvislosti s pandemií COVID-19 vzrostl v USA průnik online prodeje zboží do maloobchodního prodeje více než kdykoliv v průběhu předchozích 10 let, a to z 16 % ročně v roce 2019 na téměř 30 % v roce 2020.¹⁵⁸

Nacházíme se tedy na počátku nového rozkvětu e-commerce, umožněného technologickým vývojem a urychleného současnou situací spojenou s pandemií COVID-19¹⁵⁹. Pohlédneme-li na e-commerce z širšího ekonomického kontextu, tak již nejde o samostatné odvětví, ale stává se základem ekonomiky jako takové. Vývoj společnosti a ekonomiky indikuje, že dosud dominantní maloobchod se nevyhnutelně stane pouhým doplňkem e-commerce. Předpokládá se, že prodeje v e-commerce dosáhnou celosvětově do r. 2024 roční výše 6,4 trilionů USD.¹⁶⁰ Domnívám se, že je otázkou období nepřesahujícího jednu dekádu, než se většina maloobchodních prodejen transformuje ve výdejny pro výdej zboží objednaného online způsobem, kterým dnes funguje např. česká společnost Alza.cz a. s. Uvedenou domněnku lze podpořit i

uchazeč přijat do zaměstnání (biometrické čtení emocí, vyhodnocení osobnostních rysů aj.), zda dostane spotřebitel spotřebitelský úvěr (prověření bonity umělou inteligencí) aj. Relevantní jsou i otázky přítomnosti spotřebitelů v online světě, kdy jsou jejich přítomnost a činěné kroky (jakou stránku si prohlédnou, na co kliknou, kdy, komu a co napíší na sociální síti, a kde byli při všech těchto činnostech fyzicky přítomni) nejen zaznamenávány, ale i analyzovány a je dle nich predikováno budoucí chování (např. koupě určitého zboží). Zmíněné předpisy mají primárně za cíl chránit fyzické osoby, tedy jde o ochranu širší než ochranu spotřebitelů. Vzhledem k narůstající četnosti takové legislativy ji ze zřejmých důvodů označuji za nepřímou spotřebitelskou regulaci.

¹⁵⁶ Důraz na informační model a související byrokratické povinnosti, technický charakter regulované oblasti a další.

¹⁵⁷ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru, Digitální smlouvy pro Evropu – Uvolnění potenciálu elektronického obchodu, publikováno dne 9. 12. 2015, ID COM (2015) 633, s. 2.

¹⁵⁸ Bank of America, U.S. Department of Commerce. *ShawSpring Research*, 2020.

¹⁵⁹ Byť v době dopisování této práce je toto urychlení vývoje utlumené válkou na Ukrajině a s tím souvisejícím negativním dopadem do dodavatelských řetězců, které oslabuje nabídkovou stranu trhu a přispívá tak navyšující se inflaci, která negativně působí na sílu poptávkové strany trhu.

¹⁶⁰ MOHSIN, M. 10 Online Shopping Statistics You Need To Know In 2021 [2021-06-20]. *Statista*. Dostupné na <https://www.oberlo.com/blog/online-shopping-statistics> [cit. 2021-10-02].

faktem, že i konzervativní odvětví jako je prodej potravin a dalšího zboží v supermarketech, se stále více přesouvá z offline prostředí do online světa. Již nyní s výjimkou určitých specifických oblastí (např. prodej turistických suvenýrů) v B2C sféře platí pravidlo, že kdo není snadno a rychle dohledatelný na internetu, jakoby téměř ani neexistoval. S tím souvisí stále se zvětšující závislost na vyhledávači Googlu, který má na poli internetových vyhledávačů zcela nepochybně dominantní postavení (byť se to Google snaží z pochopitelných důvodů zpochybňovat zaváděním nových služeb, jejichž postavení na trhu je slabé), jehož zneužití má potenciál likvidace všech, zpravidla těch menších, soutěžitelů, a který tuto svoji dominantní pozici již historicky nejednou, a ve svůj ekonomický prospěch, zneužil.

Zúžíme-li pohled na evropskou e-commerce trh a následně jej porovnáme se světovými e-commerce trhy, dojdeme k závěru, že evropská e-commerce je relativně slabá a lze shrnout, že nejenže se jí ve světě nepodařilo prosadit, ale s ohledem na enormní – a každým dnem se zvyšující – technologický náskok e-commerce a technologických gigantů z třetích zemí, by bylo velice překvapivé, kdyby se alespoň jedna jediná společnost z EU stala světově konkurenceschopným hráčem na e-commerce trhu.

Z 13 největších online prodejců zboží a služeb na světě pochází 7 subjektů z USA (Amazon, eBay, Walmart, Uber, Expedia, Booking Holdings a Airbnb), 4 z Číny (Alibaba, JD.com, Pinduoduo, Meituan), 1 z Kanady (Shopify) a 1 z Japonska (Rakuten), přičemž průměrný růst těchto 13 online gigantů dosahoval v roce 2020 v průměru růstu ve výši 20,5 % oproti průměrnému růstu 17,9 % v roce předchozím.¹⁶¹ Vůdčí subjekty zabývající se online prodejem zboží však rostly mezitím podstatně významněji – Alibaba¹⁶² o 20,1 % oproti předchozímu roku, kdy činil růst 10,2 % a Amazon¹⁶³ o neuvěřitelných 38 % oproti předchozímu roku, kdy činil růst 21 %. Zde je třeba zdůraznit skutečnost, že většina zde uvedených subjektů představuje tzv. marketplaces, tedy online tržiště, a jsou to právě online tržiště, která zauímají dominantní pozici v globální e-commerce. Primární obchodní strategií online tržišť je zpravidla širší sortimentu a nízká cena (s nyní přicházející krizí a větší citlivostí spotřebitelů na cenu je přitom otázka ceny o to relevantnější), přičemž online tržiště nejsou homogenní, ale lze je rozlišit na online tržiště (a) na bázi vyhledávače či srovnávače, (b) jako agregátor nabídky a (c) jako tzv. „one step shop“¹⁶⁴.

¹⁶¹ COVID-19 and e-commerce: a global review [online]. *UNCTAD*. Dostupné z: <https://unctad.org/webflyer/covid-19-and-e-commerce-global-review>.

¹⁶² Skupina zahrnující mj. obchodní B2C platformu AliExpress a B2B platformu Alibaba.com.

¹⁶³ Internetový obchod fungující mj. na obchodním modelu marketplace. Čistý zisk společnosti činil v roce 2019 82 miliard dolarů.

¹⁶⁴ One step shop jsou společnosti, které nabízí široké portfolium zboží a služeb tzv. pod jednou střechou, tedy v rámci jednoho subjektu.

S ohledem na obchodní strategii online tržišť, kterou je tlak na cenu, a současnou ekonomickou situací počínající krize, doprovázenou, přinejmenším v České republice, jevy jako je mj. nejvyšší inflace od r. 1993¹⁶⁵ a nejnižší spotřebitelská důvěra od r. 2012¹⁶⁶, což vše přirozeně vede k vyšší cenové senzitivitě spotřebitelů, nasvědčuje vše přesto zrychlení růstu online tržišť, tedy především výše uvedených online gigantů, a to na úkor ostatních soutěžitelů v e-commerce, tedy vč. těch evropských, které již dnes hrají na trhu marketplaces, resp. na celém trhu e-commerce, pomyslné druhé housle.

Legislativa EU by se proto měla soustředit na podporu evropské e-commerce a odklonit od stávajícího přístupu, který je zcela opačný a prokazatelně vede k jejímu zpomalení, jak uvedu na konkrétních příkladech při kritické analýze významných evropských předpisů v podobě nařízení GDPR a směrnice ePrivacy, jejichž cílem je nepřímá ochrana spotřebitele, resp. ochrana osobních údajů fyzických osob, a jejichž dopad právě na e-commerce je velice významný a negativní. Zároveň lze očekávat více rizik pro spotřebitele v podobě např. falešných slev a klamavých reklam.

Vývoj e-commerce je důležitý i z toho důvodu, že ovlivňuje vývoj celé společnosti, která byla podnícena, a často i podmínkami donucena (např. v důsledku vládních lockdownů, uzavírání hranic apod.), k vyšší míře využívání moderních technologií.

Růst e-commerce zvyšuje i míru digitalizace, jež s sebou nese jednak řadu pozitivních přínosů, např. výrazně vyšší míru transparentnosti, jak rozvedu dále na příkladu práce z domova, ale jednak i řadu socioekonomických a právních výzev.

4.3 Digitalizace práce a její důsledky pro e-commerce

Zaměstnavatelé všech sfér si začínají uvědomovat, že digitalizace práce a práce z domova (home office), je-li alespoň teoreticky možná, je pro ně zpravidla finančně výhodná.¹⁶⁷ Při práci z domova

¹⁶⁵ Meziroční růst spotřebitelských cen v české ekonomice v květnu dále výrazně akceleroval [online]. *kurzy.cz*, 2022. Dostupné také z: <https://www.kurzy.cz/zpravy/656762-mezirocni-rust-spotrebitelskych-cen-v-ceske-ekonomice-v-kvetnu-dale-vyrazne-akceleroval/>.

¹⁶⁶ Konjunkturální průzkum: Důvěra mezi podnikateli se meziměsíčně zvýšila, důvěra spotřebitelů dále klesá [online]. *BusinessINFO.cz*, 2022. Dostupné také z: <https://www.businessinfo.cz/clanky/konjunkturalni-pruzkum-duvera-mezipodnikateli-se-mezimesicne-zvysila-duvera-spotrebitelu-dale-klesa%EF%BF%BC/>.

¹⁶⁷ Např. automobilka Ford zavedla pro 30 000 zaměstnanců trvalou práci z domova, viz ŠTĚPÁNEK, A. Průkopník Ford. Tisícům zaměstnanců umožní trvalý home office. [2021-03-21] *Týdeník Hrot*. Dostupné na <https://www.tydenikhrot.cz/clanek/prukopnik-ford-tisicum-zamestnancu-umozni-trvaly-home-office> [cit. 2021-10-17]. Google by potom při celoročním home office ušetřil přes miliardu USD ročně, viz ŠTĚPÁNEK, A. Výhodný home office. Google ročně ušetří přes miliardu dolarů. [2021-04-30] *Týdeník Hrot*. Dostupné na

produktivita zaměstnanců roste, s výjimkou specifického typu zaměstnanců a specifických pracovních činností.¹⁶⁸

Zaměstnavatelé s tradičním způsobem řízení¹⁶⁹ vyžadujícím fyzickou přítomnost na pracovišti, jimž fyzická přítomnost zaměstnanců na pracovišti poskytuje iluzi kontroly, se zavedení práce z domova brání, aby o tento pocit kontroly nepřišli. To se projevuje i v zaostalé IT infrastruktuře, neboť takoví zaměstnavatelé mají potíže správně a efektivně využívat moderních technologií, zejména software pro projektové řízení¹⁷⁰, firemní cloudová úložiště¹⁷¹ a moderní komunikační kanály pro rychlou a jednoduchou komunikaci, vč. videokonferenčních hovorů¹⁷², sdílení digitálního pracovního prostředí¹⁷³ apod. Příkladem pokulhávající digitalizace práce je veřejná správa, jejíž digitalizace by občanům nejenže významně usnadnila veškerou komunikaci, ale i zvýšila transparentnost a takřkajíc svlékla veřejnou správu do naha¹⁷⁴, čímž by byla i zvýšena

<https://www.tydenikhrot.cz/clanek/vyhodny-home-office-google-rocne-usetri-pres-miliardu-dolaru> [cit. 2021-10-17].

¹⁶⁸ To vyplývá z řady výzkumů, např. CHURCH, N. F. *Gauging perceived benefits from 'working from home' as a job benefit*. 2015. Dostupné z http://www.ijbed.org/admin/content/pdf/i-9_c-96.pdf [cit. 2021-10-18], BEAUREGARD, A., BASILE, K., CANONICO, E. (2013). *Home is where the work is: A new study of homeworking in Acas – and beyond*. 2013. Dostupné z: https://www.researchgate.net/publication/259053477_Home_is_where_the_work_is_A_new_study_of_homeworking_in_Acas_-_and_beyond#pf47 [cit. 2021-10-18] a O'NEILL, T. A., HAMBLEY, L. A., GREIDANUS, N. S. *Predicting teleworker success: an exploration of personality, motivational, situational and job characteristics*. 2009. Dostupné na: https://www.researchgate.net/publication/227839707_Predicting_teleworker_success_An_exploration_of_personality_motivational_situational_and_job_characteristics.

¹⁶⁹ Typicky tzv. pyramidové řízení, resp. armádní způsob řízení.

¹⁷⁰ Nejpoužívanějším nástrojem pro projektové řízení je Asana, český protějšek představuje nástroj Freelio.io.

¹⁷¹ Byť prvním cloudem byl iCloud Drive společnosti Apple, pro příklad zmíním v česku využívanější cloudové úložiště Microsoft OneDrive, které mimo mnoho jiných funkcí umožňuje týmům jednoduše a na několik kliků sdílet i celé soubory složek s velkým množstvím dat a dále s nimi pracovat v propojených aplikacích, jako je např. komunikační platforma Microsoft Teams, nebo po jednoduché integraci i v rámci zmiňovaného nástroje Asana. Pro konkrétní příklad lze uvést, že lze snadno vytvořit projekt s dílčími úkoly, které budou dále dle potřeby automatizovány. Např. když se stane akce A, nástroj spustí navazující akci B, případně i C, D, což může znamenat, že pokud jeden člen týmu dokončí jeden úkol, který je prerekvizitou jiného, automaticky se tento další úkol přiřadí tomuto dalšímu členu týmu, a to vč. zadání lhůty pro dokončení úkolu, a zároveň o tomto např. notifikuje osobu, která má celý projekt na starost). V rámci takového projektu nebo dílčího úkolu lze snadno nasdílet wordový dokument mezi všechny členy daného projektu nebo úkolu (byť bude soubor fyzicky umístěn na serveru cloudového úložiště, uživatel v zásadě nemusí ani poznat rozdíl oproti klasickému offline souboru), přičemž jednou z výhod je např. to, že daný soubor může souběžně upravovat několik osob současně a změny budou zaznamenány a ukládány v reálném čase, a to vč. ukládání všech historických meziverzí, tedy posílání souborů a dokumentů sem a tam se stává neohrabanou minulostí, podobně jako nahradily hlasové zprávy v aplikacích typu WhatsApp telegramy. Samozřejmostí cloudových úložišť je automatická záloha všech dat a jejich šifrování, s volitelnou a placenou možností sofistikovanějších způsobů zabezpečení dat a sofistikovanějších záloh. Zjevná nevýhoda nastává v případě umístění cloudových úložišť na území USA, neboť v USA není aplikována ochrana osobních údajů rovnocenným způsobem jako v EU a přístup st. orgánů k datům na cloudových úložištích je výrazně vyšší než v EU (čemuž se podrobně věnoval i SDEU ve svém rozsudku ve věci C-311/18, kterýžto rozsudek je označován jako Schrems II).

¹⁷² Obecně využitelným příkladem jsou aplikace Microsoft Teams a Slack, přičemž různá odvětví, typicky programátoři, využívají specifických aplikací s dalšími funkcionalitami.

¹⁷³ Čehož lze docílit použitím předtím jmenovaných řešení.

¹⁷⁴ Domnívám se, že byť na tomto existuje celospolečenský zájem, není taková změna vůbec v zájmu veřejné správy, a naopak zájmem veřejné správy je být co nejméně transparentní, neboť takovým způsobem se skryjí její nedostatky. Změna proto musí přijít z jiných pozic.

efektivita fungování veřejné správy jako takové, tedy by došlo k současnému snížení provozních nákladů a navýšení výsledné hodnoty produkované práce.

Díky digitalizaci práce by bylo možné např. v případě zaměstnance stavebního úřadu takřka okamžitě zjistit (i) pracovní úkoly, které daný zaměstnanec právě řeší (s možností prokliku zobrazit kompletní spis), vč. času stráveného řešením daných úkolů, (ii) v případech nedodržení zákonných lhůt pro vydání rozhodnutí by byly dovozeny interní důsledky (dle konkrétní situace např. revize pracovních postupů, zefektivnění práce, prohloubení vzdělání zaměstnance apod.), případně i personální následky, (iii) naopak v případě soustavného dodržování lhůt pro vydání rozhodnutí a řádného plnění pracovních úkolů by mohl být zaměstnanec odměňován osobním bonusem a (iv) v případě nezákonného rozhodnutí by byly opět dovozeny odpovídající důsledky, resp. v případě opakovaného nezákonného rozhodování by automatizovaně došlo k ukončení služebního poměru (zde je třeba si uvědomit, že nezákonné postupy a rozhodování jsou nejen protiústavní a protizákonná, mj. rozporná se základními principy fungování veřejné správy, ale ve výsledku i nevhodná, a to nejen z důvodů navazujících soudních sporů, ale i z důvodu neefektivně vynaloženého času v rámci řízení, jejichž výsledkem je nezákonné rozhodnutí).

Možnosti spojené s digitalizací veřejné správy jsou však podstatně širší a zaměřené nejen na jednotlivce, ale i na celý systém. Díky digitalizaci veřejné správy by bylo např. možné v reálném čase monitorovat vytíženost příslušných úřadů, kdy by bylo pozorovatelné, že např. stavební úřad pro Prahu 10 je přetížen o 500 % nad svoji personální kapacitu, zatímco stavební úřad pro Prahu 4 je přetížen pouze o 120 %. Důsledkem přístupu k datům, přirozeně získaným digitalizací veřejné správy, by mohla být přijímána odpovídající rozhodnutí a opatření. V příkladu se stavebním úřadem pro Prahu 10 by např. jeho vedoucí bezodkladně vypsál výběrová řízení na několik pracovních pozic, neboť je patrné, že personálně nedostatečně obsazený úřad není schopen řádně plnit své úkoly a povinnosti zákonem svěřené působnosti. Mohlo by docházet i k optimalizaci interního fungování, kdyby např. bylo zjištěno, že při podobném personálním obsazení jeden úřad funguje podstatně efektivněji než jiný, bylo by možné se inspirovat u tohoto lépe fungujícího úřadu. Za takovouto funkčnost úřadu pak má být odpovědný vedoucí daného úřadu a v konečném důsledku vláda.

Moci zákonodárné i moci výkonné by přístup k těmto datům umožnil na situaci okamžitě reagovat a problémům by bylo možné, díky predikcím na základě dat, dokonce i předcházet, a nikoliv na ně reagovat současným způsobem, tedy až ex post v situacích zcela neúnosných. Možnou reakcí je např. úprava odměňování zařazením do příslušných platových tříd nebo tlak na

změnu interních procesů, případně i změnu vedoucích takto nefunkčních úřadů, kteří dobré fungování nebyli schopni zajistit.

Přístup k datům ze strany veřejnosti by zase posloužil občanské společnosti, která působí na volené zástupce, což by umožnilo veřejnosti hlasovat ve volbách racionálněji. To je však nutné kombinovat s reformou vzdělávacího systému, který má jednotlivce učit více přemýšlet a méně memorovat, tedy více apelovat na zdravý rozum a kritické myšlení, což opět jen umocní větší míru uvědomělého a rozumného rozhodování, což v případě politické soutěže (ať už na komunální či celostátní úrovni) znamená právě i rozhodování dle skutečných dat a výsledků, nikoliv na základě iracionálních předvolebních diskusí, slibů a populistických, tedy značně manipulativních a mnohdy i lživých předvolebních kampaní¹⁷⁵; zde je třeba zdůraznit poznatek behaviorální psychologie, že jedním ze spouštěčů iracionálního rozhodování je právě nedostatek relevantních informací¹⁷⁶. Mají-li data sloužit i tomuto širšímu účelu, musí být jednak snadno a transparentně dostupná bez rozdílu všem občanům, jednak jim tyto musí i rozumět. Přehlcenost daty vedoucí k neochotě data studovat lze řešit např. vrstvením informací. Dalším pozitivním důsledkem transparentnosti pak může být i ingerence aktivních občanů, zejména odborníků v určité oblasti, do rozhodování o otázkách veřejného života, což se projevilo jako užitečné např. při řešení

¹⁷⁵ V soukromé sféře je zcela běžné hodnocení pracovního výkonu, resp. odměňování, na základě objektivních dat v podobě klíčových ukazatelů výkonnosti, tzv. KPI (z angl. key performance indikátor), konkrétně může jít o zvýšení počtu prodejů, zvýšení určitého typu marže, snížení hodnoty na získání nového zákazníka, zvýšení spokojenosti zaměstnanců, snížení fluktuace zaměstnanců, snížení zákaznických stížností, zvýšení pozitivních zpětných vazeb zákazníků, zlepšení cash flow, snížení nákladů na materiál, zvýšení životnosti výrobků a mnoho dalších, důležitá je jejich kvantifikovatelnost a měřitelnost (více viz např. <https://www.qlik.com/us/kpi/kpi-examples>).

Je proto alarmující, že obdobný systém, v obchodě zcela běžný, není funkční ve veřejné správě a už vůbec ne v rámci politické soutěže, a to přestože v rámci předvolební kampaně politická strana, resp. hnutí ANO 2011, která byla u moci po dvě volební období, slibovala „řízení státu jako firmu“, ačkoliv reálně k tomuto nedošlo absolutně v žádném ohledu (resp. mluvíme-li o firmě finančně i personálně zdravé a prosperující, nikoliv firmě závislé na státním financování).

Základní obchodní poučku „živi nás hotové“, do které lze uvedené KPI shrnout a která je součástí DNA všech schopných manažerů, si stát doposud neosvojil.

¹⁷⁶ Transparentnost a přístup k datům o reálných *výsledcích* veřejné správy (např. ve zdravotnictví by mohla být relevantní makro čísla jednak ohledně zvýšení poměru vyléčených pacientů, jednak ohledně snížení množství pacientů jako takových díky lepší prevenci) by umožnil občanům rozhodovat se ve volbách racionálněji a uvědoměleji, a volit jedinice, jejichž práce a úsilí přináší skutečné hodnoty a výsledky, tedy umožnil by odklonit se od současného způsobu rozhodování, které je z důvodu absence vypovídajících dat pocitové až pudové (s ohledem na používané agresivní marketingové praktiky určitých politických stran a hnutí, které manipulují na podvědomé úrovni, kdy mj. aktivují emoce strachu a vyvolávají agresi, se nejedná bohužel o žádnou nadsázku). Z důvodu netransparentnosti státu a nedostatku dat z takové situace těžší jedinici s lepším marketingem a PR, byť nejsou schopni problémy společnosti řešit. Nejistota, resp. nedostatek dat pro rozhodování, totiž nevyhnutelně vede k iracionálnímu rozhodování a větší náchylnosti se rozhodovat na základě iracionálních faktorů, čímž se podrobně zabývám v kapitole 7.1 této práce o kognitivním zkreslení a zneužívání iracionálních faktorů v marketingu.

Závěrem k této úvaze dodávám, že nikterak nefavorizují čisté rozhodování na základě dat. I takové rozhodování by bylo bezmyšlenkovité a nesprávné. Důležité je ale omezit faktory vedoucí k čistému iracionálnímu rozhodování (ke kterému dochází mj. právě v případě informačních deficitů) a skloubit je se zdravým rozumem a kritickým myšlením.

koronavirové krize, kdy externí odborníci prokázali větší erudici a schopnost řešit aktuální problémy než samotná vláda.¹⁷⁷

Konkrétních příkladů aplikace digitalizace práce – jak té vhodné, hospodárné a efektivní, tak i té, která tato kritéria nesplňuje, by bylo nepřeberné množství. Výše uvedenými příklady jsem některé naznačil, přičemž smysl těchto příkladů spočíval v poukázání i na případná rizika spojená se zneužíváním moderních technologií, např. v podobě excesivního monitoringu, čemuž se budu věnovat v navazujícím textu.

Dalším, tentokrát již nikoliv jen hypotetickým, ale více než 8 let starým praktickým příkladem digitálního dohledu nad zaměstnanci, jsou skladníci Amazonu¹⁷⁸, kde hrají, s ohledem na částečnou robotizaci skladů, nezastupitelnou roli sběrači (pickeři); těm jsou stanoveny osobní kvóty počtu vyzvednutého zboží za určitý čas. Pokud zaměstnanec nestíhá kvóty plnit – v důsledku např. pomalejší chůze nebo nepozornosti – čekají ho (na základě automatické notifikace nadřízenému) sankce od napomenutí vedoucím zaměstnancem až po udělení tzv. trestných bodů. Trestné body obdrží zaměstnanec i za pozdní příchod o více než 2 minuty nebo v případě čerpání dne neplaceného volna. Po třech trestných bodech dochází k ukončení pracovního poměru s daným zaměstnancem. Na vliv takového pracovního drillu, při kterém nachodí zaměstnanci denně téměř 18 kilometrů a na vyzvednutí jednoho zboží mají v průměru 33 sekund, na zvýšené riziko vzniku mentálního a fyzického onemocnění upozorňují i odborníci.¹⁷⁹

Digitalizace práce přináší vysokou míru transparentnosti oproti práci nedigitalizované a tato se dále rozvíjí a prohlubuje, společně s vývojem stavu techniky, po odečtení zpomalení způsobeným především právní regulací daného odvětví. Ze současných problematických praktik lze zmínit sledování emocí zaměstnanců v pracovní době, jež se užívá primárně za účelem předcházení protiprávní činnosti, dále sledování způsobu vyjadřování umělou inteligencí na pohovorech, které rozkryje osobnostní rysy a v neposlední řadě např. sledování pozornosti zaměstnanců v průběhu školení.

Společně s rychlým rozvojem technologií a umělé inteligence lze očekávat invazivnější praktiky a zásahy do osobnostní sféry spojené se stále větší mírou automatizace, např. při vysledování emocí, které typicky doprovází páchaní protiprávní činnosti, se může umělá

¹⁷⁷ Podrobněji viz kapitolu 2.4. této disertační práce, nazvanou „Data jako základ digitální transformace a předpoklad kvalitní právní regulace“.

¹⁷⁸ BBC Panorama. *Amazon: The Truth Behind the Click* [dokumentární film]. Režie Andi HEAD. UK, 2013.

¹⁷⁹ HORÁČEK, F. Mohou se zbláznit, hodnotí práci skladníků v Amazonu britský profesor. [2003-11-26] *iDNES.cz*. Dostupné z: https://www.idnes.cz/ekonomika/podniky/prace-ve-skladu-amazonu-je-na-hlavu.A131126_102321_ekoakcie_fih_

inteligence na takového zaměstnance z důvodu podezření zaměřit více a kontrolovat jej intenzivněji a rozsáhleji. Ztráta kontroly nad zaměstnanci při práci z domova, kterážto kontrola je i na fyzickém kancelářském pracovišti mnohdy iluzorní, tedy není argumentem pro upouštění od práce z domova. Ve skutečnosti je tomu totiž přesně naopak – práce z domova spojená s digitalizací umožňuje markantní nárůst kontroly zaměstnavatele nad zaměstnanci a jejího následného zneužití.

Příklady digitalizace práce, zejména s tím spojená zvýšená kontrola, přináší řadu etických i právních otázek a tedy i výzvu pro zákonodárce. Těm nejinvasivnějším praktikám brání, vedle, nutno dodat obtížně přímo aplikovatelné, Listiny základních práv a svobod (zejména jde o následující základní lidská práva svobody: právo na lidskou důstojnost, právo na soukromí a právo na ochranu před neoprávněným shromažďováním, zveřejňováním nebo jiným zneužíváním údajů o své osobě), především GDPR (např. úprava oprávněného zájmu správce dle čl. 6, která podléhá balančnímu testu, resp. testu vyvažování, a regulace automatického rozhodování dle čl. 22) a okrajově i zákoník práce (zejména § 316). Nenacházíme se tedy v právním vakuu, ale v prostředí, ve kterém již ústavodárce a zákonodárce, vč. toho evropského, určitá základní vyvažování kolidujících hodnot a zájmů provedl. Budoucí otázky budou pravděpodobně spojeny především s rozvojem umělé inteligence, jejíž regulaci připravuje EU v následujících dekádách v podobě zejména nařízení AIA¹⁸⁰ a lze uvažovat i o revizi stávajících, výše uvedených norem, za účelem jejich adaptace na další změnu socioekonomické situace ve společnosti.

Kromě právních otázek nelze opomenout ani psychické důsledky příliš invazivní digitální kontroly a jejich vliv na produktivitu práce a spokojenost zaměstnanců, přičemž jak jsem uváděl již v předchozím textu, spokojenost zaměstnanců je jedním z KPI, o které musí vedoucí zaměstnanci, resp. zaměstnavatelé usilovat, neboť vysoká fluktuace s sebou nese i vysoké náklady¹⁸¹.

Mojí hypotézou je, že přílišná kontrola vede k nižší produktivitě v důsledku mj. i nižší spokojenosti zaměstnanců, což se může negativně odrazit v loajalitě a právě i již zmíněné fluktuaci zaměstnanců, přičemž oba tyto faktory (vysoce fluktuující prostředí, ve kterém poté i přirozeně chybí týmový duch a kolegialita, a nižší loajalita) mohou vést k nárůstu pravděpodobnosti páchání

¹⁸⁰ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady, kterým se stanoví harmonizovaná pravidla pro umělou inteligenci (akt o umělé inteligenci) a mění určité legislativní akty unie. SEC(2021) 167 final – SWD(2021) 84 final – SWD(2021) 85 final. Dostupné na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

¹⁸¹ Jako první špatné pracovní prostředí opouští talentovaní zaměstnanci, kteří jsou často tahounem celých týmů a důležitých projektů; ztráta takového zaměstnance je přirozeně monetizovatelná. V případě běžných řadových zaměstnanců se bude jednat přinejmenším o náklady spojené s náborem nového zaměstnance a jeho zaškolování; i to je samozřejmě monetizovatelné.

protiprávní činnosti vůči takovému zaměstnavateli. Přehnaná kontrola indikuje apriorní nedůvěru zaměstnavatele vůči zaměstnanci, což se negativně odrazí na vzájemném vztahu obou aktérů. Talentovaní zaměstnanci umožňují soukromým společnostem prosperovat a právě tito zaměstnanci budou mezi prvními, kdo nebudou ochotni v takovém prostředí směnu svého omezeného a tedy i drahocenného času a energie za mzdu podstupovat. Domnívám se proto, že zlatá střední cesta, tedy vyvážená kontrola, která bude vnímána zaměstnanci jako férová a transparentní, je v zájmu zaměstnavatelů, důsledkem čehož bude přirozeně docházet k samoregulaci. Efekt samoregulace však bude rapidně oslaben, ne-li zcela vymýcen, u nekvalifikovaných a snadno nahraditelných zaměstnanců jako jsou právě již zmiňovaní skladníci a dále i za dob nezaměstnanosti přesahující hranici 10 %; proto by se právní regulace měla zaměřit nejen na obecnou ochranu před těmi nejinvazivnějšími praktikami, ale i ochranu v tomto ohledu těch nejslabších a nejzranitelnějších.

Změna paradigmatu, jež světové ekonomiky v následujících dekádách čeká – a v modernějších obchodních společnostech již nastala¹⁸² – s sebou přinese pozitivní následky v podobě zmenšování kancelářských prostor, což umožní při dlouhodobém nezájmu o takové prostory přestavbu na byty a napomůže tak řešení současné bytové krize. Zde *de lege ferenda* připadá v úvahu podpora takových aktivit např. zmírněním zákonných požadavků na rekolaudaci z kancelářských prostor na byty, k čemuž však zatím nedochází. Zmenšené kancelářské prostory mohou, a domnívám se, že budou, pro maximální efektivitu fungovat jako sdílená pracoviště (coworking) s tím, že budou sloužit primárně pro zaměstnance, kteří ze svých osobních důvodů preferují práci z kanceláře.

Nedomnívám se, že práce z kanceláře vymizí, neboť jednak je zvyk železnou košilí a jednak je dobře známo, že člověk je *zoon politikon*¹⁸³. Je proto logičtější předpokládat, že práce z kanceláře bude omezena na nezbytnou míru a standardem se stane spíše hybridní model. Při docházení do kanceláře v omezené podobě je přechod na sdílená pracoviště přirozenou cestou k efektivnímu využití zmenšených kancelářských prostor. Řada zaměstnavatelů proto již nyní nepoužívá vlastní kanceláře a využívá flexibilnější a finančně mnohdy výhodnější model v podobě veřejných coworkingů.

¹⁸² Např. společnost Alza.cz a. s., přešla z tradiční kancelářské práce na práci z domova doslova ze dne na den, aniž by přitom pocítila negativní následky takto rychlé změny. Důvodem bylo mj. silné technologické zázemí a projektové řízení, které již do té doby efektivně fungovalo skrze online softwarový nástroj.

¹⁸³ Tak charakterizoval člověka již Aristotelés ve svém spise Politika: „Člověk jest bytost přirozeně určená pro život v obci.“ Tedy dnešním jazykem zjednodušeně řečeno: „Člověk je tvor společenský.“

Význam digitalizace práce a práce z domova pro e-commerce je zjevný. Zaměstnanci pracující z domova využívají, zcela přirozeně, ve větší míře služeb poskytovaných v rámci e-commerce, ať již jde o dovoz hotového jídla (např. přes platformy Wolt nebo Dáme jídlo), donášku čerstvých potravin (např. přes provozovatele Rohlík nebo Košík) nebo koupi zboží na internetových obchodech. Během lockdownů se byli do světa e-commerce nuceni podívat i ti, kteří doposud výhod online světa nevyužívali. Navíc díky nárůstu času způsobeného úsporou při dojíždění do práce mají zaměstnanci i více času na odpočinek, což může akcelarovat rozkvet služeb digitálního obsahu, např. v podobě streamingových platform Netflix, Amazon Prime, Disney+, HBO Max a dalších.

Aby byla digitalizace práce skutečně funkční, je třeba funkční elektronizace pracovněprávní dokumentace, kterou současná legislativa znemožňuje, jak shrnuji v kapitole 6 této práce.

4.4 Data jako základ digitální transformace a práce s nimi při tvorbě právních předpisů

Komisařka pro vnitřní trh, průmysl, podnikání a malé a střední podniky Elżbieta Bienkowska v r. 2017 uvedla:

„Data jsou motorem nové ekonomiky. K úspěchu v nové éře průmyslové ekonomiky potřebuje Evropa pevný a předvídatelný rámec pro datové toky uvnitř jednotného trhu. Pro evropské společnosti, malé a střední podniky a startupy jsou klíčem k maximálnímu využití růstového potenciálu internetu věci jasná pravidla přístupu k datům, bezpečnosti a odpovědnosti. Místo stavění digitálních hranic bychom se měli soustředit na vytvoření plně integrované evropské datové ekonomiky, která bude schopná obstát v globální konkurenci.“¹⁸⁴

Prognózou EU na rok 2025 je nárůst celkového objemu dat o 530 %, nárůst hodnoty datové ekonomiky ze 301 miliard EUR v r. 2018 na 829 miliard EUR a navýšení počtu datových profesionálů z 5,7 milionů v r. 2018 na 10,9 milionů.

Aktuální právně relevantní otázkou je neustále se zvyšující digitální stopa každého jednotlivce, s čímž souvisí nejen otázka zpracování těchto dat ze strany třetích osob a jejich ochrana, ale i obchodování s takovými daty, otázka vlastnického práva ke své vlastní digitální

¹⁸⁴ Evropská komise. *Tisková zpráva, Další kroky směrem k evropské datové ekonomice*, Brusel, 10. ledna 2017, dostupné on-line z: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_cs.

stopě, užití velkých dat v e-commerce a jiné. Výhodou e-commerce a digitalizace jako takové jsou právě data, která napomáhají racionálnímu a kvalitnímu obchodnímu rozhodování, tedy k rozhodování založených na jasných datech. To vyvíjí i tlak např. na členy statutárních orgánů, kteří, aby vyhověli zadost povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře dle občanského zákoníku a zákona o obchodních korporacích, potřebují pro obchodní rozhodnutí podklady opírající se o data. Díky snazší dostupnosti dat lze stejný, ne-li vyšší standard, vyžadovat i od státu.

Jak platí o celém e-commerce, platí i v digitalizaci – i zde Evropská unie pokulhává za USA, a to ve všech oblastech digitalizace, přičemž nejpropastnější rozdíl je ve stavebnictví, kde soukromé společnosti z USA využívají IoT, virtuální reality a dronů v téměř dvojnásobné míře než evropské společnost.¹⁸⁵ Pozitivní zprávou je, že soukromá sféra České republiky je v oblasti digitalizace na 3. místě v rámci celé EU.¹⁸⁶

Příkladem nedostatečné práce s daty bylo řešení koronavirové krize v České republice. Přinejmenším do února roku 2021 vláda České republiky svá rozhodnutí o tom, jaká opatření na jak dlouhou dobu přijme, opírala o názory a další iracionální skutečnosti jako jsou emoce, nikoliv o podklady založené na datech, která byla přitom snadno dostupná.¹⁸⁷ O intuici, která může být jednou ze součástí kvalitního rozhodovacího procesu, však hovořit nelze, neboť předpokladem použití intuice v rozhodování je značné množství zkušeností s řešením určitého problému, přičemž předmětem řešení byla otázka, se kterou vláda ani její poradci neměli takřka žádnou zkušenost. Podle České statistické společnosti ohrozil takový způsob řízení vlády Českou republiku více než samotný virus. Vědci z České statistické společnosti k tomu uvedli¹⁸⁸: „Mohli jsme si vybrat mezi nízkým počtem obětí za cenu drastických restrikcí a vysokým počtem obětí za cenu pokračování normálního života. Ve výsledku máme ale vysoký počet obětí při drastických restrikcích.“ Jednou z nesporných výhod velkého množství dat, tzv. *big data*, které stát měl a stále má k dispozici (ač s nimi zatím neumí pracovat), je totiž kvalifikovaná predikce budoucího vývoje na základě vývoje dosavadního.

¹⁸⁵ *Who is prepared for the new digital age?* [online]. European Investment Bank. Dostupné z:

<https://www.eib.org/en/publications-research/economics/surveys-data/eibis-digitalisation-report.htm>.

¹⁸⁶ Vedoucí pozici zaujalo v letech 2019–2020 Dánsko a je následováno Holandskem, Českou republikou a Finskem. Uvedené 4 členské státy EU se umístily dokonce výše než USA. Srov. tamtéž.

¹⁸⁷ Česká vláda byla v této oblasti oprávněně a intenzivně kritizována, viz např. ČTK. Statisticy se tvrdě opřeli do vlády: S daty to neumí, rozhoduje podle dojmů. *Novinky.cz* [online]. 2021-02-01. Dostupné z: <https://www.novinky.cz/clanek/domaci-data-chybi-politici-rozhoduji-na-zaklade-dojmu-a-prani-tvrdi-vedecti-statistici-40349565>, nebo ČTK. Vláda neumí získat data ke covidu. Opatření dělá podle dojmů, míní statistici. *Deník.cz* [online]. 2021-02-01. Dostupné z: https://www.denik.cz/z_domova/cesko-koronavirus-opatreni-data-20210201.html.

¹⁸⁸ Tamtéž.

Při analogii se soukromou sférou by ve výše uvedeném případě vláda, resp. její předseda¹⁸⁹, odpovídala za újmu způsobenou tímto neprofesionálním způsobem řízení a rozhodování; právní řád České republiky však umožňuje dovodit z takového, byť zcela zásadního, porušení péče řádného hospodáře, odpovědnost toliko politickou, což významným způsobem favorizuje vedoucí státníky před členy statutárních orgánů obchodních korporací a lze *de lege ferenda* uvažovat o tom, aby se obdoba pravidla o péči řádného hospodáře vztahovala i na představitele státní moci, za jejichž chyby (tj. újmu jimi způsobenou) v současné době platí daňoví poplatníci (nahrazují ji v penězích v podobě daní a dalších povinných plateb).

Další prostor pro lepší využívání dat se nachází v zákonodárném procesu. V současné době je povinnou součástí českého legislativního procesu na úrovni vlády RIA (Regulatory Impact Assessment, tedy hodnocení dopadů regulace)¹⁹⁰, do jejíž základní struktury patří např. zhodnocení různých variantních řešení (včetně řešení bez právní regulace), odhad přímých a nepřímých nákladů a přínosů pro celou společnost, tedy odhad nejen ekonomických dopadů, ale i dopadů sociálních a environmentálních, jakož i zdůvodnění výběru určité varianty regulace před jinou možnou.¹⁹¹ Mejstřík¹⁹² v této souvislosti uvedl¹⁹³:

„Mnohé státy stále přehlíží soukromý charakter regulovaných subjektů. Řada státních orgánů se stále chová tak, jako kdyby regulovala státní subjekty. V důsledku nadměrné frekvence změny nedokonalých předpisů tudíž přetrvává značné regulatorní riziko. Časté přizpůsobení změnám předpisů jde na úkor přizpůsobování se tržním změnám, je mimořádně nákladné. Podnikatelé *de facto* nastaví systém určitým způsobem a následuje šok, protože tento systém musí na vlastní náklady neustále přestavovat. Dominovat by však mělo přizpůsobování dynamickým tržním změnám, neboť zde spočívá jádro konkurenceschopnosti.

Právní systémy však začaly generovat to, co se ve světě označuje jako zpětná vazba k „regulatory contract breach“. Tzn. v okamžiku, kdy dochází k hrozbě porušení soukromovlastnických práv, vyvolaných nedokonalou právní úpravou regulace, která způsobuje škody, mohou podnikatelé podnikající v prostředí dokonalejšího soudního

¹⁸⁹ V rozhodné době jím byl Andrej Babiš.

¹⁹⁰ Uvedené platí na základě usnesení vlády České republiky ze dne 18. července 2007 č. 816 k návrhu změn Legislativních pravidel vlády a Jednacího řádu vlády.

¹⁹¹ Prezentace pro seminář v PSP konaný dne 21. 4. 2015 v Praze na téma „Jak zlepšit kvalitu hodnocení dopadů regulace (RIA)“, s. 4.

¹⁹² Prof. Michal Mejstřík byl významným českým ekonomem, předsedou komise pro RIA české legislativní rady vlády, ředitelem EEIP a profesorem Institutu ekonomických studií FSV University Karlovy v Praze.

¹⁹³ Prezentace pro seminář v PSP konaný dne 21. 4. 2015 v Praze na téma „Jak zlepšit kvalitu hodnocení dopadů regulace (RIA)“, s. 3.

systemu takovéto škody formou odškodnění začít soudně vymáhat, pokud se cítí jako poškozená strana.

Hrozba toho, že se regulátor dopustí zásadní chyby, která bude pro daňové poplatníky velice drahá, vede k tomu, že státy přistupují k regulaci mnohem svědomitěji, zejména ty státy, kde soukromé vlastnické subjekty již převažují. Právní systém, jako je v anglosaských zemích (ve Velké Británii a USA) ale i v řadě dalších zemích Evropy, takto stále více trestá zjevné chyby regulátorů vůči regulovaným soukromým podnikům. To je významným motivem pro doplnění důvodových zpráv přijímaných zákonů a směrnic o tzv. hodnocení dopadů regulace (RIA). Nicméně možnost domáhat se odškodnění se dotýká nejen nové regulace ale symetricky i odstraňování dosavadní regulace, která nezřídka deformovala poměry na trhu a upřednostnila určité skupiny podnikatelů, kteří by deregulací utrpěli škody.“

Nelze pochybovat o tom, že RIA je nezbytným podkladem pro informované rozhodování o určitém legislativním návrhu, má-li toto být činěno v souladu s principy dobré praxe. V případě složitého a komplexního právního předpisu jako je např. GDPR, který se navíc kde se pro řádné zhodnocení dopadů takového nařízení vyžadují hlubší interdisciplinární znalosti, je i správné vyhodnocení dopadů takové regulace komplikované. GDPR má jakožto nařízení navíc působnost v celé EU.

Evropská komise v případě nařízení GDPR tuto RIA provedla¹⁹⁴, avšak ještě před účinností nařízení byla kritizována pro skutečnost, že rozsah RIA absolutně neodpovídal reálným dopadům, resp. že ekonomické dopady nezohlednil adekvátně.¹⁹⁵ Tyto závěry dále blíže prozkoumáván a ověřuji, neboť mojí hypotézou, jež pramení z mých praktických zkušeností, je, že přijetí GDPR vedlo ke vzniku astronomických nákladů, a to aniž by dosáhlo tomu odpovídajících cílů, a lze jej proto označit za legislativní selhání.

Ve zprávě společnosti Deloitte z roku 2013, která analyzovala náklady na GDPR, tedy již 5 let před účinností GDPR¹⁹⁶, bylo jako ekonomický důsledek GDPR uvedeno snížení HDP EU o 173 miliard EUR, což mělo vést ke ztrátě 2,8 milionu pracovních míst.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Pracovní dokument útvarů Evropské Komise ze dne 25. 1. 2012, SEK (2012) 73 final (dostupné online z <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1596547968463&uri=CELEX:52012SC0073>).

¹⁹⁵ Economic impact assesment of the proposed European General Data Protection Regulation. Final Report. Publikováno 16. prosince 2013 (dostupné z: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/about-deloitte/deloitte-uk-european-data-protection-tmt.pdf>).

¹⁹⁶ K nabytí účinnosti GDPR došlo dne 5. května 2018.

¹⁹⁷ Tamtéž, s. 32.

EU v kontrastu s tím vycházela při přijetí GDPR z analýzy Komise¹⁹⁸, dle jejíchž závěrů mělo však GDPR díky harmonizaci pravidel na ochraně osobních údajů ušetřit 2,3 miliardy EUR ročně a náklady spojené s dodržáním GDPR měly činit 320 milionů EUR ročně. Analýze Komise lze vytknout, že se zabývala pouze zlomkem potenciálních nákladů, konkrétně pouze personálními náklady na pověřence osobních údajů a zcela ignorovala, jako by její tvůrci analýzy absentovali základními znalostmi z reálného fungování regulovaného prostředí (tedy prostředí obchodu, IT a marketingu), ty nejzásadnější náklady. Mezi opomenuté náklady patří investice do vývoje, resp. změn interních systémů, dále do právního compliance a s tím souvisejících opakovaných školení zaměstnanců ze všech sfér od IT až po zaměstnance zákaznické podpory, jakož i náklady související se zvýšenou měrou využívání (a zneužívání) stížností a žádostí subjektů údaje (z mých zkušeností z vyšších desítek zákaznických stížností a žádostí přitom většina těchto ve skutečnosti nijak nesouvisí se zpracováním osobních údajů, ale toliko s konkurenčním bojem a motivem zákazníků uškodit správci osobních údajů z důvodů jejich nespokojenosti a frustrace, kteréžto však spočívají v nesouvisející věci, např. ve způsobu vyřízení reklamace jejím zamítnutím; stejné zkušenosti přitom sdílel a potvrdil i britský Úřad na ochranu osobních údajů¹⁹⁹), což v případě větších společností vede k nutnosti vzniku specializovaných týmů zákaznické podpory zabývajících se primárně stížnostmi a dotazy souvisejícími s GDPR, tedy k dalším nákladům.

Vzhledem k výše uvedenému, jakož i k rozdílu v analýzách Deloitte a Komise, jejichž závěry jsou propastně odlišné, a kde na jedné straně stojí důsledek v podobě snížení HDP EU o 173 miliard EUR (analýza Deloitte) a na straně druhé úspora nejméně ve výši 3 miliard EUR²⁰⁰ a náklady 320 mil. EUR ročně (analýza EU), je evidentní, že analýza Komise byla zcela nedostatečná. Porovnáme-li již rozsah analýzy Komise (9 stran) s analýzou Deloitte (58 stran), jakož i obsah těchto analýz, kdy v analýze Evropské komise nejsou prakticky žádné výpočty ani kvalifikované odhady založené na reálných datech, a to s výjimkou výše uvedeného odhadu úspor a nákladů, kteréžto odhady však nejsou ničím podložené, podrobněji odůvodněné, a tedy ani jakkoliv přezkoumatelné, docházím, při vyloučení hrubé nedbalosti ze strany Komise, k závěru, že analýza Komise byla apriorní, tj. byla od samého počátku vedena cílem pozitivního výsledku pro zvýšení pravděpodobnosti přijetí aktu v rámci legislativního procesu. Důsledkem je skutečnost, že Evropský parlament a Rada EU rozhodovaly v legislativním procesu

¹⁹⁸ Pracovní dokument útvarů Evropské Komise ze dne 25. 1. 2012.

¹⁹⁹ Podrobněji viz poznámku pod čarou č. 266 a související text.

²⁰⁰ Pracovní dokument útvarů Evropské Komise ze dne 25. 1. 2012.

neinformovaně, na základě nekvalitních a neúplných podkladů, z čehož by měla být dovozena odpovědnost Komise.

Obavy z toho, že GDPR může vést k destabilizaci ekonomiky a ochromení inovací, a očekávání, že GDPR bude pro ekonomiku zátěží, provázely i období z počátku účinnosti GDPR.²⁰¹

Dopady GDPR po jeho účinnosti se zabývala např. analýza Wagmana a Jia z Illinois Institute of Technology Stuart School of Business²⁰², jejíž závěry lze shrnout konstatováním, že dopady GDPR na investice v EU jsou výrazně negativní a projevují se zejména ve snížení počtu zahraničních investic v EU, a to o více než 20 %²⁰³, jakož i negativními dopady na startupy a podnikatele podnikající v datové ekonomice, jejichž financování kleslo v případě nejprve uvedených technologických společností o 33,8 % a v případě druhé skupiny podnikatelů až o 46,10 %²⁰⁴.

Původní legislativní plán zvýšit konkurenceschopnost evropských podnikatelů se tedy zcela minul účinkem.

Data, mezi nimiž zaujímají významnou pozici osobní údaje²⁰⁵, lze s jistou nadsázkou považovat za ropu dnešní doby²⁰⁶, jejíž zdroje jsou nevyčerpatelné a souvisí s aktivitou jedince v online světě, resp. s digitální stopou. Jak bylo nastíněno výše, GDPR jejich množství i možnosti využití (tedy i jejich monetizaci) zásadním způsobem omezuje, čímž výrazně tlumí hospodářský růst a omezuje inovace a konkurenceschopnost evropských podnikatelů.

Význam dat a datové ekonomiky v e-commerce se zvyšuje společně s podílem aktivních uživatelů internetu. V EU ke konci roku 2020 tvořil podíl aktivních uživatelů internetu v EU na celkové populaci EU 91 %, z toho nejvyššího poměru dosáhlo Německo s výší 95 %.²⁰⁷ Do roku

²⁰¹ ALLEN, D., BERG, A., BERG, Ch., POTTS, J. Some economic consequences of the GDPR, s. 8.

²⁰² JIA, J., WAGMAN, L. *The One-Year Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on European Ventures* [online]. 2020. Dostupné z: <https://datacatalyst.org/wp-content/uploads/2020/01/GDPR-report-2020.pdf>.

²⁰³ Viz s. 11 a násl. uvedené analýzy.

²⁰⁴ Viz s. 9 a násl. uvedené analýzy.

²⁰⁵ Čl. 4 odst. 1 GDPR definuje osobní údaje velice široce, a považuje za ně „veškeré informace o identifikované nebo identifikovatelné fyzické osobě (dále jen „subjekt údajů“); identifikovatelnou fyzickou osobou je fyzická osoba, kterou lze přímo či nepřímo identifikovat, zejména odkazem na určitý identifikátor, například jméno, identifikační číslo, lokační údaje, síťový identifikátor nebo na jeden či více zvláštních prvků fyzické, fyziologické, genetické, psychické, ekonomické, kulturní nebo společenské identity této fyzické osoby“.

²⁰⁶ „Osobní údaje jsou ekonomickým zbožím, které má hodnotu a ve spojení s dalšími údaji vytváří další hodnotu.“ Přeloženo z originálu: „Personal data is an economic good that is valuable and when linked to other data creates further value.“ Viz ALLEN, D., BERG, A., BERG, Ch., POTTS, J. Some economic consequences of the GDPR.

²⁰⁷ JOHNSON, J. Number of internet users in EU countries 2020. [2021-07-21] *Statista*. Dostupné na <https://www.statista.com/statistics/252753/number-of-internet-users-eu-countries/> [cit. 2021-10-02].

2025 se očekává, že dojde k dalšímu růstu přístupu na internet pouze skrze mobilní telefony tak, že 83 % obyvatel EU bude mít tímto způsobem zajištěn přístup na internet.

V tomto ohledu pozitivní a přirozený vývoj společnosti však není dostačující a je třeba změnit i právní prostředí, které umožní inovace, technologický vývoj a zvýší konkurenceschopnost evropských podnikatelů. Legislativní výzvy plynoucí z technologického vývoje musí být přirozeně řešeny. Avšak řešení musí být rozumné, citlivé a především navrhováno odborníky z příslušné oblasti, kteří jsou si nejen vědomi důsledků nových povinností, ale je pro ně i přirozenější práce s daty. Jinak řečeno, pomyslnými architekty přijímaných předpisů ve specifických oblastech jako je e-commerce nemohou být právníci, ale experti z regulované sféry s tím, že role právníků by měla být omezena toliko na realizační funkci.

Závěrem této podkapitoly lze shrnout, že využití dat zákonodárcem je zcela nedostatečné a tento za soukromou sférou značně pokulhává. V návaznosti na uvedené není ani nijak překvapivé, že nebylo zjištěno, že by zákonodárce využíval při navrhování nové legislativy pokročilejších metod jako je práce s velkými daty, která by mj. umožnila predikce budoucího chování, resp. vývoje. Predikce na základě velkých dat by umožnila přerod reaktivní legislativy, která je vlivem inovací a technologického vývoje již v okamžiku účinnosti částečně zastaralá a neaktuální, k legislativě proaktivní.

5. Jednotný e-commerce trh a jeho některé překážky

Jednotný trh je vystavěn na ideji společného trhu, který bude prost obchodních a jiných překážek mezi členskými státy EU. Koncepce vnitřního trhu, tedy prostoru „bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu“²⁰⁸, tuto myšlenku dále rozvinula. Právním základem jednotného trhu EU je zejména čl. 4 odst. 2 písm. a) a dále články 26, 27, 114 a 115 SFEU.

Význam vytvoření jednotného e-commerce trhu podtrhl někdejší předseda Evropské komise Jean-Claude Juncker, který uvedl²⁰⁹: „Vybudujeme-li propojený jednotný digitální trh, dokážeme během funkčního období příští Komise generovat v Evropě dodatečný hospodářský růst v hodnotě až 250 miliard EUR, a tím vytvořit zejména pro nezaměstnané mladé lidi stovky tisíc pracovních příležitostí a dynamickou znalostní společnost.“

Myšlenkou jednotného digitálního trhu se uceleně zabývala až Strategie pro jednotný digitální trh²¹⁰ z roku 2015, která sice přímo nedefinuje, co považuje za digitální trh, avšak definici lze odvodit ze 3 pilířů, na němž tento pojem staví, a to: (i) zlepšení přístupu ke zboží a službám on-line v celé EU, (ii) vytvoření vhodných podmínek pro rozvoj digitálních sítí a služeb a (iii) maximalizace růstového potenciálu digitální ekonomiky. Z obsahu Strategie lze dále dovodit, že v rámci digitálního trhu tak, jak jej má na mysli EU, zaujímají dominantní pozici²¹¹ dvě sféry, a to e-commerce (vč. online marketingu) a telekomunikace, přičemž z těchto dvou je klíčový právě trh e-commerce.

Užití výrazu digitální trh se navíc může jevit jako matoucí, neboť přídavné jméno digitální znamená „pracující s daty a informacemi ve tvaru číselných údajů, číslíkový (op. analogový)“.²¹² EU však vnímá digitální trh odlišně od obecného jazyka a datovou část považuje pouze za jednu z dílčích částí tohoto trhu, navíc realizací myšlenky o jednotném trhu s daty se zabývá primárně Evropská datová strategie. Bylo by proto z důvodu lepší srozumitelnosti vhodnější hovořit namísto o digitálním trhu o e-commerce trhu, případně o e-commerce trhu a souvisejících otázkách.

²⁰⁸ Viz čl. 26 odst. 2 SFEU: „Vnitřní trh zahrnuje prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu v souladu s ustanoveními Smluv.“

²⁰⁹ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a výboru regionů, Strategie pro jednotný digitální trh v Evropě, publikováno dne 6. 5. 2015, COM (2015) 192 final, s. 2.

²¹⁰ Tamtéž.

²¹¹ EU se ve Strategii např. zabývá i otázkami jako je elektronizace veřejné správy, vše však směřuje k jednotnějšímu e-commerce trhu.

²¹² *Akademický slovník cizích slov. Internetová jazyková příručka* [online] (2008–2021). Praha: Ústav pro jazyk český AV ČR, [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <<https://prirucka.ujc.cas.cz/>>.

EU ve svém dokumentu *Všudypřítomný jednotný digitální trh* definici jednotného digitálního trhu shrnuje následovně: „Jednotný digitální trh znamená především odstraňování vnitrostátních překážek transakcí, které probíhají on-line.“²¹³, což je i v souladu s mnou uvedenou dedukcí.

Důvodem pro přijetí Strategie pro jednotný digitální trh byla mj. skutečnost, že růstový potenciál e-commerce nebyl v EU využit. Oproti USA zaostávala EU již v roce 2015 o cca jednu třetinu, porovnáme-li podíl e-commerce na maloobchodu.²¹⁴ Komise k potřebně funkčního jednotného e-commerce trhu sdělila²¹⁵:

„Podniky EU budou moci zvýšit svou konkurenceschopnost tím, že budou moci prodávat snadněji nejen na svých vnitrostátních trzích nebo na trzích několika sousedních států. Zvýšená nabídka rovněž posílí konkurenceschopnost. To přinese spotřebitelům širší nabídku produktů za příznivější ceny. Pokud budou spotřebitelům poskytnuta stejná práva a vysoká úroveň ochrany, zvýší to jejich důvěru v nakupování přes hranice.“

Významným ekonomickým zjištěním byla skutečnost, že přeshraničnímu obchodu v EU se v r. 2015 věnovalo pouze 7 % malých a středních podniků.²¹⁶ Z důvodu, že chyba zjevně není a nemůže spočívat na straně podnikatelů (ti přirozeně, již ze své podstaty, resp. podstaty podnikání, maximalizují svůj zisk), ale v právní regulaci jako takové, přijala EU příslušný legislativní plán. Tento byl rozvržen do 3 hlavních skupin, kterými jsou: (i) lepší přístup spotřebitelů a podniků ke zboží a službám v online prostředí²¹⁷, (ii) vytvoření vhodných podmínek pro rozvoj digitálních sítí a služeb a (iii) maximalizace růstového potenciálu digitální ekonomiky.

Konkrétnější legislativní kroky, které měly pomoci tohoto cíle dosáhnout, dostaly podobu zejména (i) společné ochrany osobních údajů, (ii) reformy předpisů o telekomunikacích, (iii) modernizace předpisů o autorských právech a (iv) modernizace a zjednodušení pravidel, jež platí pro nákupy spotřebitelů realizované online a pomocí digitálních prostředků.

²¹³ *Všudypřítomný jednotný digitální trh*. *Evropský parlament* [online]. 2022. Dostupné z: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/cs/sheet/43/vsudypritomny-jednotny-digitalni-trh>.

²¹⁴ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru, *Digitální smlouvy pro Evropu – Uvolnění potenciálu elektronického obchodu*, publikováno dne 9. 12. 2015, ID COM (2015) 633, s. 2.

²¹⁵ Tamtéž, s. 3

²¹⁶ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a výboru regionů, *Strategie pro jednotný digitální trh v Evropě*, publikováno dne 6. 5. 2015, COM (2015) 192 final, s. 4.

²¹⁷ Ve Strategii je doslovně uvedeno: „Lepší přístup spotřebitelů a podniků k digitálnímu zboží a službám v celé Evropě“, což však neodpovídá ani obsahu Strategie (např. jinde v textu je uvedeno „Zlepšení přístupu spotřebitelů a podniků ke zboží a službám on-line“), ani následným legislativním krokům, které mířily na odstranění při přeshraničním prodeji zboží objednaného online z internetových obchodů, např. nařízení o tzv. geoblokaci.

Pojednávat o každém jednotlivém právním předpise z uvedených skupin není podstatou této práce a nechci se uchylovat ani ke zkratkovitým závěrům, které z předpisů vedly k vytyčenému cíli, které měly efekt zanedbatelný a které se od cíle naopak ještě vzdálily, byť pro každou z těchto kategorií by se vždy nejméně jeden právní předpis EU našel. Lze však obecně shrnout, že jednotného e-commerce trhu nebylo zatím dosaženo, a to ani vzdáleně, a to přinejmenším jde-li o internetové obchody a online tržiště. Naopak uvedené legislativní kroky vedly v souhrnu ke vzdálení se od vytyčeného cíle. Po analýze trhu internetových obchodů a online tržišť lze konstatovat, že v členských státech sice existují silné národní internetové obchody a tržiště²¹⁸, avšak ani ty největší nepůsobí plnohodnotně v celé EU, ale nanejvýš jen v několika jednotkách vybraných členských států. Překážky vnitřního trhu jsou patrné i ze skutečnosti, že ani největší subjekt evropského e-commerce trhu, představovaný americkým online tržištěm Amazon.com, nepůsobí v celé EU, ale pouze ve vybraných 6 členských státech²¹⁹ z celkového počtu 27. Existenci překážek jednotného e-commerce trhu indikuje i přirozený fakt, že podnikatelé usilují o zvýšení svého zisku a zdánlivě nejjednodušším prostředkem k dosažení tohoto cíle je rozšíření stávajícího podnikání o nové geografické oblasti.

V další podkapitole nastíním hlavní překážky, které v současné době brání dosažení jednotného e-commerce trhu a tedy i růstu EU.

5.1 Obecně k překážkám jednotného e-commerce trhu

Překážky jednotného e-commerce trhu, jak bude patrné dále uvedenými příklady, jsou částečně způsobené legislativním přístupem a uvažováním EU a jejích orgánů, proto k jejich odstranění nepostačí přijetí dalšího z dlouhé řady evropských právních předpisů, tedy užití typického nástroje, kterými se EU snaží řešit vyskytnuvší se rizika a problémy, ale naopak bude zapotřebí změna

²¹⁸ Řazeno od největšího internetového obchodu po nejmenší:

- v České republice Alza.cz, Mall.cz, CZC.cz, Datart.cz a Kasa.cz (viz SKLENSKÝ, Martin. Česká e-commerce stále roste. Vládne jí pětice obřích e-shopů. *Peak.cz* [online]. 2018-06-27. Dostupné z: <https://www.peak.cz/ceska-e-commerce-stale-roste-vladne-petice-obrich-e-shopu/2492/>),
- v Polsku Euro.com.pl, Zalando.pl, Mediaexpert.pl, Bonprix.pl, Doz.pl (PETERS, Lukas. Top online stores in Poland in 2021, by e-commerce net sales. *Statista* [online]. 2022-11-09. Dostupné z: <https://www.statista.com/forecasts/988477/poland-top-online-stores-poland-ecommercedb>),
- v Maďarsku Emag.hu, Tesco.hu, Alza.hu, Edigital.hu a Apple.com (MEDVE, Flora. Leading online shops in Hungary in 2021, by e-commerce net sales. *Statista* [online]. 2022-06-20. Dostupné z: <https://www.statista.com/statistics/1096368/top-hungarian-online-shops-by-net-sales/>),
- v Německu Amazon.de, eBay.de, Otto.de, MediaMarkt.de a Lidl.de (Top 10 Ecommerce Sites in Germany. *Ecommerce guide* [online]. Dostupné z: <https://ecommerceguide.com/top/top-10-ecommerce-sites-in-germany/>),
- ve Francii Amazon.fr, Cdiscount.com, VeePee.fr Auchan.fr, Fnac.com (Top 10 online stores in France. *Ecommerce News* [online]. Dostupné z: <https://ecommercenews.eu/top-10-online-stores-in-france/>).

²¹⁹ Francie, Německo, Itálie, Nizozemí, Španělsko, Švédsko (viz Amazon in Europe. *Ecommerce News* [online]. Dostupné z: <https://ecommercenews.eu/amazon-in-europe/>).

celkové strategie a pohledu na podnikání v EU, resp. vnímáme-li EU jako živý organismus v duchu Bloomova Luciferova principu²²⁰, bude zapotřebí změna myšlení EU.

Důvodem neexistence jednotného e-commerce trhu, alespoň pro evropské subjekty, je především skutečnost, že rozšiřování podnikání z jednoho členského státu do jiného, tedy expanze v rámci EU, je značně nákladné a složité. Zde rozlišuji dvě skupiny překážek, a to jednak překážky právní (zejména nejednotnost právních předpisů a v případě jejich výjimečné jednotnosti nejednotná aplikace těchto předpisů, jakož i excesivní regulační přístup), jednak překážky faktické (zejména náklady na rozvoj produktu jako takového, jako jsou např. otázky logistiky, dopravy, jakož i jazykové bariéry).

Neexistence jednotného e-commerce trhu poškozuje všechny spotřebitele v EU, neboť nabídka zboží a služeb je pro ně omezena, až na úzké výjimky, na národní trhy, a to přestože online svět *de facto* nezná geografické hranice a současný stav techniky jednotný e-commerce trh hravě umožňuje.

Výjimkou subjektu, pro který v EU jednotný trh e-commerce přeci jenom existuje, je paradoxně např. čínská platforma (online tržiště) AliExpress. AliExpress však profituje nejen z nepoměrně nižší regulační zátěže v porovnání s regulací uvalenou na evropské internetové obchody, ale i z faktického osvobození od placení DPH z prodejů v EU v důsledku právních mezer (toto právní vakuum existovalo až do července roku 2021, kdy došlo, nutno podotknout s enormním zpožděním, ke změnám relevantních právních předpisů²²¹, a i nyní lze polemizovat nad jejich reálnou efektivitou), a dále i z přinejmenším nepřímé podpory ze strany čínské vlády.²²² Důsledkem zejména těchto skutečností byla a stále je platforma AliExpress schopna doručovat zboží za konkurenceschopných podmínek do celé EU, a to aniž by takové zboží a celý nákupní i ponákupní proces odpovídal přísným evropským standardům, které jsou kladeny na provozovatele evropských podnikatelů.

Lze tedy uzavřít, že alespoň pro AliExpress jednotný trh e-commerce existuje. Primárně však díky mezerám v legislativě (resp. jejím limitům při postihování zahraničních subjektů), které platformě AliExpress umožňují v EU podnikat nepoměrně svobodněji než evropským

²²⁰ BLOOM, H. The Lucifer Principle: A Scientific Expedition Into the Forces of History. *Atlantic Monthly Press*, 1997, ISBN 9780871136640.

²²¹ Viz např. AliExpress expects to see a decrease in EU sales after the July 1 VAT reform. *Fonoa* [online]. 2021-09-16. Dostupné z: <https://www.fonoa.com/blog/aliexpress-expects-to-see-a-decrease-in-eu-sales-after-the-july-1-vat-reform>.

²²² Viz How can Aliexpress offer free shipping, even from across the Pacific?. *LinkedIn* [online]. 2017-12-22. Dostupné z: <https://www.linkedin.com/pulse/how-can-aliexpress-offer-free-shipping-even-from-across-faruk-%C3%A7etiner/>.

podnikatelům. To dokládá skutečnost, že jednotný e-commerce trh není nedosažitelnou ideou, ale něčím relativně snadno realizovatelným a něčím, čemu v první řadě brání sama EU, resp. její právní předpisy.

5.2 Právní překážky jednotného e-commerce trhu a kritika legislativního přístupu EU

Právní překážky jednotného e-commerce trhu představuje zejména nejednotné a příliš složité právní prostředí.

Na vině nejednotného právního prostředí jsou směrnice EU s minimální harmonizací, vč. právě spotřebitelských směrnic, které sice zajišťují spotřebitelům minimální standard ochrany, nicméně z hlediska jednotného trhu vytváří nekonzistentní právní prostředí, což je v rozporu s primárním právem EU, konkrétně s ideou jednotného vnitřního trhu EU.

Skutečnost, že ochrana spotřebitele může představovat překážku fungování jednotného vnitřního trhu potvrdil i SDEU a shledal v několika svých rozhodnutích přísnější úpravu na ochranu spotřebitele v rozporu s právem EU, resp. tehdy Evropských společenství, přičemž k takovému závěru došel dokonce i za situace, kdy byla přísnější úprava výslovně připuštěna minimální harmonizací (viz rozsudek SDEU ze dne 25. dubna 2002, C-52/00, ve věci Komise proti Francii, rozsudek SDEU ze dne 25. dubna 2002, C-154/00 ve věci Komise proti Řecku). Je nutno podotknout, že však není v silách SDEU problém nejednotného právního prostředí EU vyřešit – to je povinností jiných evropských orgánů, zejména evropského zákonodárce, který však primární právo EU v tomto ohledu nedodržuje.

GDPR, návrh nařízení AIA a další příklady legislativy nepřímé ochrany spotřebitele se zdají ukazovat legislativní trend ve zvýšené oblibě užívání regulace ve formě nařízení, a to navíc s podobnou koncepcí, resp. právními nástroji (zejména v podobě rozsáhlé informační a archivní povinnosti a s pokutami z obratu).

Regulace formou nařízení by vadu nejednotného právního prostředí měla zhojit, ale ukazuje se, že ani to není samo o sobě řešením, a to jednak z důvodu nevhodné koncepce těchto nařízení, jednak z důvodu trvajících odlišných interpretací v jednotlivých členských státech, což podrobněji rozvádím v dalším textu v rámci této i navazující podkapitoly.

Pro příklad z praxe ohledně důsledků nejednotného právního prostředí uvádím, že expanze do jiného členského státu EU představuje (pro internetový obchod nabízející širší paletu zboží),

z mých vlastních zkušeností z expanze českého internetového obchodu do Německa, Rakouska, Maďarska a Francie, pouze na právních výdajích náklady v řádu několika desítek tisíc EUR, a to do každého jednotlivého členského státu EU, což činí z expanze luxus, který je pro malé a střední podnikatele překážkou vstupu na trhy dalších členských států, jak rozvádím dále.

Pro evropskou expanzi totiž nepostačuje pouhý překlad právních dokumentů (např. obchodních podmínek, reklamačního řádu a podmínek ochrany osobních údajů) do jiného jazyka, což by indikovalo, že EU dosáhla, alespoň po právní stránce, jednotného e-commerce trhu a internetové obchody mají možnost své zboží a služby jednoduše nabízet i v jiných zemích EU. Naopak je po podnikatelích vyžadována kompletní právní revize nejen příkladmo uvedených právních dokumentů, ale i komplexní kontrola právních náležitostí nabízeného zboží a služeb²²³, interních procesů a pravidel týkajících se např. odstupování od smluv bez udání důvodu, reklamačního řízení, veškeré marketingové komunikace zahrnující jak práci s databází zákazníků (která sama o sobě má několik úrovní regulace podle konkrétního marketingového kanálu), tak i komunikaci navenek, jakož i daňových a pracovněprávních předpisů²²⁴.

Pokud by tedy podnikatel provozující internetový obchod zamýšlel rozšířit své podnikání do všech členských států a podnikat v nich v souladu s místními právními předpisy musí pouze na počátečních právních výdajích vynaložit náklady ve výši nejméně 270 000 EUR až 486 000 EUR, tedy při kurzu 25 Kč za 1 EUR se jedná o výdaje ve výši cca 6,8 mil. Kč až 12 mil. Kč.²²⁵ O pravidelných udržovacích právních výdajích, případně právních výdajích spojených s novými projekty ani nemluvě. Je třeba si uvědomit, že doposud jsem hovořil pouze o nákladech na zajištění

²²³ Po revizi stovek dodavatelských smluv mohou navíc uvést, že je pravidlem, že prakticky žádný dodavatel neumožní internetovému obchodu prodávat jím dodávané zboží v celé EU, ale pouze v několika málo vybraných státech, ve kterých je dané zboží lokalizované (např. pouze na Slovensku, v České republice a v Maďarsku). Mezi typické důvody patří nutnost lokalizace produktu pro danou zemi, tedy povinnost mít u naprosté většiny zboží návody v listinné podobě, jak stanoví § 9 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele (což je samo o sobě v případě internetových obchodů nejenže zcela absurdní, ale i zcela neekologické a v rozporu s environmentálními cíli EU), a dále distribuční systémy s územně rozděleným trhem, které zamezují, aby dodavatel dodával zboží do jiného členského státu. Nelze ale opomenout ani rozdílné podmínky pro prodej a užívání určitých kategorií zboží (např. kamer do vozidel, kde např. platí rozdílný režim v Německu, kde jsou takové kamery považovány za soustavné monitorování veřejného prostoru, které smí činit pouze vymezené osoby), odlišné záruční podmínky (např. delší než dvouletá záruka v Maďarsku), důsledkem čehož je třeba pro tentýž produkt uvádět na webových stránkách odlišnou textaci u záruky zboží. Navíc delší záruční doba se vždy promítne v ceně zboží a spotřebitelé za zboží s delší zárukou zaplatí více, tedy dochází zde ke komplikaci v rámci dodavatelských vztahů, kdy např. nákupní cena mobilního telefonu X bude pro český trh 8000 Kč a pro maďarský 10 000 Kč, což opět komplikuje dodavatelské vztahy, čímž narůstají interní náklady, což se opět negativně promítne v ceně pro spotřebitele, na které je přirozeně ve svém důsledku přenesena naprostá většina nákladů podnikatelů.

²²⁴ Např. v Rakousku platí podstatně odlišné podmínky v pracovněprávních vztazích, když většinu práv a povinností zaměstnanců upravuje nikoliv zákoník práce, ale kolektivní smlouvy, které se liší podle jednotlivých regionů.

²²⁵ Jedná se pouze o ilustratorní příklad, neboť náklady na právní služby se v každém členském státě přirozeně liší a navíc se liší i náklady na rozšíření jednotlivých podnikání. Pro výpočet byla použita částka 10 000 EUR jako nejnižší průměrná hodnota na rozšíření podnikání do jednoho členského státu a 18 000 EUR jako hodnota nejvyšší.

souladu s místními předpisy, nikoliv o výdajích, které podnikatelé musí vynaložit na expanzi jako takovou z obchodního hlediska. Malým a středním podnikatelům je proto z finančních důvodů přístup na jednotný vnitřní trh, z důvodu mj. nejednotné právní regulace, podstatně omezen již z důvodu nejednotného právního prostředí; u malých podnikatelů lze hovořit již o uzavření vnitřního trhu čistě jen z těchto důvodů.

Nařízení EU 2018/302 ze dne 28. února 2018, o zákazu geoblockingu, dopad nevhodné koncepce právních předpisů EU, resp. úrovně harmonizace směrnic, nijak nezmírnilo. Uvedené nařízení je typickým příkladem z řady neúspěšných unijních legislativních záplat, která usiluje o okamžité řešení symptomů, přičemž příčinu problému (odpověď na otázku proč podnikatelé v e-commerce nenabízejí své zboží jiným než národním zákazníkům, kterou je nejednotný vnitřní e-commerce trh EU) řešit odmítá. Reálným důsledkem zmíněného nařízení nebylo autoritativní donucení podnikatelů nabízet zboží všem zákazníkům v rámci EU, což je, jak rozvádím v této celé kapitole, za současného stavu prakticky nespílitelné, avšak pouze to, že podnikatelé v e-commerce přestali blokovat přístup svým zákazníkům z jiných členských států, což však pro spotřebitele nepředstavuje žádné pozitivum.

Problémem je však nejen nejednotná právní regulace v členských státech EU, kde jako příklad může posloužit spotřebitelské právo ve Francii, které umožňuje spotřebitelům svých práv zneužívat ve výrazně větší míře než např. v České republice, nebo spotřebitelské právo v Maďarsku, ale bohužel i právě jednotná regulace, jejíž výklad však jednotný není, přičemž za příklad zde budiž uveden radikální (a dle českých ústavních principů, pro svoji značně extenzivní povahu, i protiústavní) výklad GDPR ve Francii, případně radikální výklad legislativy na ochranu spotřebitele v Maďarsku ze strany GVH.

Dalším důvodem neexistence jednotného trhu není skutečnost, že by právních předpisů EU bylo příliš málo, jak se EU mylně domnívala v roce 2015 při koncepci Strategie pro jednotný digitální trh v Evropě. Je zřejmé, že stávající regulatorní snahy EU k jednotnému vnitřnímu trhu nevedly. Dokonce namísto podpory vývoje a konkurenceschopnosti evropských podnikatelů ze strany EU, čímž by byla podpořena i expanze na vnitřní trh a dosaženo značných přínosů pro spotřebitele, tak EU, resp. její právotvorná činnost, naopak pro přísnost, početnost a nesprávnou koncepci přijatých předpisů, růst podnikání a expanzi na vnitřní trh utlumila.

Tím se dostáváme k dalšímu problému, totiž že současné právní prostředí v EU je přinejmenším v e-commerce přeregulované, resp. regulované nevhodným způsobem – s minimem

skutečných výhod pro spotřebitele za cenu značných negativních vedlejších účinků legislativy (ekonomické škody).²²⁶

Přijetí právního předpisu sice zákonodárce, vč. toho evropského, při jistém zjednodušení nepředstavuje další náklady, ale je třeba si uvědomit, že každá další povinnost uložená podnikatelům v e-commerce pro tyto podnikatele náklady představuje. Rovněž je třeba si uvědomit, že každý náklad podnikatelů ve svém důsledku nesou a platí právě spotřebitelé, případně, nezbudou-li podnikatelům v důsledku navyšování nákladů finanční prostředky na to nejpodstatnější, tedy na investice do vývoje a inovací, vedou i ke snižování jejich konkurenceschopnosti, což vede ke stagnaci, která dále nevyhnutelně vede k postupné degradaci.

Proto musí být při uložení každé nové jednotlivé povinnosti pečlivě vyvažovány přínosy i negativa dané regulace, a vzhledem k současnému stavu e-commerce, který není ve světovém měřítku konkurenceschopný, s velkým důrazem na přínosy a náklady ekonomické. Takovéto uvažování ohledně přijímání právních předpisů však není evropskému zákonodárci vlastní. Ba naopak, z legislativní praxe lze dovodit, že EU se stále, v rozporu se zdravým selským rozumem, domnívá, že vytyčených cílů – mj. pomoci evropským e-commerce podnikatelům v konkurenceschopnosti – dosáhne tím, že je zatíží novými povinnostmi, a tedy jim tím navýší náklady a ve svém důsledku zdraží spotřebitelům ceny za nabízené zboží a služby.

Dodržování uložených povinností, kterých začíná být takové množství, že malí podnikatelé bez právního vzdělání a prostředků na externí právní služby v oblasti compliance, ani nejsou schopni je reálně dodržovat (aniž by ohrozili své podnikání a věnovali se, namísto svému podnikání, na plný úvazek studiu právních předpisů a jejich aplikaci), je navíc zajištěno rizikem drakonických sankcí, které mnohdy dosahují takové výše, že vyvstává otázka, zda zákonodárce neobchází přísné mantinely trestního procesu tím, že správnímu právu propůjčuje sankce, které by měly být pro svoji citelnost svěřeny až právu trestnímu. V situaci, kdy se v důsledku činnosti zákonodárce stala zásada *ignorantia iuris non excusat* nenaplnitelnou fikcí, se domnívám, že takový postup není na místě.

Jako příklad lze zmínit pokutu „až do výše 4 % celkového ročního obratu celosvětově za předchozí finanční rok“ v případě protiprávního zpracování osobních údajů dle GDPR. S ohledem na skutečnost, že výše 4 % z celosvětového obratu může v nízkomaržových oblastech s vysokými náklady (jako jsou právě např. internetové obchody se sklady a výdejnami, kde obrat pro vysoké náklady nepoměrně převyšuje čistý zisk po zdanění) vysoce převýšit veškerý zisk dané

²²⁶ Důsledky nevhodné regulace podrobněji rozvádím v navazující podkapitole č. 5.3.

společnosti, jeví se taková koncepce pokuty jako zcela nelogická, odtržená od reality a umožňující zneužití ze strany státní moci, nedojde-li ke zmírnění této apriorní nelogičnosti ze strany soudů.

Příkladem často pokutovaných subjektů pro porušení GDPR jsou právě internetové obchody, u kterých je propastný rozdíl mezi obratem a ziskem pravidlem. Hlavenka již v roce 2014 publikoval článek s názvem *Mají české e-shopy právo na zisk?*²²⁷, ve kterém na tento fakt upozorňuje a předkládá k tomu jasná data: z 18 předních vybraných českých internetových obchodů jich byla polovina ve ztrátě a při dopočítání se souhrnného výsledku hospodaření všech 18 internetových obchodů v České republice byla výsledkem ztráta ve výši 180 mil. Kč.²²⁸ Uvedený koncepce pokuty tak v sobě skrývá značný likvidační potenciál.

Pro konkrétnější příklad z českého prostředí lze uvést skupinu internetových obchodů Mall Group, která se sama prezentuje jako dvojka na e-tailovém trhu v České republice. Skupina měla v roce 2019/2020 obrat ve výši 17,2 miliardy Kč, avšak ani v tomto roce, ani řadu let předtím, negenerovala zisk a nacházela se ve ztrátě²²⁹; to se změnilo poprvé až v obchodním roce 2020/2021, kdy měla skupina obrat 20,7 mld. Kč a byla, v poměru k obratu, v nepatrném zisku²³⁰. Pokuta uložená takové skupině v dolní hranici sazby pokuty ve výši 1 % z obratu skupiny Mall Group v roce 2019/2020 by činila 172 mil. Kč a lze zvažovat, zda i taková výše pokuty, uložené při dolní hranici sazby, by nebyla pro tohoto podnikatele likvidační. Rozdíl mezi obratem a ziskem je patrný i v případě jednoznačně nejziskovější společnosti na českém e-tailovém trhu Alza.cz a. s., u které činil v roce 2019 čistý obrat 29,6 mld. Kč a čistý zisk 1 mld. Kč; při uložení pokuty dle GDPR v maximální výši 4 % by činila pokuta 1,16 mld. Kč, což by přivedlo společnost do ztráty, důsledkem čehož by přišla o možnost inovací a investic do vývoje, které jsou financovány právě ze zisku. Přitom společnost podnikající v e-commerce, která nemá dostatek finančních prostředků na inovace a vývoj, nebude schopná využít naplno zásadního a univerzálního předpokladu přežití v dnešní rychle se měnící době, tedy okamžité adaptace na neustále se měnící tržní a technologické

²²⁷ HLAVENKA, J. Mají české e-shopy právo na zisk?. *Lupa.cz* [online]. 2014-10-29. Dostupné z: <https://www.lupa.cz/clanky/jiri-hlavenka-maji-ceske-eshopy-pravo-na-zisk/>.

²²⁸ Viz tamtéž. K tomu je třeba uvést, že autor nezapočítal největší a nejziskovější internetový obchod Alza. Domnívám se, že takové rozhodnutí bylo správné, neboť Alza je opravdovou výjimkou na trhu e-commerce, kteréžto výjimce se podařilo zisk, v tomto vysoce konkurenčním a nízkomaržovém odvětví, úspěšně optimalizovat. Dále je třeba upozornit na skutečnost, že autor zahrnul do srovnání pouze ty internetové obchody, které splnily svoji zákonnou povinnost a zveřejnily svou účetní závěrku ve sbírce listin.

²²⁹ KUBÁTOVÁ, Z. Mall Group ani během boomu nevydělává. Zisk má přijít za rok. *Seznam Zprávy* [online]. 2020-11-03. Dostupné z: <https://www.seznamzpravy.cz/clanek/mall-group-ani-behem-boomu-nevydelava-akcionari-ztraci-trpelivost-127465>.

²³⁰ NOVÁK, O. MALL Group se loni dostala do zisku, odbavila 14 milionů objednávek. *Lupa.cz* [online]. 2021-05-25. Dostupné z: <https://www.lupa.cz/aktuality/mall-group-se-loni-dostala-do-zisku-odbavila-14-milionu-objednavek/>.

prostředí. Adaptovat se (a tedy i na trhu přežít) však není bez investic do vývoje, alespoň v případě trhu e-commerce, možné.

Kritizovaný koncept stanovující výši pokuty procentuálně z celosvětového obrátu není v legislativě EU nijak ojedinělý, ale zdá se, že se stává trendem evropského zákonodárce, jak vyplývá např. i z připravovaného nařízení AIA, které ve svém čl. 71 počítá s pokutami ve výši až 6 % z celosvětového ročního obrátu. *De lege ferenda* lze uvažovat, společně se zmírněním citovaných nařízení a snížením enormní byrokratické zátěže pro podnikatele, které obě tato nařízení přinášejí, o změně koncepce pokut, které by byly ukládány alespoň z celosvětového čistého zisku.

Uvedený koncept je o to horší za situace, kdy správní orgány v praxi běžně odůvodňují rozhodnutí o pokutě tím, že byla uložena např. „pouze“ ve výši několika jednotek procent z horní hranice sazby pokuty (při koncepci sankční části normy je činí v deliktech vůči spotřebitelům typicky „do 10 mil. Kč“), aniž by se skutečně zabývaly (tedy jinak než čistě formálně, takřkajíc „na oko“) individualizací trestu, mimo jiné i při zohlednění čistého zisku sankcionovaného podnikatele po zdanění. Takový přístup vede ke zdánlivě milosrdnému, avšak reálně drakonickému, trestání. Správní soudnictví takovouto praxi může zhojit²³¹, avšak vzhledem ke koncepci, kdy rozhodování o výši uložené sankce je primárně otázkou moci výkonné, resp. jejího správního uvážení, jsou soudy oprávněny snížit uložený trest či od něj upustit až v případě zjevné nepřiměřenosti výše trestu (srov. § 78 odst. 2 soudního řádu správního). Možnost ingerence soudů je tak podstatně omezena až na ty opravdu extrémní případy, nikoliv hraniční.

Vrátíme-li se od otázky nevhodné koncepce pokut v legislativě EU k samotnému regulatornímu přístupu EU, je vhodné porovnání s přístupem zahraničním, konkrétně s přístupem Spojených států amerických (USA), jež přijetí právních předpisů týkající se ochrany osobních údajů, tedy obdoby GDPR, zvažovaly. The Information Technology and Innovation Foundation (ITIF) odhadla²³², že přijetí obdoby nařízení GDPR by ekonomiku USA stálo 122 miliard USD²³³ ročně. V přepočtu na každého dospělého Američana by se jednalo o částku 483 USD na každého jednotlivce²³⁴. ITIF ve své zprávě z r. 2019 uvedla:

²³¹ Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2010, č. j. 7 As 71/2010 – 97.

²³² MCQUINN, A., CASTRO, D. The Costs of an Unnecessarily Stringent Federal Data Privacy Law. *Information Technology & Innovation Foundation* [online]. 2019-08-05. Dostupné z: <https://itif.org/publications/2019/08/05/costs-unnecessarily-stringent-federal-data-privacy-law/>.

²³³ Při kurzu 21,87 CZK za 1 USD, platném ke dni 18. 10. 2021, jde o 2 676 070 000 000 Kč.

²³⁴ Při kurzu 21,87 CZK za 1 USD, platném ke dni 18. 10. 2021, jde o 10 594 Kč.

„Náklady na regulaci [tj. období GDPR, pozn. autora této práce²³⁵] mohou být značné a lze je ospravedlnit pouze tehdy, pokud jejich přínosy převažují nad náklady a těchto přínosů bude dosaženo nákladově nejefektivnějším způsobem. Ani jedno z toho však neplatí, jde-li o příliš omezující zákon o ochraně osobních údajů, který mnozí zastánci ochrany soukromí požadují. A co je ještě důležitější, Kongres může výrazně zlepšit ochranu údajů Američanů za zlomek nákladů přijetím komplexního zákona o ochraně osobních údajů, který se zaměří na cílený soubor reforem. Takové rozhodování by mělo být pro zákonodárce snadné.“²³⁶

Ve zprávě je dále uvedeno: „Pokud by naopak Kongres přijal cílenější soubor opatření na ochranu soukromí, mohl by stále zvýšit ochranu spotřebitelů, ale snížit náklady o 95 % na přibližně 6,5 miliardy USD ročně.“²³⁷

Výše uvedený přístup k regulaci si musí začít osvojovat i evropský zákonodárce, pakliže tedy nemá v úmyslu učinit z EU skanzen, resp. ještě více nekonkurenceschopný trh, který sice spotřebitelům poskytne velkou míru legislativní ochrany, avšak ochrany mnohdy nepotřebné a zneužívané k jiným účelům.

Ze zásady legální licence vyplývá, že legislativních a legitimních cílů (na výše popsaném příkladě je tímto cílem tedy např. ochrana osobních údajů) musí být dosahováno při co nejmenších zásazích do soukromé sféry. To je ústavní i ekonomický imperativ.²³⁸ Trend evropského zákonodárce tomu ale neodpovídá.

²³⁵ O legislativní období GDPR se jedná jak obsahově, tak i z hlediska působnosti normy, která byla zvažována na federální úrovni.

²³⁶ Volně přeloženo autorem této práce z původního znění: „The costs of regulations can be significant, and are justifiable only when their benefits both outweigh their costs and are achieved in the most cost-effective way. Neither of these are true with regard to the kind of overly restrictive data protection law many privacy advocates have demanded. And even more importantly, Congress can significantly improve data protection for Americans at a fraction of the cost by passing comprehensive data privacy legislation that focuses on a targeted set of reforms. This decision should be easy for lawmakers.“

²³⁷ Volně přeloženo autorem této práce z původního znění: „In contrast, if Congress passed a more targeted set of privacy protections, it could still boost consumer protection, but reduce costs by 95 percent to approximately \$6.5 billion per year.“

²³⁸ Pro příklad lze uvést již rozebírané GDPR, kdy z hlediska ochrany osobních údajů by se mělo jednat primárně o ochranu osobních údajů na úrovni stát–občan, což je dle mého názoru problémem nejzásadnějším, na nějž upozorňoval již George Orwell v románu 1984 (a jehož totalitní svět nyní realizuje zejména Čína, Rusko a Severní Korea, jak rozvedu na další straně na příkladu tzv. systému sociálního kreditu). Tento problém GDPR neřeší efektivně, když dodržování GDPR ze strany státu kontroluje Úřad na ochranu osobních údajů, tedy orgán moci výkonné, a uložené pokuty plynou do státního rozpočtu, tedy doslova z jedné kapsy do druhé. Skutečný smysl by měla např. reforma ústavního pořádku a souvisejících předpisů, kdy by Úřadu pro ochranu osobních údajů byla udělena nezávislost na moci výkonné, vč. zřízení samostatné kapitoly pro tento úřad ve státním rozpočtu s tím, že uložené sankce by již nesměřovaly slepě do státního rozpočtu, ale tomuto úřadu, který by z toho mohl a měl financovat aktivity zaměřené na prevenci protiprávního jednání v této oblasti, např. poskytováním bezplatných školení správcům osobních údajů a

Dopadem GDPR na soukromou sféru se, tentokrát již po účinnosti GDPR, zabývala ve své analýze mj. společnost Ernst & Young²³⁹ a zjistila přitom následující:

- náklady na zajištění souladu s GDPR v r. 2017, tedy v době příprav na novou regulaci, činily u velkých podnikatelů v přepočtu průměrně 131 až 153 mil. Kč²⁴⁰ na jeden takový subjekt a u všech dotazovaných podnikatelů v průměru 46 mil. Kč²⁴¹;
- náklady na zajištění souladu s GDPR v r. 2018, tedy převážně udržovací náklady, činily v průměru u sledovaných podnikatelů 22 mil. Kč²⁴²;
- náklady na zajištění souladu se od počtu 5000 zaměstnanců a více již zásadně nenavysují, lze tedy dovodit, že zajištění souladu s GDPR má své „pevné náklady“ a znevýhodňuje podnikatele s menším počtem zaměstnanců, tedy zpravidla malé a střední podnikatele;
- v r. 2018 (účinnost GDPR byla od 25. 5. 2018) nezajistilo 7 % podnikatelů soulad s GDPR vůbec, 49 % jej zajistilo částečně a 44 % jej zajistilo plně;
- 19 % podnikatelů uvedlo, že nebudou nikdy schopni GDPR v plném rozsahu dodržovat a úplný soulad s GDPR považují za nemožný;
- pouze 2 % podnikatelů byly schopny zajistit práva subjektů údajů (např. právo na výmaz osobních údajů nebo právo na přístup k nim) plně automatizovaně, 30 % částečně automatizovaně a většina společností je nucena zajistit práva subjektů výlučně manuálně, což opět prohlubuje rozdíl mezi technologickými giganty a menšími společnostmi, které budou muset vynakládat kontinuální personální náklady na zajištění těchto práv.

Ochrana spotřebitelů v souvislosti se zpracováním osobních údajů je nepochybně potřebná.²⁴³ Systém sociálního kreditu²⁴⁴ zavedený Čínou je děsivým příkladem, jakoby

jejich zaměstnancům, vývojem softwarových řešení, která by jakožto open-source mohla těmto správcům pomoci zajistit i tolik potřebnou a nákladnou technickou compliance v této oblasti apod.

²³⁹ IAPP-EY Annual Privacy Governance Report 2018. Průzkumu se účastnilo 550 respondentů z databáze profesionálů v oblasti osobních údajů IAPP. Lze proto dovodit, že v průzkumu absentovali malí podnikatelé, které na takové profesionály nemají dostatek finančních prostředků.

²⁴⁰ Vypočteno s kurzem 21,93 CZK za 1 USD, platným ke dni 18. 10. 2021, a poté následně zaokrouhleno na celé miliony. Ve zprávě se uvádí rozmezí 6 až 7 mil. USD.

²⁴¹ Vypočteno s kurzem 21,93 CZK za 1 USD, platným ke dni 18. 10. 2021, a poté následně zaokrouhleno na celé miliony. Ve zprávě se uvádí částka 2,1 mil. USD.

²⁴² Vypočteno s kurzem 21,93 CZK za 1 USD, platným ke dni 18. 10. 2021, a poté následně zaokrouhleno na celé miliony. Ve zprávě se uvádí částka 1 mil. USD.

²⁴³ GDPR sice dopadá na všechny fyzické osoby a nabízí tedy širší ochranu než výslovná spotřebitelská regulace, nicméně jde o ochranu velice významnou a dopadající na všechny spotřebitele, tedy v materiálním smyslu ji můžeme bezpochyby zařadit do palety spotřebitelskoprávní ochrany. Pro konzistentnost se zbytkem textu zde budu proto hovořit o spotřebitelích, i když GDPR dopadá na všechny fyzické osoby.

²⁴⁴ Systém sociálního kreditu je národním blacklistem vyvíjeným vládou Čínské lidové republiky. Systém soustavně sleduje chování všech osob – fyzických i právnických – a určuje těmto osobám určité skóre v závislosti na tom, zda

vystříženým ze zmiňovaného románu 1984 George Orwella, před kterým GDPR, byť prakticky velice omezeně (viz poznámku pod čarou č. 238), chrání.

Nelze opomenout, že i z ekonomického důvodu je ochrana osobních údajů důležitá, např. studie společnosti Cisco²⁴⁵ zjistila na 2600 respondentech z celého světa následující poznatky:

- pro 84 % respondentů je ochrana dat důležitá a chtějí mít více kontroly nad svými daty;
- 80 % respondentů je ochotná si za vyšší ochranu dat připlatit;
- 49 % respondentů z důvodu vyšší ochrany dat již změnilo výrobce svého zboží nebo poskytovatele svých služeb.

Ochrana dat, resp. osobních údajů, je tedy i relevantním kritériem pro ekonomické rozhodování spotřebitelů, důsledkem čehož se, za splnění dalších podmínek (např. při uvedení nepravdivých informací ohledně zpracování osobních údajů), otevírají dveře aplikaci skutkové podstaty nekalé obchodní praktiky dle zákona o ochraně spotřebitele, případně klamavé reklamy dle zákona o regulaci reklamy (s odkazem na zákon o ochraně spotřebitele). Bezpečnost dat je však nejen otázkou individuálních práv, ale i národních, resp. celoevropských zájmů.

GDPR jistě, alespoň takříkajíc na papíře, posílila práva spotřebitelů ve vztahu k ochraně jejich osobních údajů a zabývá se důležitými otázkami jako je transparentnost, práva subjektů údajů a omezení zpracování osobních údajů.

Dále i otázka dozoru nad největšími zpracovateli osobních údajů v EU, tedy samotnými členskými státy a jejich orgány, je od počátku nedomyšlená. Aby byl takový dozor smysluplný, musely by být úřady na ochranu osobních údajů nezávislé na státu, zejména na moci výkonné.²⁴⁶ Kontrola „sebe sama“, ke které dochází nyní, totiž není žádnou kontrolou, ale nanejvýš zkrácenou

je jejich chování z hlediska vlády Čínské lidové republiky žádoucí či nikoliv. Vláda experimentuje s několika formami systému sociálního kreditu s tím, že původní systém využíval mechanismus odměn a trestů v závislosti na číselném skóre. Tak např. od 15. 5. 2019 bylo jako nežádoucí chování vyhodnoceno pouštění hlasité hudby nebo požívání jídla v pekingském metru a v Shenzenu přecházení přes přechod na červenou. Za nevhodné chování může být označeno cokoli, vč. veškerého chování, které jakýmkoliv způsobem ohrožuje současný autoritářský režim, jako je např. čtení nevhodných článků na internetu nebo stýkání se s lidmi, kteří někdy současný režim kritizovali. Lze očekávat, že časem bude nevhodné chování stanovovat sama umělá inteligence. Systém sociálního kreditu využívá dat ze systému hromadného sledování osob (např. Skynet), který v reálném čase rozpoznává obličeje a velká data analyzuje za užití umělé inteligence. Popisovaný systém vede k upevnění státní moci Čínské lidové republiky. Vzhledem k tomu, že současný režim Číny je již nyní značně autoritářský (konkrétně hovoříme o komunisticky autoritativním režimu) a omezuje práva svých občanů zasahovat do politiky, lze se pro další vývoj spočívající se zavedením systému sociálního kreditu inspirovat v románu 1984 od George Orwella. Více o sociálním kreditu viz např. Social Credit System. In: *Wikipedia: the free encyclopedia* [online]. San Francisco (CA): Wikimedia Foundation, 2001- [cit. 2022-12-08]. Dostupné z: https://en.wikipedia.org/wiki/Social_Credit_System.

²⁴⁵ Viz Consumer Privacy Survey. Cisco [online]. 2019. Dostupné z: https://www.cisco.com/c/dam/global/en_uk/products/collateral/security/cybersecurity-series-2019-cps.pdf.

²⁴⁶ Více viz v poznámce pod čarou 238.

sebereflexí, která vede, a navíc nutně omezeně, pouze k jedinému důsledku, kterým je přesun finančních prostředků z jedné kapsy téže osoby do kapsy druhé.

Jsem navíc přesvědčen, že by cílenou (a tedy i podstatně skromnější) regulací bylo dosaženo podobných výsledků z hlediska přínosu pro spotřebitele, avšak s nesrovnatelně menšími ekonomickými škodami. Touto cestou se ostatně vydaly i USA, které se z chyby evropského zákonodárce poučily. Domnívám se proto, že i v legislativě je třeba aplikovat Paretův princip, běžně užívaný právě v soukromé sféře, dle kterého při jistém zjednodušení platí, že 80 % důsledků pramení z 20 % příčin, tedy 80 % prospěchu pro spotřebitele pramení pouze z 20 % právní úpravy, která o takový prospěch usiluje. Zákonodárce by se proto měl zaměřit na neprospěšnou regulaci a tuto revidovat, případně zcela rušit.

Konkrétní negativní důsledky, a to nejen ty způsobené vlivem GDPR, ale potenciálně i připravovanými právními předpisy regulující umělou inteligenci a otázky s tím související, spatřuji v následujícím.

5.3 Důsledky legislativy EU

5.3.1 Dvojitý metr, aneb znevýhodňování evropských podnikatelů

Je běžně známo, že čínští výrobci chytrých telefonů představují kybernetické bezpečnostní riziko.

Ke konci roku 2018 o této skutečnosti varoval Národní úřad pro kybernetickou a informační bezpečnost (NÚKIB), a to v souladu s § 12 zákona o kybernetické bezpečnosti.²⁴⁷

V roce 2020 bylo dále mj. zjištěno, že mobilní telefony čínského výrobce Xiaomi sledují aktivitu uživatele (zahrnující např. informace o historii prohlížených webových stránek a sledovaných videích, ale i uživatelská jména internetových profilů, a v některých případech dokonce i jejich hesla) a získaná data, zčásti osobní údaje, posílají na servery mimo EU vlastněné čínskou společností Alibaba.

²⁴⁷ Uvedené bylo medializované v r. 2018, viz např. VALÁŠEK, M. Co si vzít z varování před čínskými technologiemi? Telefon Huawei nechte v kapse, 5G síť si od něj ale nekupujte. *Hospodářské noviny* [online]. 2018-12-18. Dostupné z: <https://tech.hn.cz/c1-66394760-co-si-vzit-z-varovani-telefon-huawei-nechte-v-kapse-5g-site-si-od-nej-ale-nekupujte>.

V roce 2021 poté provedl litevský Úřad pro kybernetickou bezpečnost²⁴⁸ šetření týkající se 3 modelů chytrých mobilních telefonů vyrobených v Číně (Huawei, Xiaomi a OnePlus), při kterých zjistil 3 následující bezpečnostní rizika²⁴⁹:

- (i) riziko předinstalovaných aplikací, které moderní antivirové programy považují za škodlivé nebo obsahující viry, a které předávají data do třetích zemí, tedy mimo působnost GDPR a dalších právních předpisů chránících spotřebitele;
- (ii) omezování svobody slova technickým vybavením pro cenzuru obsahu, který ohrožuje komunistickou propagandu čínské vlády²⁵⁰ (např. předinstalovaný prohlížeč Mi Browser periodicky rozšiřuje listinu zakázaných výrazů, které o nich znemožňují získat více informací, přičemž mezi zakázané výrazy patří např. „demokracie“, „Svobodný Tibet“²⁵¹, „Voice Of America“²⁵², „nezávislost Taiwanu“ a dalších více než 400 výrazů);
- (iii) riziko úniku osobních údajů při využití cloudové služby Xiaomi Cloud Service.

Po zjištěních litevského Úřadu pro kybernetickou bezpečnost varovalo ministerstvo obrany Litvy spotřebitele před koupí chytrých mobilních telefonů čínských výrobců a v případě již zakoupených přístrojů doporučilo dokonce jejich likvidaci.²⁵³

Zvýšená a intenzivní kontrola takovýchto zjevně rizikových podnikatelů ve věci dodržování GDPR by proto měla být něčím přirozeným, např. se zaměřením na předávání osobních údajů do vysoce rizikových zemí, jako je právě Čína.

Reálně k tomu však nedochází a na moji žádost o informace adresovanou Úřadu pro ochranu osobních údajů ohledně kontrol na dodržování GDPR ze strany uvedených čínských výrobců mi bylo sděleno následující:

²⁴⁸ Nacionalinis kibernetinio saugumo centras.

²⁴⁹ Viz Ką daro išmanusis telefonas jums nežinant: trijų Kinijoje pagamintų 5G mobiliųjų įrenginių tyrimas. *Nacionalinis kibernetinio saugumo centras* [online]. 2021-09-21. Dostupné z: https://www.nksc.lt/naujienos/ka_daro_ismanusis_telefonas_jums_nezinant_triju_ki.html.

²⁵⁰ V Litvě, kde byla zařízení testována, v okamžiku kontroly k cenzuře hledaných výrazů nedošlo. Nicméně fakticky jsou pro takovou cenzuru přístroje připraveny a jejich aktivace, např. v krátké době před důležitými volbami v určitém státě, je jen otázkou vůle výrobce, resp. čínské vlády.

²⁵¹ Free Tibet, česky „Svobodný Tibet“, je nezisková organizace pro lidská práva založená v roce 1987 se sídlem v Londýně v Anglii. Podle svého poslání se Svobodný Tibet zasazuje o „svobodný Tibet, ve kterém budou Tibeťané schopni určit svou vlastní budoucnost a budou respektována lidská práva všech“. Více viz Free Tibet. In: *Wikipedia: the free encyclopedia* [online]. San Francisco (CA): Wikimedia Foundation, 2001-. Dostupné z: https://en.wikipedia.org/wiki/Free_Tibet.

²⁵² Voice Of America (Hlas Ameriky) je multimediální zpravodajská společnost a instituce pro oficiální zahraniční vysílání vlády USA.

²⁵³ Viz Lithuania urges people to throw away Chinese phones. *BBC News* [online]. 2021-09-22. Dostupné z: <https://www.bbc.com/news/technology-58652249>.

„Úřad pro ochranu osobních údajů obdržel dne 16. prosince 2021 Vaši žádost podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, ve které jste požádal ,o sdělení, zda Úřad pro ochranu osobních údajů zahájil kontrolu ve věci dodržování GDPR ze strany těchto čínských výrobců (Xiaomi, Huawei, OnePlus, případně i dalších), případně jaké učinil jiné kroky směřující k zajištění dodržování GDPR z jejich strany‘.

Úřad pro ochranu osobních údajů Vám jako povinný subjekt dle § 2 odst. 1 zákona č. 106/1999 Sb. sděluje, že do dne podání žádosti nezahájil kontrolu ohledně dodržování nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů) ze strany v dotazu specifikovaných výrobců. Ve dvou případech doporučil stěžovatelům výkon práv podle čl. 15 obecného nařízení o ochraně osobních údajů.“

Nejen čínští výrobci, ale i samotné internetové obchody, resp. online tržiště, jako již např. dříve uvedený příklad s online tržištěm AliExpress, těží ze svého usídlení na území států, ve kterých není přeshraniční spolupráce s EU funkční. Přestože na evropském trhu reálně působí, nedopadají na ně prakticky žádné povinnosti. Sídlo v EU a fyzické působení v EU tedy představuje jisté znevýhodnění oproti podnikání ze třetí země, jako je např. Čína nebo USA.

5.3.2 Problematika regulatorních faceliftů

Na příkladu s GDPR uvedu běžnou praxi úřadů na ochranu osobních údajů, kterou jsem diskutoval s kolegy z Maďarska, Francie a Rakouska, kteří se problematikou GDPR rovněž zabývají. Tato praxe nejenže bude dále pokračovat, ale bude i opakována v případě dalších nařízení vystavených na obdobné logice, jako je např. právě nařízení o umělé inteligenci AIA.

S ohledem na skutečnost, vyplývající z výše uvedené analýzy Ernst & Young, že malí a střední podnikatelé (tedy statisticky naprostá většina všech podnikatelů) nejsou reálně po technické stránce ani schopni dodržování GDPR zajistit, uchylují se běžně – z nutnosti – k tzv. regulatorním faceliftům.

Pro co nejjednodušší ilustraci uvedu jednoduchý scénář, se kterým se opakovaně setkávám. Správce osobních údajů provozuje ve své provozovně a ve svých dalších prostorech (sklady a další prostory) kamerový systém se záznamem. Kamerové záznamy jsou následně uchovávány po dobu

45 a více dnů, o čemž i správce řádně informuje ve svých podmínkách ochrany osobních údajů a plní i veškeré další povinnosti dle GDPR (např. umístění cedulí s požadovanými informacemi před monitorovaným prostorem, vydání interního předpisu o způsobu nakládání s kamerovými záznamy, zajištění organizačních a bezpečnostních opatření za účelem zamezení neoprávněnému přístupu a jinému zpracování kamerových záznamů apod.)

Důvod uchování osobních údajů po dobu 45 dnů přitom není ničím neobvyklým a nelegitimním, neboť kriminalita, zpravidla poté organizovaná kriminalita, bývá zjištěna až se zpožděním nejméně v řádu jednotek měsíců a orgány činné v trestním řízení se při jejím odhalování a potírání potýkají s problémem nedostatku důkazů. Pokud by správce uchovával kamerové záznamy po kratší dobu, vědomě by umožňoval, aby taková trestná činnost zůstala nepotrestána, což je jistě v rozporu se zájmem širší komunity. Úřad pro ochranu osobních údajů České republiky (ÚOOÚ) a jeho německá obdoba²⁵⁴ však obecně nepovažují uchování kamerových záznamů déle než 15 dnů za legitimní, a to v žádném případě, tedy 15denní dobu považují za maximální dobu uchování záznamů. Je poté velice problematické úřadům pro ochranu osobních údajů, které jsou od reálného světa a jeho fungování do určité míry vzdáleny, vysvětlovat, proč daný správce nezbytně potřebuje kamerové záznamy po stanovenou dobu uchovávat a lze spíše očekávat, že taková kontrola skončí uložením sankce z důvodu nepřipustné doby uchování osobních údajů.

Cestou nejmenšího odporu je uvést ve všech dokumentech informaci, že kamerové záznamy jsou uchovávány např. po dobu 14 dnů a poté smazány, a to i kdyby tomu tak ve skutečnosti nebylo. ÚOOÚ potom při kontrole vyjde zpravidla z předložených dokumentů, které si i vyžádá, jako jsou např. podmínky ochrany osobních údajů, vnitřní předpisy, záznamy o zpracování osobních údajů, dokumenty dokládající proběhlá školení zaměstnanců apod., a pakliže ve všech dokumentech bude uvedena doba uložení kamerových záznamů po dobu 14 dnů, povede to zpravidla k ukončení kontroly, resp. odložení věci z důvodu, že nebylo zjištěno, že došlo ke spáchání přestupku. ÚOOÚ ostatně ani nemá jak jinak reálně zjistit skutečný stav věci, neboť probíhaly-li by kontroly praktickým prověřením technických skutečností, potřeboval by Úřad vedle technického personálu, kterým nedisponuje, i podstatně širší zaměstnaneckou základnu. Navíc problematické otázky spojené s GDPR nejsou natolik banální, jako je ilustrační příklad s kamerovými záznamy, ale týkají se otázek vysoce odborných, při kterých nemá Úřad pro ochranu osobních údajů bez přístupu do zdrojových kódů (a bez odpovídajícího technického personálu)

²⁵⁴ Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI).

reálnou šanci skutečný stav věci zjistit. V ostatních členských státech je situace obdobná. Proto je v celé EU dodržování GDPR omezeno primárně na kontrolu dokumentů, nikoliv na kontrolu reality, a to až na úzké výjimky.

V praxi tedy obvykle nezáleží na tom, zda jsou skutečně osobní údaje zpracovávány v souladu s GDPR, ale zda tato skutečnost vyplývá z interních dokumentů. I kdyby správce osobní údaje zpracovával plně v souladu s GDPR, a přitom by nedisponoval příslušnými dokumenty, vedlo by správní řízení k uložení sankce pro neplnění povinností uložených GDPR.

Taková praxe, v kombinaci s nemožností zajistit reálné dodržování GDPR ze strany malých a středních podnikatelů²⁵⁵, pouze utvrzuje podnikatele v tom, že onou cestou „nejmenšího odporu“ jsou právě regulační facelifty. Domnívám se, že hlavní důvod užívání regulačních faceliftů spočívá logicky v apatii způsobené skutečností, že splnění všech povinností uložených malým a středním podnikatelům ze strany GDPR je prakticky nemožné, a proto ani nemá smysl enormní úsilí na zajištění souladu s GDPR vynakládat. Každý podnikatel má omezené zdroje (zejména čas, finance a pracovní kapacity) a raději tyto zdroje bude alokovat na činnosti, které povedou k přínosu pro zákazníky a naplnění podnikatelského záměru, nikoliv na činnost, která takový přínos nemá.

5.4 Náměty de lege ferenda, aneb potřeba změny legislativního trendu v e-commerce

Na příkladu s regulací osobních údajů (zejména v podobě ePrivacy směrnice a GDPR), který podle všeho nastiňuje legislativní trend e-commerce legislativy regulující technické aspekty, uvedu dále konkrétní náměty *de lege ferenda*, které by vedly k vyšší kvalitě evropských právních předpisů.

5.4.1 Snížení administrativní zátěže

V prvé řadě by mělo být přistoupeno k maximálnímu možnému snížení administrativní zátěže pro správce a zpracovatele osobních údajů a mělo by dojít k revizi prvků, u kterých se cíl zjevně mívá účinkem a skutečný přínos pro spotřebitele je zanedbatelný, jako je právě kritizovaná administrativa a neodůvodněná a přebujelá informační povinnost, důsledkem čehož dochází k tomu, že ÚOOÚ z výše uvedených důvodů kontroluje v zásadě pouze dodržování této administrativní části GDPR – kontrolou smluv, podmínek ochrany osobních údajů, interních

²⁵⁵ Viz poznámky pod čarou 239 až 242.

předpisů, záznamů o zpracování osobních údajů apod.²⁵⁶ Papír však snese mnohé a ÚOOÚ nejde po podstatě věci, což mu i GDPR umožňuje. Důvodem takového přístupu ÚOOÚ není neochota úřadu, ale absence kvalifikovaného personálu, přičemž za současné situace na trhu (trvajících už nejméně 10 let a bez jakýchkoliv náznaků na zlepšení v následujících nejméně 5 letech) není objektivně ani schopen takový personál zajistit.²⁵⁷

5.4.2 Cílená právní regulace a princip minimalizace zásahů do soukromé sféry

Dalším, neméně důležitým návrhem *de lege ferenda*, je následně omezit aplikaci GDPR na největší hráče na trhu a zakotvit jakousi dobu pravidla *de minimis*, čímž by byla ve světle Paretova pravidla poskytnuta většinová ochrana při omezených zásazích do soukromé sféry, což je i v souladu se zásadou legální licence. Lze zvažovat např. dvoustupňovou ochranu dle GDPR, základní – platící pro všechny subjekty – a rozšířenou – platící pro největší správce a zpracovatele osobních údajů. V takovém případě by nebyly na malé subjekty kladeny nesplnitelné požadavky a širší paleta povinností by dopadala až na velké subjekty, tedy ty největší a nejdůležitější správce a zpracovatele osobních údajů, jako jsou zejména (i) stát, (ii) výrobci výpočetní techniky, na kterých dochází ke zpracování většiny osobních údajů (počítače, chytré mobilní telefony, tablety

²⁵⁶ Např. v případě kontrol ÚOOÚ týkajících se dodržování právní úpravy cookies je typickými otázkami, kterými se ÚOOÚ zabývá, kontrola podmínek ochrany os. údajů a zajištění příslušných smluv týkajících se předání osobních údajů mimo EU. Takovou praxi však nelze ve vztahu k tomuto úřadu vnímat negativně, neboť když je právní předpis nedomyšlený, odrazí se to i při kontrole jeho dodržování.

²⁵⁷ Pouze vybraní IT specialisté jsou schopni zjistit reálné dodržování GDPR při kontrole. Problémem však je, že poptávka po odbornících v IT, resp. ICT, vysoce převyšuje nabídku. Pošty absolventů se pohybují kolem 3600 vysokoškolsky vzdělaných IT odborníků ročně (viz Studentů ICT oborů po letech opět přibývá. Nebývalý zájem hlásí už střední školy. *Kurzy.cz* [online]. 2021-10-20. Dostupné z: <https://www.kurzy.cz/zpravy/614857-studentu-ict-oboru-po-letech-opet-pribyva-nebyvaly-zajem-hlasi-uz-stredni-skoly/>), z čehož navíc nemalá část bude po ukončení studií pracovat pro zahraniční společnosti, případně se i do zahraničí odstěhuje, zatímco podle průzkumu již v současné době chybí přibližně 14 000 IT odborníků (viz Česku chybí tisíce IT odborníků. Seniorní vývojář si přitom může vydělat až 200 tisíc měsíčně. *E15* [online]. 2021-09-26. Dostupné z: <https://www.e15.cz/byznys/technologie-a-media/cesku-chybi-tisice-it-odborniku-seniorni-vyvojari-si-pritom-muze-vydelat-az-200-tisic-mesicne-1383866>). Za 4 roky (2017–2021) se podle dostupných dat podařilo v ČR obsadit pouze 4000 pozic, tedy tímto tempem bychom se dostali na rovnováhu nabídky a poptávky na trhu za cca 14 let. Nedostatek IT odborníků (viz např. ŽÁK, Č. Na trhu práce zoufale chybí IT odborníci. *Hospodářské noviny* [online]. 2017-03-13. Dostupné z: https://ictrvue.hn.cz/c3-65656020-0ICT00_d-65656020-na-trhu-prace-zoufale-chybi-it-odbornici) je však širším problémem a je jednou z příčin zpomalení ekonomického vývoje, neboť vývoj e-commerce, coby hnací síly růstu celé EU, je na těchto odbornících přímo závislý. Za takové situace, kdy se společnosti v zaměstnání kvalifikovaných IT odborníků předhánají (ze zkušenosti svých klientů zmíním dvě skutečnosti: k zaměstnávání IT odborníků dochází již při studiu a naprostá většina absolventů je již lidově řečeno zabrána, dále jsou zaměstnanci odměňováni vysokými bonusy v případě, že do společnosti sami přivedou nějakého IT odborníka, který se osvědčí úspěšným zvládnutím zkušební doby), není reálné, aby stát, se svými velice omezenými výdaji na zaměstnance a svým zkratnatějším, tedy z hlediska trhu práce neatraktivním způsobem fungování, disponoval dostatečným počtem IT odborníků a byl tak schopen na trhu práce soutěžit se soukromou sférou. Již v roce 2016 byl rozdíl mezi platem IT odborníka pracujícím pro stát a mezi mzdou v soukromé sféře pětinasobný (viz BLAŽEK, V. Státu chybí IT experti a právníci. Nabízí jim ale jen 20 tisíc měsíčně. *Ekonom: Právní poradce* [online]. 2016-05-10. Dostupné z: <https://pravnicradce.ekonom.cz/c1-65285160-statu-chybi-it-experti-a-pravnici-nabizi-jim-ale-jen-20-tisic-mesicne>). Proto právní regulace, která je z naprosté většiny závislá na kontrole IT odborníky, nemůže za současné situace vést k efektivnímu vymáhání práva, ale toliko k formální kontrole dokumentace.

a další), (iii) vývojáři operačních systémů, na kterých je uvedená výpočetní technika provozována (Windows, iOS a další), (iv) poskytovatelé cloudových služeb (Apple iCloud, Microsoft OneDrive a další), (v) vývojáři internetových prohlížečů (Microsoft – Internet Explorer, Google – Chrome, Apple – Safari), (vi) sociální sítě disponující nebývalým množstvím dat o svých uživateli a jejich digitální stopě (Facebook, Instagram, TikTok a další) a (vii) internetové vyhledávače (Google, Seznam, Bing). Dále lze zvažovat i subjekty, jako jsou banky, pojišťovny, telefonní operátoři a poskytovatelé komunikačních platforem (WhatsApp, Facebook Messenger, Apple iMessage) a e-mailových klientů (např. Gmail).

Výhody cílené regulace vyhovující Paretově principu, a ostatně i zdravému rozumu a principu efektivity, ilustruji pro jednoduchost na praktickém příkladu s cookies.

Současná regulace cookies mj. vyžaduje, aby všichni provozovatelé webových stránek využívající cookies (tj. prakticky všichni), vyžadovali před zpracováním cookies výslovný souhlas uživateli. K plnění této povinnosti v praxi dochází skrze tzv. cookies lištu, která je zobrazena uživateli. Uživatel, obvykle spotřebitel, je tak po návštěvě každé webové stránky vyzván k udělení souhlasu nebo nesouhlasu s použitím cookies, a to vč. možnosti udělit souhlas pouze u některých cookies a u jiných vyslovit nesouhlas. Tato výzva (lišta) je, je-li implementována v souladu s ePrivacy směrnicí²⁵⁸, GDPR a rozhodovací praxí, doprovázena rozsáhlou informační povinností, která uživatele zahltí informacemi s délkou čtení několika minut a pro podrobné informace jej odkáže na podrobné podmínky zpracování osobních údajů.²⁵⁹ Pokud uživatel souhlas konečně udělí, musí podle současné praxe provozovatelé webových stránek za cca 6–12 měsíců cookies

²⁵⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích).

²⁵⁹ Myšlenka zákonodárce, nutno dodat, že zcela naivní, byla taková, že tyto informace umožní učinit uživatelům kvalifikované rozhodnutí ohledně udělení souhlasu či nesouhlasu se zpracováním cookies. Tedy zákonodárce očekával, že u každé jednotlivé internetové stránky, kterou uživatel zamýšlí navštívit, bude trávit několik minut čtením informačních textů a poté se bude „kvalifikovaně rozhodovat“. Realita je však taková, že uživatelé nemají ani čas, ani zájem informační texty číst a primárně chtějí docílit toho, proč na danou internetovou stránku přišli (např. nákup určitého zboží, zhlédnutí videa či přečtení článku). Po více než 4 letech používání cookies lišt v České republice by podle uvedené myšlenky zákonodárce měli již všichni uživatelé internetu znát o cookies přinejmenším vše podstatné. Realita tomu však neodpovídá, jak vyplývá např. z průzkumu společnosti Avast z r. 2022 (BLAŽEK, V. Co všechno byste měli vědět o internetových cookies?. *Avast* [online]. 2022-07-01. Dostupné z: <https://blog.avast.com/cs/vse-o-cookies-muz-ktery-povolil-vse>). V tomto průzkumu bylo mj. zjištěno následující: 58 % uživatelů na otázku „jak dobře ví, co jsou cookies“, odpovědělo, že „zhruba tuší, čeho se cookies týkají“, 15 % vůbec neví, k čemu slouží, a 2 % uživatelů o pojmu nikdy neslyšela. 29 % uživatelů se domnívá, že cookies internetové stránky zpomalují a 7 % uživatelů si myslí, že cookies mohou jejich zařízení infikovat virem. Schaub provedl značně podrobnější analýzy a došel k závěru, že většina uživatelů ani ve skutečnosti neví, co jsou to cookies (ačkoliv si mohou myslet opak, na což nám průzkum Avastu jasnou odpověď nedává, neboť formulace „zhruba tuší“ je příliš vágní a subjektivní), viz *How Cookie Banners Backfired*. *New York Times* [online]. 2022-01-29. Dostupné z: <https://www.nytimes.com/2022/01/29/business/dealbook/how-cookie-banners-backfired.html>.

lištu zobrazit danému uživateli znovu, neboť GDPR i výkladová praxe úřadů stanoví, že každý souhlas má omezenou životnost.

Že se ani v tomto případě nepodařilo zákonodárci naplnit hlavní cíl cookies regulace, tedy poskytnout uživatelům větší kontrolu nad svojí digitální stopou, je po několika letech regulace zřejmé.²⁶⁰ Dokonce i Schrems, známý aktivista v oblasti ochrany osobních údajů, uvedl, že „nikdo cookies lišty nečte. Stala se z toho bezmyšlenkovitá odklikávačka“.²⁶¹

Necháme-li stranou obtěžující charakter cookies regulace pro uživatele-spotřebitele a budeme-li se soustředit na objektivní a měřitelná data, lze uvést, že každou vteřinu času lze monetizovat a stejně tak lze monetizovat i sníženou efektivitu reklam (odrážející se ve vyšší ceně pro inzerenty) způsobenou menší mírou zpracovávání cookies. Americký ITIF již v roce 2014, tedy po zavedení povinnosti cookies lišty ePrivacy směrnicí a zároveň, zdůrazňují, před zpřísněním této povinnosti v důsledku aplikace GDPR (zejména omezená platnost souhlasu a výrazně širší informační povinnost), spočítal ekonomické náklady spojené se zavedením cookies lišt.²⁶² Každoroční náklady způsobené směrnicí ePrivacy byly vypočteny na 2,3 miliardy USD, tedy v přepočtu po zaokrouhlení 51 miliard Kč.²⁶³ V současné době by výše těchto nákladů byla nepochybně vyšší, neboť jednak se v mezidobí zdokonalily možnosti využití cookies a jednak GDPR zvýšilo obtěžující charakter cookies lišty. ITIF dále shrnul, že cookies lišta zavedená směrnicí ePrivacy poskytla nepatrný až nulový prospěch občanům EU, což je i v souladu s výše uvedeným.²⁶⁴ Dále ITIF naznačuje, že EU řeší domnělé problémy a skutečné nikoliv, což lze podložit i daty britského úřadu ICO²⁶⁵, který po implementaci ePrivacy směrnice zaregistroval v období dubna až května 2014 pouze 38 stížností týkajících se cookies, zatímco stížností týkajících se nevyžádaných telemarketingových hovorů obdržel daný úřad 9000, z čehož ITIF dovozuje, že takový zanedbatelný počet stížností nestojí za finanční zátěž, kterou regulace cookies přinesla, a to i s ohledem na skutečnosti, že britský úřad k těmto 38 stížnostem týkajícím se cookies uvedl, že většina z nich byla navíc „šikanózních, podaných z osobních důvodů a pouze plýtvala

²⁶⁰ Viz předchozí poznámku pod čarou.

²⁶¹ Volně přeloženo z originálu autorem této práce: „No one reads cookie banners, they’ve become almost a useless exercise.“ (Viz tamtéž.)

²⁶² Viz MCQUINN, A., CASTRO, D. The Economic Cost of the European Union’s Cookie Notification Policy. *Information Technology & Innovation Foundation* [online]. 2014-11-06. Dostupné z: <https://itif.org/publications/2014/11/06/economic-cost-european-unions-cookie-notification-policy/>.

²⁶³ Počítáno při kurzu 21,91 Kč za 1 USD, platném ke dni 20. 10. 2021.

²⁶⁴ V originále jako: „This report explores how not only is the EU privacy directive’s cookie policy costly, it also offers little to no benefits for EU citizens.“

²⁶⁵ Information Commissioner’s Office (ICO), obdoba úřadu pro ochranu osobních údajů.

časem tohoto úřadu“.²⁶⁶ Na unijní úrovni přitom efektivní právní regulace telemarketingu stále vůbec neexistuje, ač jde o pro spotřebitele podstatně palčivější problém, který lze snadno a efektivně regulovat několika regulatorními větami.

Jak jsem již uvedl, je cílem cookies regulace primárně to, aby měli uživatelé svá data, resp. svoji internetovou stopu, více pod kontrolou. Takový cíl je zcela legitimní a v souladu s ekonomickými i právními zájmy EU uvedenými výše.

Důsledkem cookies regulace (po zpřísnění GDPR) je však zahlcení uživatelů záplavou cookies lišt, přičemž konkrétní důsledky pro uživatele lze dovodit z německé akademické studie z roku 2019²⁶⁷, ze které vyplývají mj. následující zjištění:

- 72 % uživatelů, kteří souhlasí se všemi cookies, tak činí proto, že je cookies lišta obtěžuje a chtějí, aby co nejrychleji zmizela a mohli se věnovat tomu, proč na web přišli²⁶⁸;
- 41 % uživatelů, kteří s cookies lištou nijak neinteragovali, tak činili proto, že cookies lištu neviděli (domnívám se, že jde o podvědomé přehlížení obtěžujícího obsahu)²⁶⁹ a uživatelé ignorující cookies lištu opakovaně uváděli, že cookies lištu považovali za obtěžující, proto ji z důvodu frustrace způsobené touto lištou ignorovali²⁷⁰.

Většina uživatelů udělujících souhlas se zpracováním cookies tedy cookies lištu pouze rutinně odklikává a přijme všechna cookies (viz i citaci Schremse na předchozí straně), aniž by si přečetli jakékoliv další informace na cookies liště, na kterých evropský zákonodárce tolik lpí. Důvodem může být racionální apatie a frustrace z cookies lišty, která je považována za obtěžující obsah, jak lze dovodit z odpovědí uživatelů, kteří souhlas poskytlí nebo cookies lištu zcela ignorovali. Přirozeným důsledkem proto je cookies lištu buď (a) vytěsnit, nebo (b) se jí co nejrychleji zbavit.

Takové chování je ale zcela v rozporu s tím, co evropský zákonodárce očekával. Přitom takový rozpor nelze ničím omluvit, bezpochyby ne v e-commerce, neboť prakticky každá hypotéza

²⁶⁶ Volně přeloženo autorem této práce. Původní znění: *Answering this trifling number of complaints is not worth the law's financial burden given the fact that the ICO also has noted that the majority of cookie complaints are ,vexatious, personal, and time wasting'.*

²⁶⁷ UTZ, Ch., DEGELING, M., FAHL S., SCHAUB, F., HOLZ, T. *(Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field*. 2019. Dostupné z <https://arxiv.org/pdf/1909.02638.pdf> [cit. 2021-10-21].

²⁶⁸ Tamtéž, s. 10 (počet „44 ze 61“ jsem pro lepší přehlednost vyjádřil v procentech).

²⁶⁹ Tamtéž (počet „20 ze 49“ jsem pro lepší přehlednost vyjádřil v procentech).

²⁷⁰ Tamtéž, originální znění: *„Recurring themes in these responses include that the notices were ,annoying [...], so I just ignore them out of frustration‘ (Participant 2-94)6 and that participants thought no cookies would be set if they did not interact with the notice.“*

může být v e-commerce díky snadnému přístupu k datům ověřena a není mi proto jasné, proč evropský zákonodárce před přijetím cookies regulace neučinil dva zásadní a racionální kroky, které měly přijetí předcházet: (i) kvalitní odhad ekonomických dopadů takové regulace a vyvažování s přínosy pro spotřebitele, resp. všechny uživatele, a (ii) zjištění reálné reakce uživatelů na cookies lištu, a to i kdyby tak evropský zákonodárce činil v zásadě beznákladovou metodou, kterou by bylo A/B testování na vlastním webu a následným kvalitativním průzkumem mezi vlastními zaměstnanci. V e-commerce je běžné, že hypotézy a optimalizace se dosahuje, při minimalizaci nákladů, právě těmito způsoby. E-commerce (a nejen to) je založeno na datech a rozhodnutí činěné bez dat je rozhodnutím, kterému nejenže chybí ratio, ale které je založené na pocitech, sebeklamech a dalších iracionálních faktorech, tedy nikoliv na realitě. S ohledem na uvedené je zjevné, že směrnice ePrivacy nejenže nevedla k naplnění vytyčeného cíle, ale poukazuje na slabinu zákonodárce, který nepracuje řádně s daty za užití moderních technologií a činí rozhodnutí, která by v případě vedení společnosti z pozice člena statutárního orgánu byla v rozporu s péčí řádného hospodáře a vedla ke vzniku odpovědnosti za újmu.

Další absurditou cookies legislativy je, že opět vytváří dvojí metr mezi podnikateli z EU a podnikateli ze třetích zemí. Evropští podnikatelé jsou nuceni své zákazníky obtěžovat záplavou cookies lišt, které vedou mj. k frustraci zákazníků a špatné uživatelské zkušenosti, zatímco jeden z největších e-commerce subjektů působících na evropském trhu v podobě online tržiště AliExpress ani žádnou cookies lištu nemá.²⁷¹ Přitom za částečné plnění cookies regulace dostala společnost Amazon provozující online tržiště pouze od francouzského úřadu pro ochranu osobních údajů (CNIL) pokutu ve výši 42 mil. EUR a společnost Google od téhož úřadu pokutu ve výši 120 mil. EUR.²⁷²

Nabízí se otázka, jak tedy dosáhnout onoho legitimního cíle, *in concreto* toho, aby měli uživatelé svá data a svoji internetovou stopu pod kontrolou a regulace cookies, která by byla

²⁷¹ Kontrolováno autorem této práce ke konci roku 2021. Při opětovné kontrole 15. 6. 2022 cookies lišta přítomná byla, nicméně při kontrole pomocí nástroje Cookie Bot, který analyzuje a vyhodnocuje funkčnost cookies po technické stránce, jsem mj. zjistil, že provozovatel webové stránky aliexpress.com zpracovává všechny své statistické cookies (celkem 10) bez souhlasu uživatelů, což platí dokonce i pro naprostou většinu marketingových cookies, kterých tento provozovatel zpracovává nejméně 60. Uvedený provozovatel dále využívá 37 cookies, jejichž skutečnou povahu je třeba posoudit a vyhodnotit manuálně, např. kontrolou interních systémů provozovatele webu. Tedy zmiňovaná cookies lišta není po technické stránce funkční, když téměř všechna cookies, u kterých je dle legislativy vyžadován předchozí souhlas uživatele s jejich zpracováním, jsou zpracovávána bez souhlasu daného uživatele. Jedná se tedy o cookies lištu takřkajíc na oko, která je příkladem legislativního faceliftu, o kterém jsem pojednával v kapitole 5.3.2, přičemž rozdíl tohoto příkladu oproti typickým legislativním faceliftům spočívá v tom, že každý může nedodržování příslušné legislativy snadno zjistit, a to právě díky nástrojům, jako je např. použitý Cookie Bot. Report z technické analýzy dané webové stránky je přiložen k této práci jako její příloha č. 1.

²⁷² Viz např. LOMAS, N. France Fines Google \$120M and Amazon \$42M for dropping tracking cookies without consent. *TechCrunch* [online]. 2020-12-10. Dostupné z: <https://techcrunch.com/2020/12/10/france-fines-google-120m-and-amazon-42m-for-dropping-tracking-cookies-without-consent/>.

způsobila naplnit vytyčený cíl a měla přitom co nejmenší negativní dopady. Mým návrhem je jednoduché nastavení webového prohlížeče, které by bylo později možné snadno změnit. Povinnost cookies lišty by tedy namísto milionů provozovatelů webových stránek v EU²⁷³ mělo pouze několik málo subjektů, kterými by byli provozovatelé internetových prohlížečů.²⁷⁴ Navíc by uživatel mohl vyslovit své přání, jakou internetovou stopu za sebou zanechá, pouze jednou, a to buď při prvním spuštění takového prohlížeče, nebo společně s účinností právní regulace, která by provozovatelům prohlížečů takovou povinnost uložila. Uživatelé by, pro skutečnou kontrolu nad svou internetovou stopu, měli mít právo takové rozhodnutí později i kdykoliv snadno změnit. Lze očekávat, že informační povinnost spojená s takovouto jednorázovou volbou preference použití cookies, by (za předpokladu jednoduchosti a srozumitelnosti) přinesla i reálný benefit.

Pakliže mají uživatelé učinit pouze jediné rozhodnutí týkající se nastavení cookies, lze rozumně předpokládat, že s ohledem na výše uvedené výsledky výzkumu, mj. společnosti Cisco (pro 84 % uživatelů je ochrana dat důležitá a chtějí mít více kontroly nad svými daty), jakož i skutečnost, že při nastavení takovéto volby, které může být jednorázové, odpadá frustrace spojená s obtěžujícím a neustále se opakujícím obsahem, tak budou uživatelé před takovou volbou sdělené informace číst a skutečně i přemýšlet nad tím, jaká volba je pro ně nejvhodnější. Všechna tato očekávání a hypotézy by bylo samozřejmě třeba předem ověřit, neboť zákonodárce by si v dnešní době datové ekonomiky neměl dovolit takřikajíc střelby naslepo přijímáním regulace na základě iracionality. Dalším logickým benefitem takového návrhu by bylo, že dozorčí orgány by již nemusely kontrolovat miliony subjektů, ale pouze několik jednotek subjektů, čímž by se významným způsobem snížily i náklady státu související s vynucováním takové regulace a efektivita právní úpravy.

²⁷³ V EU existuje přes 800 000 aktivních internetových obchodů, webové stránky lze počítat v milionech. Viz *Over 800,000 online stores in Europe. Ecommerce News* [online]. 2017-10-06. Dostupné z: <https://ecommercenews.eu/800000-online-stores-europe/>.

²⁷⁴ 6 celosvětově nejpopulárnějších webových prohlížečů na všech zařízeních používá 95,67 % populace (Google Chrome 65,27 %, Apple Safari 18,34 %, Microsoft Edge 3,4 %, Firefox 3,29 %, Samsung Internet 3,18 %, Opera 2,19 %), viz DEAN, B. *Web Browser Market Share In 2022: 85+ Browser Usage Statistics. Backlinko* [online]. 2021-07-21. Dostupné z: <https://backlinko.com/browser-market-share>. Prohlížečů existuje více než 6, ale ani zbylé prohlížeče, dělící mezi sebe poměr na trhu ve výši 4,33 %, nepřesahují nižší desítky (více viz *Web browser*. In: *Wikipedia: the free encyclopedia* [online]. San Francisco (CA): Wikimedia Foundation, 2001-. Dostupné z: https://en.wikipedia.org/wiki/Web_browser).

5.4.3 Zpětné vyhodnocení dopadů legislativy a náprava chyb

Jak GDPR vyhodnotila po dvou letech EU je, s ohledem na výše uvedené, poněkud překvapivé a zároveň značně znepokojující.

Sdělení Komise z r. 2020²⁷⁵, tedy dva roky po uplatňování obecného nařízení o ochraně údajů, konstatuje, že „nařízení GDPR dva roky poté, co začalo platit, úspěšně splnilo své cíle zaměřené na posílení ochrany práva jednotlivců na ochranu osobních údajů a zajistilo volný tok osobních údajů v rámci EU“. K tomuto závěru mi však chybí podložení daty, transparentní uvedení vedlejších účinků přijatého nařízení v podobě nejen mnou kritizovaných ekonomických nákladů a poté zhodnocení testem vyvažování, čeho konkrétněji bylo dosaženo a jaké konkrétní náklady a jiné negativní vedlejší účinky v podobě zpomalení růstu a omezení inovací nařízení způsobilo. Ve sdělení Komise zcela postrádám ekonomickou část, zasazení dopadů nařízení do širšího socioekonomického kontextu a strážlivý kritický pohled na věc.

Komise dále přiznává roztržitost GDPR, avšak pouze částečně:

„Nařízení GDPR stanoví jednotný přístup k pravidlům ochrany osobních údajů v celé EU. Vyžaduje však, aby členské státy v některých oblastech³⁸ přijaly právní předpisy, a v jiných oblastech jim dává možnost nařízení GDPR dále specifikovat³⁹. V důsledku toho přetrvává určitá míra roztržitosti, která je způsobena zejména rozsáhlým používáním volitelných doložek o specifikacích. Například rozdíl mezi členskými státy v určení věku dětí, pokud jde o souhlas s poskytováním služeb informační společnosti, vytváří pro děti a jejich rodiče nejistotu, pokud jde o uplatňování jejich práv na ochranu osobních údajů na jednotném trhu. Tato roztržitost také vyvolává problémy při přeshraničním podnikání, v inovacích, zejména pokud jde o nový technologický rozvoj a řešení v oblasti kybernetické bezpečnosti. V zájmu efektivního fungování vnitřního trhu a zamezení zbytečné zátěži pro společnost je rovněž nezbytné, aby vnitrostátní právní předpisy nepřekračovaly meze stanovené v nařízení GDPR nebo zavedly další požadavky, pokud není stanovena žádná mez.“²⁷⁶

V citované pasáži Komise přiznává roztržitost, kterou způsobil samotný legislativní přístup GDPR z důvodu odlišného přístupu členských států při vyvažování kolidujících práv –

²⁷⁵ Sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě ze dne 24. 6. 2020, Ochrana osobních údajů jakožto pilíř posílení postavení občanů a přístup EU k digitální transformaci – dva roky uplatňování obecného nařízení o ochraně údajů, COM (2020) 264 final, dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0264&from=EN>.

²⁷⁶ Tamtéž, s. 7.

práva na svobodu projevu a práva na ochranu osobních údajů.²⁷⁷ Avšak opomíjí zmínit druhou kategorii roztržitosti, kterou považují za zásadnější. Tu způsobuje odlišná interpretace nařízení napříč členskými státy EU, např. radikální výklad francouzského úřadu. Tomuto nenapomáhá ani zpravidla extenzivní, a dle mého názoru z tohoto důvodu i v českém právním prostředí i protiústavní²⁷⁸, výklad GDPR pracovní skupinou zřízenou podle článku 29 GDPR, která doposud vydala 75 pokynů, které mají poskytnout vodítka k interpretaci GDPR. Pokud je k řádné interpretaci, která je předpokladem samotné aplikace GDPR, zapotřebí nastudování 75 pokynů, svědčí to o špatné legislativní práci při tvorbě tohoto nařízení. GDPR, byť se týká pouze jedné, poměrně úzce specifikované právní oblasti, jakou je ochrana osobních údajů, čítá 88 stran textu a je příkladem moderní evropské kazuistické právní úpravy, kterou lze označit za legislativní trend EU.

Kazuističnosti však, jak je již nyní dobře známo, nevede k právní jistotě, ale naopak k právní nejistotě a k více výkladovým nejasnostem, o čemž svědčí i potřeba 75 pokynů k tomuto pouhému jednomu nařízení. Melzer uvádí²⁷⁹, že „*Přílišná kazuičnost vyvolává potřebu analogie, přílišná obecnost naopak potřebu teleologické redukce... Správná míra obecnosti je proto taková, která odpovídá smyslu regulace, není ani příliš obecná, ani zbytečně kazuistická.*“ *Souhlasím s Bauerem*²⁸⁰, že „*volba správné míry obecnosti musí mít za cíl, že adresát si při interpretaci ve většině případů vystačí pouze se základní metodou výkladu, která bude pro interpretaci dostačující a dovede ho bez delšího odborného výkladu k cíli, kterým je správná interpretace dle zvolené metody.*“

Kdyby tedy bylo nařízení GDPR psáno jasně, stručně a výstižně, a omezilo by se dále podle Paretova principu na cílenou regulaci, vedlo by to mj. k větší právní jistotě a menší potřebě odborných výkladových stanovisek ke každému jednotlivému článku. Je třeba zdůraznit, že GDPR

²⁷⁷ Tamtéž.

²⁷⁸ Obsahuje-li veřejnoprávní předpis neurčitou oblast pojmu, kdy někdo určité jevy pod daný pojem podřadí a jiný nikoliv, má být zařazení těchto jevů pod veřejnoprávní normu výjimkou, jinak dochází k porušení zásady legální licence a z ní vyplývajícího principu *in dubio pro libertate*, res. *in dubio mitius*. Tuto moji argumentaci přijal i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 31. srpna 2021, č. j. 2 As 381/2019 – 39, když jsem obdobným způsobem argumentoval i v kasační stížnosti v uvedené věci, jejíž jsem byl hlavním autorem; Nejvyšší správní soud tuto část argumentace téměř bezvýhradně přijal a promítl do svého rozsudku. Uvedený rozsudek je konzistentní i s předchozí, byť zatím stále spíše ojedinělou, rozhodovací praxí. Relevantní citaci z uvedeného rozsudku uvádím dále: „[37] *Na rozdíl od městského soudu je Nejvyšší správní soud přesvědčen, že nejednoznačné znění § 1 odst. 1 zákona o prodejní době (zejména tam obsažený výraz „prodej“)* umožňuje vícero konkurenčních právních výkladů, a tedy i uplatnění stěžovatelkou namítané zásady *in dubio mitius*, resp. *in dubio pro libertate* (podrobně viz odst. [50], [52] citovaného rozsudku č. j. 4 As 349/2020 – 63).“

²⁷⁹ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 92.

²⁸⁰ BAUER, J. *Jazykový výklad vs. teleologický výklad*. Brno, 2015. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D., s. 16 [cit. 2021-10-28] Dostupné z: <https://theses.cz/id/myo5na/>.

již samo o sobě výkladová vodítka obsahuje, a to po francouzském legislativním vzoru ve 173 bodech odůvodnění (někdy uváděna též jako recitály). Tyto body měly na celých 31 stranách výkladovým nejasnostem zabránit. O skutečnosti, že ani tohoto cíle GDPR nedosáhlo, svědčí právě potřeba 75 samostatných dokumentů pracovní skupiny k výkladu GDPR.

Vyhodnocení dopadů legislativy ze strany EU bylo tedy nesprávné a nedostatky EU tak netkví pouze v nedostatečných analýzách před přijetím právního předpisu, ale i v jejich absenci po účinnosti takové legislativy, kdy by mělo dojít k jejímu vyhodnocení. Je na místě zvažovat, zda by takové zpětné vyhodnocení dopadů, tedy zhodnocení, zda byl vůbec naplněn cíl příslušné legislativy a jaké byly její další dopady (tedy její externality) nemělo být prováděno s odstupem určitého času (stanoveným již v rámci legislativního procesu při přijímání legislativy, neboť každá legislativa bude vyžadovat odlišný časový odstup), a to povinně a nezávislou osobou či orgánem, který by dopady legislativy hodnotil v kontextu požadavků RIA a na základě skutečných dat a podrobných analýz, což však vyžaduje odborný personál, kterým EU zjevně nedisponuje, nebo jej nevyužívá k těmto účelům. Současný přístup v podobě hodnocení legislativy dle pocitů není v e-commerce udržitelný, neboť regulace prostředí e-commerce je natolik komplexní a složitá, že může být vytvářena pouze při úzké a intenzivní spolupráci odborníků z mnoha různých oblastí, především IT, marketingu a obchodní sféry. Účast soukromé sféry na úrovni možnosti se k přijímané legislativě vyjádřit před jejím přijetím není, jak ukazuje praxe, dostatečným a funkčním řešením.

5.4.4 Spotřebitelské organizace a vzdělání jako nástroj ochrany spotřebitele?

Kritizovaný přístup zákonodárce v podobě řešení všech problémů přijetím nové podrobné právní regulace, případně rozšířením té stávající, není na místě pouze z důvodu vytváření přeregulovaného a světově nekonkurenceschopného evropského prostředí, ale i z důvodů porušení principu minimalizace zásahů státu do soukromé sféry. Lze-li některý problém řešit jiným způsobem, měl být i přednostně řešen takto a regulace by měla být využita až jako ultima ratio.

Prvotním problémem je necílené využití pokut, tedy koncepce, kdy pokuty vybírané státními orgány pro porušení všech zde relevantních právních předpisů (např. zákon o ochraně spotřebitele a GDPR) jsou toliko příjmem státního rozpočtu. O to aktuálnější je tato otázka za současné situace, kdy stále větší počet občanskoprávních povinností na ochranu spotřebitele

podléhá současně i veřejnoprávnímu přezkumu a administrativně koncipované prosazování zájmů spotřebitelem je i dlouhodobou preferencí Komise.²⁸¹

Při cíleném využití pokut by alespoň část mohla směřovat jako investice do vzdělání, např. prováděné spotřebitelskými organizacemi, které jsou v České republice funkční jen omezeně.²⁸² Spotřebitelské organizace jsou důležité nejen proto, že mohou uplatnit negatorní nebo restituční nárok pro porušení pravidel nekalé soutěže dle § 2989 odst. 1 občanského zákoníku (což česká společnost dTest nečiní prakticky vůbec a dodnes podala pouze dvě žaloby na zdržení se jednání), ale i proto, že mohou spotřebitelskou ochranu prosazovat jinými způsoby, jako např. vzděláváním spotřebitelů, poskytováním právního poradenství, vývojem open-source systémů, které by podnikatelům v e-commerce pomohly zákony snadno dodržovat, a dalšími způsoby.

Lepší vzdělání spotřebitelů vede k většímu uvědomění, což dále vede k přirozenému obchodnímu tlaku na podnikatele. V konečném důsledku je to právě zpravidla koncový uživatel, typicky spotřebitel, kdo má, za předpokladu řádně fungujícího tržního a tedy i konkurenčního prostředí primární vliv nejen na rozsah nabízeného zboží a služeb, ale i jejich kvalitu, transparentnost a férovost. E-commerce a moderní technologie umožňují, aby si každý spotřebitel ověřil důvěryhodnost zvažovaného prodejce nebo poskytovatele služeb z uživatelských recenzí ostatních spotřebitelů. Nákup na nedůvěryhodném nebo dokonce i podvodném internetovém obchodě je proto důsledkem primárně nedostatečného vzdělání v této oblasti, resp. vlivem nedostatečné „digitální inteligence“ daného spotřebitele.

²⁸¹ Preferenci Komise lze zjistit i ze Zelených knih z počátku roku 2000 (viz Zelená kniha k ochraně spotřebitele v Evropské unii, Brusel, ze dne 2. 10. 2001, KOM (2001) 531 v konečném znění, 17 a 20). Více viz v kapitole 7.3 věnované modernizační spotřebitelské směrnicí.

²⁸² Byť v České republice existuje dTest, o.p.s., hlavní povaha její činnosti spočívá v publikování recenzí zboží. Pakliže nějaké zboží obdrží kladnou recenzi, získá tzv. Značku kvality dTest (viz Značka kvality dTest. *dTest* [online]. Dostupné z: www.dtest.cz/znacky/1/znacka-kvality-dtest). Motivem soustředění činnosti na tuto oblast může být skutečnost, že za následné využití „Značky kvality dTest“ ze strany výrobců, případně internetových obchodů, kteří by tohoto pozitivního výsledku chtěli marketingově využít pro zvýšení důvěryhodnosti, a tedy i zvýšení prodeje takového zboží, požaduje dTest nemalé finanční částky, tedy vyvíjí činnost spočívající v profesionálním testování s následným prodejem licencí. Tento způsob fungování dle mého názoru подрývá nezávislost daného spolku, který tak nejenže vykonává ziskovou činnost spočívající v placené spolupráci s výrobcí zboží, ale ani není finančně motivován testovat zboží výrobců, kteří následně za licenci z jakýchkoliv důvodů nezaplatí, např. se může jednat o malé výrobce s omezenými náklady na marketing. Společně s testováním zboží a současným prodejem licencí se společnost zabývá publikační činností, kdy svým předplatitelům za úplatu zpřístupňuje nejen články ohledně testování produktů, ale i populárně naučné články mnohdy i s právní relevancí (tyto zpravidla pro svoji stručnost a až bulvární styl nelze nazvat právními články ani právním poradenstvím). Dále se společnost zabývá i poradnou a je tvůrcem kampaní (dle mého názoru agresivních, bulvárních, nevkusných a pro inteligentního jedince již z názvu nutně odrazujících, jako jsou např. „Stop telešmejdům“ a „Stop reklamnímu šmírování“), které fungují na principu petice. Mzdové náklady společnosti za rok 2020 činily přes 20 mil. Kč a při kalkulaci s průměrnou mzdou za rok 2020 ve výši 34 360 Kč (resp. 46 386 Kč po vynásobení koeficientem 1,35 pro dopočtení skutečných mzdových nákladů) by měla mít společnost cca 430 zaměstnanců. Navzdory poměrně vysokým příjmům společnosti (za r. 2020 činily přes 62 mil. Kč) a významné zaměstnanecké základně však zůstává společnost v oblasti vymáhání spotřebitelských práv civilněprávní cestou formou podávání žalob na zdržení zásadně pasivní.

Konkrétně tak může vést ke zvyšování povědomí ohledně vzniku digitální stopy při používání moderních technologií online. Jak jsem již zmínil při poukázání na analýzu společnosti CISCO²⁸³ ve vztahu k ochraně osobních údajů, pro 84 % respondentů je ochrana dat důležitá a chtějí mít větší kontrolu nad svými daty, 80 % respondentů je ochotná si za vyšší ochranu dat připlatit a 49 % respondentů z důvodu vyšší ochrany dat již změnilo výrobce svého zboží nebo poskytovatele svých služeb. Takováto zjištění poté přirozeně vedou k tomu, že se ochrana dat stává obchodním cílem podnikatelů v e-commerce, např. v případě společnosti Apple se nadstandardní ochrana dat stala součástí prodejních argumentů.

Přestože uvedené způsoby samoregulace mohou vést k naplnění některých cílů, o něž usiluje i legislativa, není této oblasti na úrovni státu věnována žádná pozornost. Bylo by proto vhodné samoregulaci navrženým způsobem, tj. financováním z pokut v rámci administrativního prosazování zájmů spotřebitelů, podpořit. Přirozeným nástrojem podpory může být nejen financování neziskových spotřebitelských organizací (to ostatně ani nepovažuji za vhodné řešení, neboť by přineslo řadu komplikací, kdy by vlivem přítoku státních peněz dopadly na takto financované subjekty s tím související povinnosti, mj. by se staly povinnou osobou dle zákona o svobodném přístupu k informacím), ale především státně organizovaná pomoc spotřebitelům.

5.5 Faktické překážky jednotného e-commerce trhu

Vedle zmíněných právních překážek můžeme rozlišovat překážky faktické, za které považuji náklady na rozvoj produktu jako takového (např. skladování, logistika, zákaznická podpora poskytovaná v místním jazyce), jazykové bariéry a náklady na překlad veškerých externích textů do národních jazyků (např. slovenský zákon o štátnom jazyku Slovenskej republiky, č. 270/1995 Z.z. ve svém § 8 odst. 1 stanoví: „*V záujme ochrany spotrebiteľa je používanie štátneho jazyka povinné pri označovaní obsahu domáceho či dovážaného tovaru, v návodoch na používanie výrobkov, najmä potravín, liečiv, spotrebnej elektroniky a drogériového tovaru, v podmienkach záruky a v iných informáciách pre spotrebiteľa v rozsahu a za podmienok určených osobitnými predpismi.*“). Slovenská úprava je v tomto odstrašujícím příkladem nepotřebného nacionalismu schovávajícího se pod rouškou ochrany spotřebitele, neboť v praxi je sankcionováno i užívání cizojazyčných výrazů v reklamě, i když jim cílová skupina reklamy zjevně rozumí²⁸⁴, jež nadto

²⁸³ Viz Consumer Privacy Survey: The growing imperative of getting data privacy right. Cisco [online]. 2019. Dostupné z: https://www.cisco.com/c/dam/global/en_uk/products/collateral/security/cybersecurity-series-2019-cps.pdf.

²⁸⁴ Ostatně kdyby jim cílová skupina nerozuměla, neplnila by reklama svůj účel.

nemají z hlediska copywritingu použitelný slovenský ekvivalent (např. označení Black Friday). Za jazykové komplikace však již nenese, na rozdíl od výše uvedených právních překážek, vinu EU, nýbrž přirozená neexistence jednoho jediného úředního jazyka EU a především jednotné evropské identity. Tento problém lze vyřešit snad jen hlubší evropskou integrací zahrnující prohlášení jediného jazyka za úřední jazyk EU, např. angličtiny, a poté investováním do vzdělávání v každém čl. státu, jehož výsledkem by byla běžná znalost angličtiny coby povinné jazykové výbavy každého občana EU. To samo o sobě není zřejmě ani v současné době z politických důvodů realizovatelné. Navíc by se jednalo o běh na dlouhou trať, přičemž v současné době rychlého vývoje je třeba hledat v první řadě rychlá a efektivní řešení a koncepční až následně.

6. Ochrana spotřebitele a slabší strany v e-commerce obecně

Vyčerpat všechny právní aspekty e-commerce by představovalo úkol mnohanásobně přesahující rozsah této práce a takového úkolu se zatím nechopila ani žádná učebnice či monografie. Z toho důvodu uvedu spíše shrnutí současného stavu právní regulace e-commerce s dopadem na ochranu spotřebitele či slabší strany, kde odkážu na relevantní právní úpravu, přičemž odkazů na literaturu v tomto shrnutí bude, z důvodu malého množství použitelné literatury, méně než v kapitolách předchozích.

Pro účely této kapitoly se omezím na obecný základ, nikoliv vyčerpávající výčet všech zvláštních zákonů regulujících specifické oblasti, jako je např. prodej (a s tím související marketingová komunikace) tabákových výrobků či alkoholu, neboť takové pojednání by již nebralo konce. V další kapitole se budu zabývat již jen několika dílčími aspekty, které jsou pro praxi v e-commerce problematické.

Jak bude patrné z navazujícího textu, pro právní úpravu chránící spotřebitele a slabší stranu v e-commerce je charakteristická její roztržitost a nekoherence, a to nejen v rámci práva soukromého, ale i v rámci práva veřejného, čímž se z této právní oblasti, zvláště pak se specifiky e-commerce, stává vědomostně i intelektuálně značně náročné téma, jemuž propůjčuje ucelenost až doktrína a praktické zkušenosti. Nekoherence se týká již základních pojmů, jak jsem upozornil v kapitolách 3.2.1 (ve vztahu ke spotřebiteli) a 3.1.3 (ve vztahu k podnikateli). Odhalováním této roztržitosti a nekoherence se může zabývat až právní věda a, v omezené míře, se o to dále pokusím.

Pro účely právní vědy je vhodné, s ohledem na zmíněnou roztržitost právní úpravy, která neposkytuje systematicky uspokojivý a přehledný obraz současného stavu ochrany spotřebitele a slabší strany v e-commerce, kombinovat přístup ucelenější analýzy právních předpisů, resp. jejich relevantních částí (což je vhodné pro obecnější regulaci) s přístupem definujícím určitou mimoprávní oblast (vhodné pro úpravu regulující konkrétněji vymezené situace), jako je např. online marketing, a systematicky tento obor rozřídít způsobem užívaným v této mimoprávní oblasti. Současné právní monografie jsou přitom systematicky určeny spíše zákonodárcem a jeho volbami právní regulace, které nejsou vždy vhodné, nikoliv však mimoprávními obory, tedy tím, co je zákonodárcem identifikováno a regulováno.

Věřím, že zmiňovaná komplexita tématu bude patrná již z navazující kapitoly věnované kontraktaci v e-commerce.

6.1 Kontraktace se spotřebitelem a slabší stranou v e-commerce a problematika prosazování smluvních zájmů

Odhlédnuv od obecných ustanovení a zásad, jakož i obecných mantinelů, které jsem již zmiňoval v kapitolách pojednávajících o spotřebiteli a slabší smluvní straně (kapitoly 3.2 a 3.3), jakož i o obecných omezeních podnikatelů (kapitola 3.1.4), zmíním na prvním místě úpravu ustanovení o závazcích ze smluv uzavíraných se spotřebitelem dle § 1810 až 1819 občanského zákoníku, zejména pak úpravu uzavírání smluv distančním způsobem a závazky ze smluv uzavíraných mimo obchodní prostory dle § 1820 až 1840 občanského zákoníku, a to v kontextu obecných ustanovení o kontraktačním procesu dle § 1731 a násl. občanského zákoníku, s přihlédnutím k § 562 odst. 1 občanského zákoníku upravujícímu otázku zachování písemné formy právního jednání při jednání učiněném elektronickými prostředky a v tomto ohledu na dané ustanovení navazující právní úpravou nařízení eIDAS (zejm. čl. 2, 25 a násl.) a adaptačního zákona o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce (zejm. jeho §§ 5 až 7). Ve vztahu k pracovněprávní dokumentaci²⁸⁵ jsou zde relevantní §§ 334 až 335a zákoníku práce, které pro svoji zjevnou neaktuálnost vyžadují akutní revizi ze strany zákonodárce.²⁸⁶

Co do obsahové náležitosti smluv uzavíraných se spotřebitelem a slabší stranou v e-commerce představují nejvýznamnější korektivy následující ustanovení.

Ve vztahu ke spotřebitelům se jedná o modifikaci obecného výkladu smluv (obecně stojí na prvním místě pravidlo o výkladu dle vůle smluvních stran, srov. § 556 občanského zákoníku) pravidlem výkladu ve prospěch spotřebitele dle § 1812 občanského zákoníku, jakož i konstrukce zakázaných ustanovení dle § 1813 až 1815 občanského zákoníku pod sankcí zdánlivosti (srov. § 1815 občanského zákoníku). Působnost se, na rozdíl od ochranných ustanovení uvedených v dalším odstavci s dopadem toliko na smlouvy vedlejší, týká jak smluv hlavních, tak i vedlejších. Jedná se tedy o primární regulaci smluv hlavních, jež obsahují zpravidla specifikaci plnění, cenu

²⁸⁵ Jak již bylo uvedeno v kapitole o slabší straně, zaměstnanec je jedním z typických představitelů slabší strany.

²⁸⁶ Příslušné ustanovení pochází z roku 2006, tedy z doby, kdy ještě ani neexistoval první iPhone, regulující oblast, která je aktuální až v posledních letech. Způsob regulace byl navíc proveden způsobem, který elektronickou kontraktaci pracovněprávní dokumentace *de facto* zakazuje, což praxi paralyzuje (to mj. vede ke vzniku zbytečné ekologické stopy v podobě tištění obsáhlé pracovněprávní dokumentace pro prakticky všechny zaměstnance v ČR). Problematický je konkrétně, mimo jiné, požadavek „doručení do vlastních rukou na pracovišti“ (§ 334 zákoníku práce) a dále požadavek, aby zaměstnanec veškerou takovou e-mailovou korespondenci od zaměstnavatele potvrdil e-mailovou zprávou podepsanou svým uznávaným elektronickým podpisem (§ 335 zákoníku práce), když takovým podpisem disponují v České republice, 18 let po platnosti daného ustanovení, nízké jednotky procent zaměstnanců, tedy takový požadavek je pro zaměstnance zásadně nenaplnitelný, tedy z hlediska zaměstnavatelů je projekt elektronizace pracovněprávní dokumentace již od počátku natolik rizikový, že pracovněprávní dokumentace v listinné podobě se stala v zásadě pravidlem.

a v případě movitých věcí i způsob a cenu dodání, a to společně, avšak s již velice výjimečně aplikovatelnými, ustanoveními o lichvě²⁸⁷ a neúměrném zkrácení²⁸⁸, případně ještě výjimečnějším korektivem dobrých mravů²⁸⁹.

Stěžejní bod pro e-commerce kontraktaci představují obchodní podmínky (přičemž zde je ochrana poskytnutá právem širší než u ochrany spotřebitele), je relevantní nejen právní regulace smluv uzavíraných adhezním způsobem dle § 1798 a násl. občanského zákoníku, konkrétně zejména v podobě zákazu zvláště nevýhodných ustanovení (pod sankcí relativní neplatnosti, srov. § 1800 odst. 2 občanského zákoníku ve spojení s § 586 občanského zákoníku) a povinnosti formulovat ustanovení srozumitelným způsobem pro osobu průměrného rozumu (srov. 1800 odst. 1 občanského zákoníku), ale i právní úprava obchodních podmínek dle § 1751 a násl. občanského zákoníku, *in concreto* zejména úprava tzv. překvapivých ustanovení pod sankcí zdánlivosti (srov. § 1753 občanského zákoníku), jakož i regulace jednostranných změn obchodních podmínek (srov. § 1752 občanského zákoníku).

Mnohdy opomíjeným, avšak z hlediska výkladu všech smluv ve vztazích podnikatel–spotřebitel, resp. podnikatel – slabší strana, významným pravidlem, je výkladové pravidlo *contra proferentem* dle § 557 občanského zákoníku, neboť je to právě prodejce, resp. podnikatel, kdo obchodní podmínky formuluje jednostranně, tedy slovy zákona formuluje předmětná ustanovení jako první. Význam daného ustanovení široce přesahuje všechny dříve uvedené korektivy, zejména pravidlo výkladu smluv ve prospěch spotřebitele (§ 1812 občanského zákoníku), a dopadá na všechny osoby, jež přijímají předpřipravené formulace smluv – jak smluv hlavních, tak i vedlejších.

Všechna výše uvedená ustanovení nutí podnikatele v e-commerce k tomu, aby smlouvy a obchodní podmínky formulovali stručně, jasně a srozumitelně. Ke stejnému cíli vede i právní regulace dle GDPR²⁹⁰. Uvedené snahy lze souhrnně označit jako atributy informačního modelu (ve vztahu ke spotřebitelům a slabší straně), resp. projevy zásady transparentnosti (ve vztahu ke všem fyzickým osobám při zpracování osobních údajů), přičemž, jak jsem již uváděl v dřívějším textu, se jedná o koncept značně přeceňovaný a vycházející z dávno překonaných teorií. Důvodem jeho nefunkčnosti je mj. informační přehlcenost v kombinaci s neochotou poskytované informace

²⁸⁷ Viz § 1796 a 1797 občanského zákoníku a § 218 trestního zákoníku.

²⁸⁸ Viz § 1793 a násl. občanského zákoníku.

²⁸⁹ Viz § 580 občanského zákoníku (příčení dobrým mravům se sankcím relativní neplatnosti), resp. § 588 občanského zákoníku (zjevný rozpor s dobrými mravy se sankcí absolutní neplatnosti).

²⁹⁰ Z preambule GDPR jde o odst. 39, 42, 58 a 60, z normativní části potom o čl. 7 odst. 2 a zejména čl. 12.

vůbec studovat. Uvedená ustanovení dále směřují k větší vyváženosti práv a povinností smluvních stran (je-li jednou z nich spotřebitel nebo slabší strana a druhou podnikatel).

Významným nedostatkem všech výše uvedených ustanovení chránících spotřebitele a slabší stranu v e-commerce je, že v zásadě jediným nástrojem spotřebitelů a slabší strany pro prosazení jejich zájmů je podání civilněprávní žaloby. S podáním žaloby však souvisí nejen povinnost nést náklady soudního sporu²⁹¹, ale i povinnost časové investice do sporu ze strany žalobce, což v případě drobnějších sporů představuje filtr, kterým projdou toliko žalobci soudící se především z principu, pro které není racionální a ekonomický aspekt sporu příliš podstatný. Tento nedostatek, který je doménou soukromého práva, vede k tomu, že spotřebitelé a slabší strany jsou – v případě drobnějších sporů – chráněni více teoreticky než prakticky, protože nejde o ochranu efektivní. Na tento nedostatek upozorňuje²⁹² i Sik-Simon.

Mezi možná řešení takovéto omezené účinnosti soukromoprávní regulace lze zařadit (a) institut hromadné žaloby a (b) administrativní přezkum.

Institut hromadné žaloby považují za více politicky motivovaný než právně ospravedlnitelný nástroj. Proto je daný institut, resp. v současné době návrh zákona o hromadném řízení, značně kritizován a před jeho zavedením se lze poučit z americké praxe, kde se právo mj. v důsledku hromadných žalob stalo nástrojem komerce, nikoliv skutečně podstatných individuálních zájmů, potažmo spravedlnosti, tedy zavedení institutu hromadných žalob lze označit za morální hazard.²⁹³ Problematický byl i původně navržený princip opt-outu, který představoval „pro kontinentální Evropu cizí prvek“ a bylo jej možno považovat za princip

²⁹¹ Povinnost zaplatit soudní poplatek a náklady právního zastoupení. Prvně uvedená povinnost je zmírněna institutem osvobození od soudního poplatku, avšak velice omezeně (srov. § 11 a násl. zákona o soudních poplatcích k osvobození *ex lege* a § 138 občanského soudního řádu k osvobození rozhodnutím soudu), druhá povinnost je zmírněna v případě úspěchu ve věci přiznáním náhrady nákladů právního zastoupení rozhodnutím soudu (smluvní odměna advokáta však zpravidla odměnu dle advokátního tarifu převyšuje a navíc roli zde hraje i rizikovost sporu, resp. šance na úspěch ve věci, jakož i povinnost hradit náklady právního zastoupení v okamžiku, kdy vznikají, případně ještě častěji předem formou záloh, a to v kombinaci s průměrnou délkou soudního řízení, která v České republice činila v r. 2020 pouze u okresních soudů v průměru 281 dní [viz Průměrná délka civilních i trestních řízení u obvodních soudů loni vzrostla. *Týden.cz* [online]. 2021-08-13. Dostupné z: https://www.tyden.cz/rubriky/domaci/prumerna-delka-civilnich-i-trestnich-rizeni-u-obvodnich-soudu-loni-vzrostla_553191.html], přičemž z mé zkušenosti se spory mezi spotřebiteli a podnikateli, případně slabší stranou a podnikateli, jde o dobu v průměru značně delší, v délce trvání sporu pouze před okresním soudem cca 1,5 až 2 let s následnou délkou odvolacího řízení v délce cca 1 až 1,5 roku).

²⁹² SIK-SIMON, R. ed. *Ochrana spotřebitele*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, 2014, ISBN 978-80-87488-13-3, s. 208 a násl.

²⁹³ „Při hromadné žalobě někdo obstarává zájem skupiny lidí za ně samotné, takže umožní rezignaci na starost o svoje záležitosti, což přináší nezodpovědnost a černé pasažéry.“ Viz VÁLOVÁ, I. Hromadná žaloba má ideologický kontext a nese riziko morálního hazardu, zaznělo na sympoziu. *Česká justice* (4. 7. 2017) [cit. 2022-08-08]. Dostupné z: <https://www.ceska-justice.cz/2017/07/hromadna-zaloba-ma-ideologicky-kontext-a-nese-riziko-moralniho-hazardu-zaznelo-na-sympoziu/>.

porušující právo na spravedlivý proces.²⁹⁴ V současné době²⁹⁵ se návrh zákona o hromadném řízení nachází v prvním čtení Poslanecké sněmovny a lze očekávat i řadu pozměňujících návrhů, případně neschválení zákona. Z uvedených důvodů jsem značným odpůrcem přijetí zákona o hromadném řízení a jsem přesvědčen, že podstatně více než k ochraně individuálních zájmů spotřebitelů povede ke komercializaci práva vlivem kverulantství a zneužívání práv pro účely osobní msty či coby nástroj konkurenčních bojů.

Za vhodnější řešení problému omezené efektivity soukromoprávní regulace považuji administrativní přezkum soukromoprávních povinností, jehož zavedení je součástí přijatého zákona, který novelizuje zákon o ochraně spotřebitele a občanský zákoník, a který dále označuji též jako „velkou novelu“²⁹⁶. Velká novela plní mj. transpoziční povinnosti z modernizační „omnibus“ směrnice²⁹⁷. Domnívám se, že po schválení této novely, resp. po pokračující tendenci rozšiřovat dozor nad dodržováním soukromoprávních povinností určených na ochranu spotřebitele a slabší strany, již není důvod o hromadné žalobě, resp. hromadném řízení, vůbec uvažovat, neboť již nebude nabízet řešení existujícího problému. K tomuto srov. podrobněji v kapitole tohoto pojednání věnované modernizační „omnibus“ směrnici. Pomyslný předfiltr zabraňující přetížení správních orgánů zde představuje institut alternativního řešení sporů, které správním orgánům umožňuje postupovat méně formálně a rychleji než v případě běžného správního řízení.

Na tuto obecnou, generální regulaci ochrany spotřebitele a slabší strany, zaměřenou na (i) informační model, resp. zásadu transparentnosti, (ii) kontrakční proces a (iii) obsah právních jednání, zejména smluv, navazuje regulace konkrétněji vymezených praktik podnikatelů vůči spotřebitelům. V dalším pojednání se pokusím postupovat systematicky od obecné regulace po tu konkrétnější.

6.2 Regulace obecnějšího charakteru

Mezi představitele regulace obecnějšího charakteru řadím právní úpravu nekalé soutěže a ochranu spotřebitelů před nekalými obchodními praktikami a jiným protiprávním jednáním dle zákona o

²⁹⁴ Viz LÍBAL, B., ŘITIČKA, O. Americký model opt-out u hromadných žalob zasahuje do práv na spravedlivý proces. *Česká justice* (10. 10. 2019) [online]. [cit. 2022-08-08]. Dostupné z: <https://www.ceska-justice.cz/blog/americky-model-opt-out-u-hromadnych-zalob-zasahuje-do-prav-na-spravedlivy-proces/>.

²⁹⁵ 8. 8. 2022

²⁹⁶ Zákon č. 374/2022 Sb., kterým se mění zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

²⁹⁷ Směrnice EP a Rady (EU) 2019/2161 ze dne 27. listopadu 2019, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, 2005/29/ES a 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů Unie na ochranu spotřebitele.

ochraně spotřebitele. Konkrétnější regulace dopadá na konkrétní oblasti, jako je např. regulace reklamy (zde lze již dále postupovat optikou systematiky online marketingu – od obecné regulace reklamy po regulaci konkrétních marketingových praktik, jako je např. e-mail marketing a telemarketing) a ochrana osobních údajů fyzických osob, resp. v e-commerce přesněji ochrana zejména jejich digitální stopy.

6.2.1 Obecný korektiv soutěže

Soukromoprávní odvětví obecnější regulace představuje právní úprava nekalé soutěže dle § 2976 a násl. občanského zákoníku. Nejproblematictějším pojmovým znakem nekalé soutěže je posuzování rozporu s dobrými mravy soutěže²⁹⁸, ostatní dva znaky problémy zásadně nečiní (jednání v hospodářském styku a způsobilost přivodit újmu jiným soutěžitelům či zákazníkům), když k jejich naplnění dochází prakticky vždy, i např. v případě spotřebitele, který píše recenze ke zboží. Uvedené tři znaky představují generální skutkovou podstatu nekalé soutěže, která musí být naplněna vždy²⁹⁹, a to i v případě naplnění zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže.

Generální klauzuli, opírající se primárně o pojem dobrých mravů soutěže, nazývám pro její nebyvalou šíři, obecným korektivem soutěže. Zvláštní skutkové podstaty, které mohou na první pohled mást tím, že znázorňují taxativní konkretizaci generální klauzule, přitom spočívají pouze v demonstrativním konstatování zákonodárce, jaká konkrétní jednání mohou, mimo mnohá jiná, být nekalosoutěžní.

Z hlediska podnikatelů v e-commerce zaujímají, z praktického důvodu, nejvýznamnější pozici jednání spočívající (a) ve zlehčování (§ 2984 občanského zákoníku), kde je prokázání rozhodných skutečností nejjednodušší, když pro protiprávnost postačí uvést či rozšiřovat o jiném soutěžiteli byť i pravdivé údaje o jeho poměrech, výkonech nebo výrobku (to vede k tomu, že se podnikatelé v marketingové komunikaci vymezují primárně vůči trhu jako takovému spíše než vůči konkrétním soutěžitelům, s výjimkou přípustné srovnávací reklamy, jak uvedu dále; jediným korektivem této zvláštní skutkové podstaty je naplnění generální klauzule, tedy primárně rozporu s dobrými mravy soutěže), (b) v parazitování na pověsti, které lze zjednodušeně shrnout jako přilepšení sobě samému úspěchem jiného soutěžitele (§ 2982 občanského zákoníku) a (c) ve

²⁹⁸ Z tohoto pojmu se doktrinálně dovozují i tzv. soudcovské skutkové podstaty nekalé soutěže. Tím, že jde o pojem značně vágní a odlišný od obecného pojmu dobrých mravů, když soutěži je určitá míra agresivity vlastní, jde ve výsledku o subjektivní posouzení daného soudce, resp. senátu krajského soudu, zda je dané jednání v rámci soutěže ještě přípustné či vybočuje z mantinelů toho, co soudci považují obecně zjednodušeně za „férové“. Více k pojmu dobré mravy soutěže viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 10. 1. 2011, sp. zn. 23 Cdo 5184/2009.

²⁹⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. 3. 2009, sp. zn. 23 Cdo 4941/2008.

vyvolání nebezpečí záměny (§ 2980 občanského zákoníku). Za samostatnou zmínku stojí srovnávací reklama dle § 2980 občanského zákoníku, která, byť v sobě zahrnuje zlehčování a jiné, jinak protiprávní jednání (užití obchodní firmy jiného soutěžitele, jakož i užití jeho ochranné známky v obchodním styku bez souhlasu daného soutěžitele apod.), poskytuje jakýsi bezpečný přístav, kdy právo srovnávací reklamu aprobuje, a to však za velice přísných podmínek. V současné době je srovnávací reklama využívána v marketingové komunikaci e-commerce natolik frekventovaně, že ostatní potenciálně nekalosoutěžní jednání zastiňuje; tomuto využívání významně přispívá zavádění robotů, kteří automaticky naceňují zboží, resp. marketingová komunikace s tím související.

Z hlediska ochrany spotřebitele nejsou jistě výše uvedené skutkové podstaty bez významu, když obecně zmíněné případy nekalosoutěžního jednání jsou zásadně způsobilé přivodit újmu nejen soutěžitelům, ale i spotřebitelům, nicméně působí újmu primárně jiným soutěžitelům a spíše až sekundárně, jako jakýsi vedlejší efekt dané praktiky, jsou způsobilé ji přivodit spotřebitelům. To se projevuje i v tom, že žalobce žalující pro porušení daných ustanovení tvoří zásadně jiní soutěžitelé (typicky podnikatel v konkurenčním vztahu) a spotřebitelé pouze výjimečně. Z pohledu spotřebitelů lze potom mezi hlavní závadné nekalosoutěžní praktiky užívané v e-commerce zařadit (a) klamavou reklamu (§ 2977 občanského zákoníku), (b) klamavé označení zboží nebo služby (§ 2978 občanského zákoníku), dále (c) klamavou srovnávací reklamu (§ 2980 odst. 2 písm. a) občanského zákoníku), kterážto skutková podstata v sobě klamavou reklamu dle § 2977 občanského zákoníku konzumuje, a (d) dotěrné obtěžování dle § 2986 občanského zákoníku, jehož úprava v rámci nekalé soutěže však poskytuje ochranu v zásadě pouze teoreticky, nikoliv prakticky, neboť jejím úskalím je značná neefektivita při vymáhání zdržení se takového jednání formou podání civilní žaloby, a to v kontextu jiných a efektivnějších právních prostředků ochrany³⁰⁰. Pro řešení neefektivity písm. (d) dle předchozí věty se lze inspirovat v Německém

³⁰⁰ Pro e-commerce je relevantní zejména veřejnoprávní zákon o některých službách informační společnosti regulující zasilání nevyžádaných obchodních sdělení (zejm. e-mail marketing a SMS marketing), který podléhá doзору ze strany ÚOOÚ, a dále novelizovaný zákon o elektronických komunikacích, který reguluje telemarketing, zejména tzv. cold calling (volání na *potenciální* zákazníky bez souhlasu), a to jak lidský, tak navolávání robotem (tzv. robo calling, jehož praktikování je *pro marketingové účely* bez souhlasu uživatele zakázáno a jeho využití tak zbývá pro nemarketingové účely, zejména tzv. pečovatelské hovory), s dozorem ze strany ČTÚ. Spotřebitel má tedy na výběr, zda bude investovat mnoho času a peněz při podání civilní žaloby na zdržení se závadného jednání, nebo zda podá stížnost úřadu, který se bude věcí zabývat *ex officio* a řízení povede na náklady státu, zásadně bez potřeby další součinnosti ze strany stěžovatele, a povede porušitele k dodržování zákona pod hrozbou vysokých pokut. O takřka nulovém praktickém významu § 2986 pro spotřebitele svědčí i skutečnost, že k tomuto ustanovení ani neexistuje žádná dostupná literatura (stav ke dni 9. 8. 2022, kontrolováno v právních systémech Beck a ASPI).

zákoně o nekalé soutěži (UWG), který dané jednání postihuje v témž zákoně i jako přestupek s individualizovanou horní hranicí pokuty dle konkrétního jednání.³⁰¹

Domáhání se ochrany před nekalosoutěžním jednáním je v případě žalobců-spotřebitelů jednodušší než v případě jiných subjektů. Uplatní-li spotřebitel zdržovací či restituční nárok a jde-li o některý případ stanovený v § 2976 až 2981 nebo v § 2987, musí rušitel prokázat, že se nekalé soutěže nedopustil. Navíc platí, že uplatní-li spotřebitel právo na náhradu škody, musí rušitel prokázat, že škoda nebyla způsobena nekalou soutěží.³⁰² Dochází tak k obrácení důkazního břemene, které se v souvislosti s nárokováním škody neaplikuje toliko na prokázání výše způsobené škody – důkazní břemeno v tomto ohledu ponese stále žalobce. Obrácené důkazní břemeno se však netýká nároků na přiměřené zadostiučinění a vydání bezdůvodného obohacení.

Další odchylkou je aktivní legitimace právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo zákazníků, uplatní-li tato zdržovací či restituční nárok (mimo případy uvedené v § 2982 až 2985 občanského zákoníku).³⁰³ Nedostatkem české praxe je neexistence právnických osob, které by takové žaloby skutečně podávaly³⁰⁴. Společnost dTest, v české praxi jediná významnější právnická osoba, jež byla založena primárně za účelem ochrany spotřebitelů, za celou svou existenci podala pouze dvě takové žaloby; roční průměr co do počtu podaných žalob tak v případě tohoto subjektu činí 0,067, tedy téměř čistou nulu.³⁰⁵ Pro porovnání, v Maďarsku podávají větší subjekty založené na ochranu spotřebitelů 1 až 2 žaloby na zdržení se nekalosoutěžního jednání ročně.³⁰⁶ Ochranu proti nekalosoutěžnímu jednání tedy subjekty založené za účelem ochrany spotřebitele nezajišťují. V tomto ohledu se *de lege ferenda* nabízí jednak otázka cíleného využití pokut, kterou jsem se zabýval již v kapitole 5.4.4 této práce, jednak ale i administrativní přezkum korektivu soutěže v rámci dozorové činnosti, což rozvedu v dalším textu.

³⁰¹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung ze 3. března 2010 (BGBl. I S. 254), konkrétně ustanovení § 7 a 7a vymezující skutkovou podstatu „dotěrného obtěžování“ a § 20 zavádějící administrativní přezkum daných protiprávních jednání.

³⁰² Srov. § 2989 odst. 2 občanského zákoníku: „(2) Uplatní-li spotřebitel právo, aby se rušitel zdržel nekalé soutěže nebo aby odstranil závadný stav a jde-li o některý případ stanovený v § 2976 až 2981 nebo v § 2987, musí rušitel prokázat, že se nekalé soutěže nedopustil. Uplatní-li spotřebitel právo na náhradu škody, musí rušitel prokázat, že škoda nebyla způsobena nekalou soutěží.“

³⁰³ § 2989 odst. 1 občanského zákoníku: „(1) Právo, aby se rušitel nekalé soutěže zdržel nebo aby odstranil závadný stav, může mimo případy uvedené v § 2982 až 2985 uplatnit též právnická osoba oprávněná hájit zájmy soutěžitelů nebo zákazníků.“

³⁰⁴ SIK-SIMON, R., Kolektivní vymáhání spotřebitelských práv v Maďarsku a České republice, pracovní sešity Donau Institutu, 8 an. Dostupné z: <https://www.andrassyuni.eu/donauinstitut/publikationen/donauinstitut-working-papers/donauinstitut-working-papers-serie>.

³⁰⁵ V r. 1992 byl založen právní předchůdce společnosti dTest, o.p.s., jehož název byl Občanské sdružení spotřebitelů TEST.

³⁰⁶ SIK-SIMON, R. ed. *Ochrana spotřebitele*, s. 210.

Navzdory právní úpravě favorizující žalobce-spotřebitele, v podobě obráceného důkazního břemene, však nedochází ze strany spotřebitelů k podávání žalob uplatňujících nárok negatorní či restituční, vyplývající z porušení pravidel nekalé soutěže. Důvodem je racionální apatie takové spory ze strany spotřebitelů iniciovat (viz výše v této kapitole), jež pramení v neekonomičnosti řízení, jakož i v potřebě značné časové investice do sporu; i v kontextu možného výsledku při úspěchu ve sporu (primárně domožení se zdržení se v petitu žaloby vymezeného jednání) postrádá iniciování sporu spotřebitelem obvykle *ratio*. Dalším důvodem může být i složitost nekalosoutěžních sporů projevující se přirozeně i ve vyšší nákladnosti právních služeb ze strany advokátů při zastupování ve sporech z nekalé soutěže. Za zvláštní zmínku zde stojí složitosti spojené s formulací petitu při uplatnění negatorního nároku, který nesmí být ani příliš široký (vedlo by k nevykonatelnosti takového výroku v rámci výkonu rozhodnutí, tedy k neúčinné ochraně), ale ani příliš úzký (snadno obejitelný, tedy opět neposkytující účinnou ochranu).

Vhodným řešením by dle mého názoru bylo rozšířit působnost dozorové činnosti ČOI, svěřené tomuto správnímu orgánu zákonem o ochraně spotřebitele, i na relevantní nekalosoutěžní jednání (generální klauzule nekalé soutěže by zjevně nevyhověla požadavku *nullum crimen sine lege certa*), podobně jako činí novela zákona o ochraně spotřebitele transponující povinnosti modernizační „omnibus“ směrnice. Argumenty pro zavedení tohoto řešení uvedu dále.

Pro porovnání se zahraniční právní úpravou lze uvést, že v Německu nekalá soutěž státnímu dozoru podléhá. Již jsem poukázal na případ dotěrného obtěžování, které spadá pod administrativní dozor, nicméně v ostatních případech dochází při naplnění příslušné skutkové podstaty nekalosoutěžního jednání ke vzniku trestní odpovědnosti. Rozdíl oproti české úpravě § 248 trestního zákoníku zde spočívá v tom, že české ustanovení dovozuje vznik trestní odpovědnosti až v případě, že daným jednáním pachatel způsobí ve větším rozsahu újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům nebo opatří tím sobě nebo jinému ve větším rozsahu neoprávněné výhody, zatímco německá obdoba vznik újmy ani opatření výhody nevyžaduje, natož ve větším rozsahu. Ostatně nekalá soutěž je zásadně ohrožovací delikt, proto taková koncepce ani příliš nedává smysl. Vzhledem k tomu, že zejména u klamavé, zavádějící a srovnávací reklamy je téměř nemožné prokázat výši vzniklé škody a velice složité prokázat rozsah vzniklé nemajetkové újmy, nejeví se taková koncepce jako vhodná. V případě újmy materiální by se dle pravidla v § 138 odst. 1 písm. d) jednalo o škodu přesahující 100 000,- Kč, a v případě nemajetkové újmy by dle Šámala³⁰⁷ měl být její význam „srovnatelný s větším rozsahem materiální újmy“. Uvedená

³⁰⁷ ŠÁMAL, P. § 248 [Porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže]. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník*, s. 2513, marg. č. 14.

koncepce by měla své opodstatnění v případě zvláštních skutkových podstat nekalosoutěžního jednání, jako je porušování obchodního tajemství, podplácení, či jiná jednání, která přímo poškozují konkurenční soutěžitele. Jde-li však o ustanovení s významem pro ochranu spotřebitelů nebo slabší strany, potom tato koncepce zajištění ochrany formou trestního práva nutně selhává. Vzhledem k povaze trestního řízení a trestního práva založeného na subjektivním odpovědnostním principu, a okrajově i vzhledem k praxi, kdy příslušné OČTŘ nemají s ohledem na zásadu subsidiarity trestní represe, resp. princip *ultima ratio*³⁰⁸, kdy trestní právo je až tou poslední cestou, zájem řešit situace občanskoprávní povahy, se z hlediska zajištění dodržování zmíněných pravidel soutěže stále jeví jako nejvhodnější administrativní přezkum.

Jednak se domnívám, že z hlediska společenské závažnosti se jedná zásadně o přestupky, nikoliv trestné činy, jednak ale taková ochrana dává smysl i z hlediska efektivity: za prvé, přestupky právnických osob jsou založeny na objektivním odpovědnostním principu, čímž odpadá složitá otázka prokazování úmyslu³⁰⁹, a za druhé, správní dozor, byl-li by svěřen ČOI, případně ÚOHS, by byl smysluplnější i z hlediska bližší specializace těchto úřadů na danou agendu (ochrana spotřebitele, případně ochrana hospodářské soutěže). Z uvedených dvou úřadů považuji za vhodnější dozor ze strany ČOI, neboť nekalosoutěžní jednání je poměřováno hlediskem průměrného spotřebitele, jak jsem podrobněji rozebral v kapitole o spotřebiteli, přičemž aplikace tohoto hlediska ze strany ČOI se jeví jako úkol snáze zvládnutelný.

Za doprovodný argument pro administrativní přezkum slouží i větší koherence v rámci právního řádu, kdy např. klamavou reklamu reguluje jak občanský zákoník formou nekalé soutěže (občanskoprávní odpovědnost), tak trestní zákoník (trestní odpovědnost) a dále i zákon o regulaci reklamy (administrativní odpovědnost). Občanský zákoník přitom definuje jednotlivé skutkové podstaty a trestní zákoník na tyto navazuje. Zákon o regulaci reklamy však klamavou reklamu upravuje odlišně, a to odkazem na zákon o ochraně spotřebitele, důsledkem čehož se klamavá reklama dovozuje z nekalých obchodních praktik vymezených zákonem o ochraně spotřebitele. Z hlediska koherence by bylo vhodnější ponechat vymezení nekalosoutěžního jednání v občanském zákoníku, následně svěřit některému ze jmenovaných správních orgánů dozor nad dodržováním daných ustanovení (podobně jako činí novela zákona o ochraně spotřebitele), a to však při zohlednění nezávislého uplatňování práva soukromého a práva veřejného, což by měla zohledňovat výše možných pokut, resp. jejich koncepce, pro zmírnění potenciální apriorní přílišné

³⁰⁸ § 12 odst. 2 trestního zákoníku.

³⁰⁹ To zjednodušeně řečeno omezuje odpovědnost až na případy *přímého* poškozování konkurence, nikoliv na případy významné pro spotřebitele, jako je např. klamavá reklama.

tvrdosti. Trestní odpovědnost by bylo vhodné formulovat odlišně od té současné, tedy jasně a smysluplně tak, aby již od počátku postihovala ty nejzávažnější případy nekalé soutěže, které nebudou (na rozdíl od současné úpravy) odporovat zásadě subsidiarity trestní represe. Současná úprava v trestním zákoníku toliko okopírovala názvy zvláštních, příkladmo uvedených, skutkových podstat nekalosoutěžního jednání v občanském zákoníku³¹⁰.

6.2.2 Obecná ochrana spotřebitelů před nekalými praktikami podnikatelů

Obecnou ochranu v tomto ohledu zajišťuje veřejnoprávní zákon o ochraně spotřebitele, nad jehož dodržováním vykonává dozor v obecné rovině primárně ČOI.³¹¹ Středobodem zájmu jsou v tomto ohledu nekalé obchodní praktiky dle 4 § zákona o ochraně spotřebitele. Definici nekalé obchodní praktiky nalezneme v § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele.

Pojmovými znaky nekalé obchodní praktiky jsou (i) rozpor s požadavkem odborné péče a (ii) způsobilost podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele z relevantní cílové skupiny.

Stejně jako v případě nekalé soutěže se nekalé praktiky dle zákona o ochraně spotřebitele, především způsobilost praktiky podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele, posuzují hlediskem průměrného spotřebitele³¹², což *explicite* vyplývá z § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele³¹³, jakož i z čl. 5 odst. 2 písm. b) směrnice o nekalých obchodních praktikách³¹⁴. Slovy marketingové praxe půjde o relevantní cílovou skupinu marketingové komunikace (v případě online marketingu půjde při jistém zjednodušení např. o muže ve věku 21–30 let, nacházející se v Praze, s příjmem nad 50 000 Kč měsíčně, mezi jejichž zájmy patří focení profesionální technikou), dále očištěné o podnikatele, je-li to možné, přičemž následně je třeba zohlednit vliv praktiky na způsobilost podstatného narušení ekonomického chování průměrného člena této relevantní cílové skupiny, na kteroužto otázku bude třeba aplikovat hledisko průměrného

³¹⁰ Jedinou výjimkou je tzv. dotěrné obtěžování, jehož regulace je, jak jsem již zmínil, kompletně upravena zvláštními veřejnoprávními zákony, zejm. zákonem o elektronických komunikacích (telemarketing a robocally) a zákonem o některých službách informační společnosti (e-mail marketing). Odhlédneme-li na okamžik od specifik e-commerce, bylo by třeba pro úplnost doplnit i zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů (marketingová komunikace přes datové schránky) a zákon o regulaci reklamy (marketingová komunikace šířená v listinné podobě, resp. doručení do poštovní schránky).

³¹¹ Podle konkrétního úseku potom vykonává dozor nad dodržováním zákona i řada jiných úřadů, např. na úseku zemědělských, potravinářských a tabákových výrobků provádí Státní zemědělská a potravinářská inspekce (viz § 23 zákona o ochraně spotřebitele). K působnosti ČOI dále viz § 2 zákona o české obchodní inspekci.

³¹² Podrobněji viz v kapitole 3.2.4.

³¹³ „Obchodní praktika je nekalá, je-li v rozporu s požadavky odborné péče a podstatně narušuje nebo je způsobilá podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele, kterému je určena, nebo který je jejím působení vystaven, ve vztahu k výrobku nebo službě. Je-li obchodní praktika zaměřena na určitou skupinu spotřebitelů, posuzuje se podle průměrného člena této skupiny.“

³¹⁴ „Obchodní praktika je nekalá, pokud b) podstatně narušuje nebo je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele, který je jejím působení vystaven nebo kterému je určena, nebo průměrného člena skupiny, pokud se obchodní praktika zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů, ve vztahu k danému produktu.“

spotřebitele. Patří-li mezi tuto cílovou skupinu i podskupina zvláště zranitelných spotřebitelů, je třeba tuto podskupinu vyčlenit a posuzovat praktiku podle průměrného člena této skupiny.³¹⁵

Zákon o ochraně spotřebitele zde, na rozdíl od koncepce nekalé soutěže, jejíž generální klauzuli zvláštní skutkové podstaty pouze demonstrativně doplňují, postupuje odlišně a při specifikaci nekalých obchodních praktik v podobě klamavého konání, klamavého opomenutí, agresivní obchodní praktiky, jakož i praktik zařazených na tzv. černou listinu v přílohách č. 1 a 2 zákona o ochraně spotřebitele, vychází z nevyvratitelné právní domněnky³¹⁶.

Přestože jazykově § 4 odst. 3 zákona o ochraně spotřebitele zavádí demonstrativní výčet nekalých obchodních praktik (srov. výraz zejména), systematicky provázanost tam všech zmíněných praktik na nekalé obchodní praktiky chybí a jde tedy o samostatné skutkové podstaty, které jsou na definici nekalých obchodních praktik, resp. na naplnění jejích znaků, nezávislé. Přes toto dle mého názoru matoucí jazykové vyjádření, které český zákonodárce opsal z podkladové směrnice o nekalých obchodních praktikách, lze dovodit požadavek posuzování té dané praktiky hlediskem průměrného spotřebitele popsáním výše, ostatně vzhledem k normativnímu pojetí hlediska průměrného spotřebitele ani nelze postupovat jinak.

Za zmínku stojí, že skutkové podstaty klamavých obchodních praktik (klamavého konání a klamavého opomenutí) a agresivních obchodních praktik v sobě zahrnují znak v podobě vlivu praktiky na rozhodnutí spotřebitele ohledně koupě, tedy znak rozdílný oproti druhému pojmovému znaku nekalé obchodní praktiky³¹⁷. Ve vztahu k obchodní praktice způsobitelné podstatně narušit ekonomické chování a způsobitelné ovlivnit rozhodnutí ohledně koupě, je třeba s ohledem na zásadu terminologické jednoty³¹⁸, resp. z toho vyplývajícího zákazu synonymního výkladu, dojít k závěru, že se jedná o dvě odlišné skutečnosti, nikoliv synonyma. Tomu odpovídají i legální definice § 2 odst. 1 písm. r) a s) zákona o ochraně spotřebitele.³¹⁹

³¹⁵ Viz § 4 odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele: „*Obchodní praktika, která může podstatně narušit ekonomické chování určité jednoznačně vymezené skupiny spotřebitelů, kteří jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvláště zranitelní takovou praktikou nebo výrobkem nebo službou, a to způsobem, který prodávající může rozumně očekávat, se hodnotí z hlediska průměrného člena této skupiny; tím nejsou dotčeny běžné a oprávněné reklamní praktiky zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně.*“

³¹⁶ Srov. § 5, § 5a a § 5b, ve spojení s § 4 odst. 3 zákona o ochraně spotřebitele.

³¹⁷ Alespoň způsobitelnost podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele.

³¹⁸ Viz čl. 40 odst. 1 Legislativních pravidel vlády: „*Právní předpis musí být terminologicky jednotný. Zároveň je třeba dbát souladu s terminologií použitou v navazujících a souvisejících právních předpisech různé právní síly.*“

³¹⁹ Dle písm. r) se rozhodnutím ohledně koupě rozumí „*rozhodnutí spotřebitele o tom, zda, jak a za jakých podmínek výrobek nebo službu koupí, zda za ně zaplatí najednou nebo částečně, zda si je ponechá nebo neponechá nebo zda ve vztahu k nim uplatní právo vyplývající ze smlouvy, ať již se spotřebitel rozhodne jednat nebo zdržet se jednání*“ a dle písm. s) se podstatným narušením ekonomického chování spotřebitele rozumí „*použití obchodní praktiky, která významně zhoršuje schopnost spotřebitele učinit informované rozhodnutí, což vede k tomu, že učiní rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil*“.

Lze tedy shrnout, že v souladu s výše uvedeným vychází skutková podstata nekalé obchodní praktiky dle § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele jednoznačně z informačního modelu (který jsem v dřívějším pojednání kritizoval), když její podstatou je významný vliv na informované rozhodnutí o koupi, konkrétně použití obchodní praktiky, která významně zhoršuje schopnost spotřebitele učinit informované rozhodnutí, což vede k tomu, že učiní rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil. Dozorový orgán tedy bude muset prokázat, že (i) podnikatel použil vůči spotřebiteli obchodní praktiku, která (ii) významně deformovala schopnost (subjektivní prvek) učinit informované rozhodnutí a (iii) dále příčinnou souvislost s rozhodnutím, že spotřebitel učinil rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil.

Legislativně lze formulaci v § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele vytknout nepřehlednost způsobenou tím, že zákonodárce užívá ve skutkové podstatě spojení „podstatné narušení ekonomického chování spotřebitele“, přičemž toto pětislovné spojení je ve skutečnosti pokusem o definici (které jsou typicky jednoslovné či dvouslovné), jejímž obsahem je „významné zhoršení schopnosti spotřebitele učinit informované rozhodnutí, což vede k tomu, že učiní rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil“, ve které skrývá podmínku negativního vlivu na informované rozhodnutí. Typickým příkladem takové praktiky v e-commerce bude klamavá reklama, kterou však nelze sankcionovat podle § 4 odst. 1 zákona o regulaci reklamy, nýbrž podle *lex specialis* v podobě § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy, ve spojení s příslušným odst. § 5 zákona o ochraně spotřebitele. Nekalé obchodní praktiky dle § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele jsou tak zbytkovou skutkovou podstatou, jejíž aplikovatelnost je, s ohledem na související zakázané praktiky, extrémně omezená.

Další kategorii nekalých obchodních praktik uvádí příloha č. 1 a 2 zákona o ochraně spotřebitele. Ty jsou nekalé za všech okolností, tedy bez ohledu na vliv na průměrného spotřebitele, a jejich charakteristickým znakem je vysoká míra kazuističnosti. Doktrína tyto praktiky proto označuje jako tzv. černou listinu nekalých obchodních praktik³²⁰.

Postup při subsumpci určité nekalé praktiky pod příslušnou skutkovou podstatu shrnuje Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 23. 10. 2014, č. j. 7 As 110/2014-52 následovně:

„Správní orgán při určení, zda obchodní praktika představuje nekalou obchodní praktiku, nejprve zjišťuje, zda dotčená obchodní praktika naplňuje znaky některé z nekalých obchodních praktik uvedených v příloze č. 1 a 2, resp. v příloze I směrnice 2005/29. Pokud obchodní praktika nespadá do výčtu nekalých obchodních praktik uvedených v příloze č. 1

³²⁰ Levická, T. In: POKORNÁ, J., VEČERKOVÁ, E., LEVICKÁ, T. a DUDOVÁ, J. *Ochrana spotřebitele*, s. 158.

a 2, posuzuje správní orgán, zda obchodní praktika představuje klamavou či agresivní obchodní praktiku dle § 5 a 5a³²¹ (čl. 6 až 9 směrnice 2005/29). Konečně až poté, co správní orgán dospěje k závěru, že se nejedná o klamavou či agresivní obchodní praktiku, přistoupí k vyhodnocení otázky, zda dotčená obchodní praktika naplňuje znaky nekalé obchodní praktiky dle § 4 odst. 1 (čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29).“

Významný nedostatek zákona o ochraně spotřebitele spatřuji ve složitém a matoucím rozdělení kompetencí dozorových orgánů, na což upozorňovala Sik-Simon³²² již v r. 2014. Přímá dozorová činnost nad jedním zákonem je svěřena 10 správním orgánům³²³, přičemž mezi těchto 10 úřadů nepočítám „nepřímo“ dozorující správní orgány, např. jde o další 4 úřady (z celkového počtu 9!), které vykonávají dozor nad dodržováním zákona o regulaci reklamy, resp. nad dodržováním zákazu nekalých obchodních praktik v reklamě.³²⁴ Podobných případů jako v případě zákona o regulaci reklamy je však více a tzv. jiných úřadů, které fungují jako koordinační body, se v České republice nachází přes 200.³²⁵

Dokonce dochází k natolik absurdním situacím, že byť v obecné rovině vykonává dozor nad dodržováním zákazu nekalých obchodních praktik ČOI, tak nad dodržováním stejného zákazu v reklamě již ČOI dozor vůbec nevykonává a obecným orgánem dozoru jsou zde krajské živnostenské úřady.³²⁶ Dalším příkladem je dozor ohledně nekalých obchodních praktik v oblasti spotřebitelských úvěrů – u bankovních úvěrů vykonává dozor ČNB, nicméně v případě nebankovních poskytovatelů spotřebitelských úvěrů³²⁷ vykonává dozor ČOI. Podobných případů je celá řada.

³²¹ Poznámka autora: v nyní platném znění zákona se jedná o § 5, 5a a 5b.

³²² SIK-SIMON, R. ed. *Ochrana spotřebitele*, s. 214.

³²³ Česká obchodní inspekce, Česká národní banka, Český úřad pro střelné zbraně a munici, Rada pro rozhlasové a televizní vysílání, Státní úřad pro kontrolu léčiv, Státní veterinární správa, Česká zemědělská a potravinářská inspekce, Civilní úřad pro civilní letectví a Úřad pro ochranu osobních údajů.

³²⁴ Podle § 2 odst. 1 písm. b) se zakazuje reklama, která je nekalou obchodní praktikou dle zákona o ochraně spotřebitele. Dozorčí orgány určuje § 7 zákona o regulaci reklamy. Zákon o regulaci reklamy je v tomto ohledu se zákonem o ochraně spotřebitele nedílně spjat a reguluje významnou oblast nekalých obchodních praktik, neboť reklamou se dle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy rozumí „oznámení, předvedení či jiná prezentace šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, la) pokud není dále stanoveno jinak“, tedy jde o značně širokou definici zahrnující v zásadě jakoukoliv marketingovou komunikaci, vč. např. obsahu webové stránky internetového obchodu zobrazující určité produkty či služby.

³²⁵ Jde o úřady ve smyslu čl. 4 odst. 2 nařízení EP a Rady (ES) č. 2006/2004, o spolupráci v oblasti ochrany spotřebitele.

³²⁶ Viz § 7 písm. i) zákona o regulaci reklamy.

³²⁷ Jejímž poskytovateli jsou např. Home Credit, a.s., ale i řada leasingových společností jako jsou J&T Leasingová společnost, a.s., Mercedes-Benz Financial Services Česká republika, s.r.o., a desítky dalších subjektů).

To přirozeně vede k podávání stížností ze strany spotřebitelů nepřislušným správním orgánům. V případě podání stížnosti nepřislušnému správnímu orgánu sice tento dle § 12 správního řádu věc usnesením bezodkladně (z mých zkušeností během cca 1 až 2 týdnů) postoupí příslušnému správnímu orgánu a současně o tom uvědomí stěžovatele, nicméně výše nastíněná situace není ani díky tomuto institutu nijak uspokojivá. Ve věcech online reklamy jsem se již opakovaně setkal se situací, kdy ČOI, které byla stížnost zaslána, sama nevěděla, jaký orgán je v dané věci příslušný rozhodnout, a nesprávně věc postoupila ÚOHS. Ten nakonec věc postoupil příslušnému krajskému živnostenskému úřadu. Takový legislativní stav vede k zahlcování správních orgánů, které samy příslušný orgán neznají a stížnost si přehazují jako pomyslný horký brambor. Zároveň se tím zvyšuje riziko vzniku kompetenčního sporu, ať už negativního či pozitivního. Právní úpravě kompetenčních sporů dle zákona o rozhodování některých kompetenčních sporů navzdory není současná situace uspokojivá. Nepřehledná a komplikovaná otázka příslušnosti správních orgánů nutně vede ke zvýšení četnosti sporů o příslušnost, tedy i ke vzniku zbytečné agendy, která snižuje personální kapacity daných orgánů, které by se spíše než řešením příslušnosti měly zabývat dozorem nad dodržováním zákonných povinností.

7. Aktuální problematické otázky

V navazujících kapitolách pojednávám o aktuálních a problematických otázkách ve vztahu ke spotřebiteli a slabší straně v e-commerce, neboť není v možnostech této práce věnovat se všem aspektům komplexně.³²⁸

7.1 Online marketing a iracionální faktory³²⁹

7.1.1 Úvod

S reklamou se každý z nás setkává na denním pořádku. Stala se již běžnou součástí našich životů. V tomto příspěvku se budu zabývat právní regulací online reklamy v České republice a vybranými praktikami online marketingu, a to v kontextu využívání poznatků psychologie a behaviorální ekonomiky o iracionálních faktorech při rozhodování lidí (dále též jako iracionální faktory). Omezím se pouze na tu část právní regulace, která online reklamu a marketing při užití iracionálních faktorů upravuje. Zbylou regulaci online reklamy uvedu pouze příkladným výčtem.

Regulaci online reklamy a jejím nedostatkům není v právní vědě věnována téměř žádná hlubší pozornost. Zejména v případě, kdy pojednáváme o online reklamě v kontextu užití iracionálních faktorů. Častým problémem je i chybějící rozhodovací praxe soudů.

Co se dále užívaného pojmosloví týče, namísto v obchodě vžitého pojmu koncový zákazník (end user) budu s ohledem na právní terminologii užívat pojmu spotřebitel. Zákonná regulace sice nemíří pouze na spotřebitele, nicméně adresátem protiprávní reklamy jsou zpravidla spotřebitelé, resp. lidé nacházející se v sociální roli spotřebitele³³⁰. Považuji tedy za vhodné v následujících odstavcích přiblížit pojem spotřebitele, a to nejprve ve stručnosti v obecném slova smyslu a poté v kontextu aktuálních otázek, které jsou relevantní zejména pro e-commerce.

Unijní spotřebitelské právo, tvořené především směrnici, nedefinuje spotřebitele jednotně. S ohledem na transpoziční povinnost směrnic nacházíme proto různé národní definice.³³¹

³²⁸ Např. ve své diplomové práci s tématem Právní aspekty online marketingu jsem pojednával toliko o právních aspektech online marketingu, přičemž se jednalo toliko o aspekty dílčí, vybrané, a takové pojednání dosáhlo necelých 139 normostran. Práce je dostupná online na: <https://dspace.cuni.cz/handle/20.500.11956/6854>.

³²⁹ Tato kapitola byla publikována jako článek viz KMOCH, Š. Právo, online marketing a iracionální faktory. *Jurisprudence* 2 (2021), s. 1–13, dostupné z: <https://www.jurisprudence.cz/cz/casopis/pravo-online-marketing-a-iracionalni-faktory.m-476.html>.

³³⁰ Spotřebitel není společenská skupina osob v pravém slova smyslu, ale označení osoby, která se v daný moment nachází v sociální roli spotřebitele tím, že mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná (§ 419 občanského zákoníku). Spotřebitelem je proto např. i miliardář, který si pro vlastní spotřebu kupuje potraviny nebo jiné věci sloužící osobní nebo rodinné potřebě. K sociální roli spotřebitele též viz TICHÝ, L. a KOCÍ, M. *Spotřebitelská kupní smlouva*, s. 121, a ještě podrobněji viz v kapitole 3.2 této práce.

³³¹ ELISCHER, D. § 4 Spotřebitel. In: DVORÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*, s. 292 a násl.

Český zákonodárce ještě relativně donedávna definoval spotřebitele nekonzistentně, a to nejen při porovnání tzv. generální soukromoprávní definice v § 419 občanského zákoníku s definicemi poskytnutými veřejnoprávními předpisy, ale i v rámci těchto veřejnoprávních předpisů navzájem – mimo jiné v zákoně o ochraně spotřebitele, v energetickém zákoně (druhý jmenovaný pracoval do novelizace účinné od 1. 1. 2016 s pojmem konečný spotřebitel, který za spotřebitele považoval i právnickou osobu). Relativita pojmu spotřebitel (co do obsahu a významu) byla částečně zhojena tím, že v současné době dominují dvě definice spotřebitele: (a) soukromoprávní definice v § 419 občanského zákoníku („Spotřebitelem je každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná.“) a (b) veřejnoprávní definice dle § 2 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele („Pro účely tohoto zákona se rozumí: a) spotřebitelem fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání“).

Definice dle zákona o ochraně spotřebitele je na první pohled širší a považuje za spotřebitele i fyzické osoby, které právně jednají s jinými spotřebiteli (např. se může jednat o jednorázový prodej ojetého motorového vozidla, kde prodávajícím i kupujícím bude fyzická osoba jednající v soukromých záležitostech). Tato definice tedy teoreticky poskytuje spotřebitelům ochranu vůči jiným spotřebitelům, což je v rozporu s jednou ze základních premis odůvodňujících existenci spotřebitelského práva jako takového, kterou je faktická ekonomická převaha profesionála (podnikatele) nad spotřebitelem.³³² Šíře definice dle zákona o ochraně spotřebitele je však omezena osobní a věcnou působností zákona o ochraně spotřebitele, kterou je regulace vymezeného jednání prodávajících, výrobců, dovozců a dodavatelů, přičemž při definici těchto osob již zákon, dle mého názoru správně a v souladu se zásadou bezrozpornosti právního řádu, operuje s pojmem podnikatel dle občanského zákoníku.³³³ Skutečnost, že zákon o ochraně spotřebitele nedefinuje spotřebitele odkazem na generální soukromoprávní definici, považuji za jeden z příkladů nekoherentnosti českého spotřebitelského práva, který přispívá k izolaci dvou právních světů spotřebitelského práva – soukromoprávního a veřejnoprávního. S ohledem na judikaturu³³⁴ a potřebu efektivity spotřebitelského práva by přitom soukromoprávní regulace ochrany spotřebitele měla být s tou veřejnoprávní regulací propojená daleko úžeji.

³³² Tamtéž, s. 295 a násl.

³³³ Odhlédneme-li od toho, že zákonodárce odkazuje pouze na § 420 občanského zákoníku a zjevně opomenul definici podnikatele dle následujících ustanovení.

³³⁴ „Právní řád, založený na principech jednoty, racionality a vnitřní obsahové bezrozpornosti, s sebou nutně přináší imperativ stejného náhledu na srovnatelné právní instituty, byť upravené v rozdílných právních předpisech či dokonce odvětvích. Jestliže zásada jednotnosti a bezrozpornosti právního řádu zapovídá odlišný přístup k obdobným právním institutům v jednotlivých právních odvětvích, odlišný výklad institutu náhrady škody v právu občanském a pracovním postrádá své opodstatnění“ (z nálezu ÚS, sp. zn. IV. ÚS 444/11, dále viz např. rozhodnutí ÚS ČR: I. ÚS 558/01, Pl. ÚS 72/06, a rozhodnutí NSS ČR: č. 791/2006 Sb. NSS a č. 792/2006 Sb. NSS).

Soukromoprávní ochrana spotřebitele je totiž bez alespoň částečného veřejnoprávního dozoru v praxi bezzubá, jak uvádím na příkladu v poznámce pod čarou č. 8 (alternativou k veřejnoprávnímu dozoru je existence institutu hromadné žaloby, kterýžto institut však považuji za morálně nepřijatelný a odsouzeníhodný, neboť nutně povede ke komercializaci práva jako k tomu došlo např. v USA).

Jedním z příkladů, který by měl vést k provázání soukromoprávní ochrany spotřebitele s tou veřejnoprávní, je jedna ze změn, kterou zavádí modernizační směrnice EU 2019/2161³³⁵. Modernizační směrnicí totiž mimo jiné došlo ke změně směrnice o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách³³⁶, a to však takovým způsobem, že nepřiměřená ujednání by měla nově podléhat veřejnoprávnímu přezkumu.³³⁷ Takovému přezkumu budou přirozeně podléhat i obchodní podmínky, ve kterých se nepřiměřená ujednání vyskytují přirozeně nejčastěji. To je v oblasti e-commerce podstatná změna, jež vyvine na podnikatele působící v této oblasti značný tlak, aby své obchodní podmínky revidovali. Zejména dojde k revizi těch ustanovení, která jsou v současné době „na hraně“, čemuž částečně napomůže i § 1812 odst. 1 občanského zákoníku („Lze-li obsah smlouvy vyložit různým způsobem, použije se výklad pro spotřebitele nejpriznivější.“) Ve vztahu k transpozici modernizační směrnice do českého právního řádu lze očekávat, že se bude jednat o administrativní přezkum s tím, že dozor nad dodržováním bude vykonávat Česká obchodní inspekce. V souvislosti s tím předpokládám, že dojde k dalšímu výslovnému rozšíření věcné působnosti zákona o ochraně spotřebitele na dozor nad dodržováním relevantních ustanovení občanského zákoníku.

³³⁵ Směrnice EU 2019/2161 ze dne 27. listopadu 2019, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, 2005/29/ES a 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů Unie na ochranu spotřebitele.

³³⁶ Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách. Mimo jiné je tato směrnice transponovaná do § 1813 občanského zákoníku („*Má se za to, že zakázaná jsou ujednání, která zakládají v rozporu s požadavkem přiměřenosti významnou nerovnováhu práv nebo povinností stran v neprospěch spotřebitele. To neplatí pro ujednání o předmětu plnění nebo ceně, pokud jsou spotřebiteli poskytnuty jasným a srozumitelným způsobem.*“) a § 1814 téhož zákona (který uvádí demonstrativní výčet zakázaných ustanovení). Důsledkem porušení zákazu nepřiměřených ujednání ve spotřebitelských smlouvách uzavíraných distančním způsobem je dle § 1815 občanského zákoníku zdánlivost. Nepřiměřenost ujednání bude zpravidla předmětem zkoumání v občanském soudním řízení. Při porušení uvedených povinností musí tedy spotřebitel iniciovat civilní soudní řízení. To však bude v řadě případů neekonomické, zvláště tomu tak bude v hraničních případech (což částečně zmírňuje § 1812 odst. 1 občanského zákoníku), kdy se k neekonomičnosti vedení sporu přidá ještě nejistota ohledně očekávaného výsledku – a v takovém případě hraje i svoji roli averze ke ztrátě v podobě placení náhrady nákladů řízení za prohraný soudní spor (k účinku psychologického efektu averze ke ztrátě podrobněji viz podkapitulu 3.2 tohoto článku). A vzhledem k tomu, že bez žalobce není soudce, většina případů nepřiměřených ustanovení ve spotřebitelských smlouvách uzavíraných distančním způsobem, zejména pak těch v obchodních podmínkách, zůstane bez reálného postihu.

³³⁷ To vyplývá ze znění nového čl. 8b směrnice Rady 93/13/EHS, viz článek 1 směrnice EU 2019/2161.

Nekoncepčnost, neucelenost a nízká míra efektivity práva³³⁸ je jedním ze současných nedostatků spotřebitelského práva v České republice, která však bude – za předpokladu správné transpozice – do značné míry zhojena modernizační směrnicí EU 2019/2161.

Spotřebitelskému právu přijímanému na úrovni EU lze (tentokrát z hlediska podnikání v EU) vytknout mimo jiné skutečnost, že řada směrnic na ochranu spotřebitele je založena na principu minimální harmonizace. S ohledem na zásadu jednotného vnitřního trhu EU a podnikání v EU je takový jev krajně nežádoucí, neboť omezuje drobné podnikatele při vstupu na jiné trhy EU tím, že činí z expanze luxus, jenž si drobní podnikatelé nemohou dovolit. To zvláště platí v oblasti e-commerce. Odchylné právní úpravy v jednotlivých členských státech vedou konkrétně k tomu, že podnikatelé musí vynaložit náklady na externí advokátní kanceláře, které jim zpracují porovnání právních úprav. Porovnání musí být následně analyzováno z hlediska interních procesů expandujícího podnikatele a následně je nutné interní fungování přiměřeně změnit (vč. nákladných úprav interních systémů). Vidina takového postupu u všech 27 členských států EU (při celoevropské expanzi, která by v e-commerce byla jinak přirozená a snad i samozřejmá), představuje pro drobné podnikatele *de facto* nepřekonatelnou překážku, což ve výsledku ochuzuje evropskou hospodářskou soutěž a poškozuje spotřebitele, kterým je omezena možnost koupě širšího spektra zboží a služeb za výhodnějších cenových podmínek.³³⁹

7.1.2 Online reklama, iracionální faktory a vybrané praktiky online marketingu

Obecná právní regulace, která dopadá i na online marketing, je roztržštěná do řady právních předpisů. Reguluje primárně obsah marketingové komunikace, zejména pak reklamy. Ucelená právní úprava online marketingu neexistuje a ani existovat nemůže, neboť věcná působnost relevantních předpisů přesahuje činnosti online marketingu (např. autorskoprávní ochrana sice poskytuje ochranu před neoprávněným užitím autorských děl i v rámci marketingové komunikace online, avšak její dopad je podstatně širší). Pro komplexní uchopení regulace online marketingu v obecné rovině je proto potřebná znalost řady právních předpisů jak z oblasti soukromého práva, tak práva veřejného.

³³⁸ Způsobená především nastíněným nedostatečným propojením soukromého a veřejného spotřebitelského práva.

³³⁹ Nařízení o zákazu geo blockingu (nařízení EU 2018/302 ze dne 28. února 2018) dopad nevhodné koncepce úrovně harmonizace nijak nezmírnilo, neboť se nevěnuje příčině toho, proč se podnikatelé v e-commerce rozhodli své zboží a služby nenabízet jiným než národním zákazníkům. Důsledkem nařízení o geo blockingu bylo pouze to, že podnikatelé v e-commerce přestali blokovat přístup zákazníkům z jiných členských států. Rozhodnutí podnikatelů nedoručovat zboží přes hranice národních států má však důvody ekonomické, nikoliv diskriminační.

Činnost online marketingu je v některých případech regulována zákonem. Můžeme se setkat také se smluvními omezeními online marketingu, ta však nejsou předmětem tohoto příspěvku (příkladem jsou smluvní podmínky služby Google Ads). Důvody, které vedou zákonodárce k vytvoření zákonné úpravy, jsou různé. V některých případech je cílem ochrana adresátů reklamy (např. před klamavou či nemravnou reklamou), jindy tkví důvod regulace v ochraně třetích osob, např. autorů autorských děl (tj. fotografií, grafických prvků a velice omezeně i zdrojového kódu webové stránky apod.) či vlastníků ochranných známek.

Současnou obecnou regulaci online marketingu lze zjednodušit konstatováním, že to, co je chráněno v offline světě, je zpravidla chráněno i online (ne vždy však stejně efektivně, jak podrobně rozvedu dále). To platí i v případech, kdy ani sám zákonodárce původně nezamýšlel činnost online marketingu regulovat. Důvodem je obecnost právních předpisů, která umožňuje reagovat na změny společnosti, včetně těch nepředvídaných. Pro jednoduchou ilustraci uvedu jako příklad autorskoprávní ochranu. Její zárodky lze sice spatřit již v souvislosti s nástupem knižtisku v 15. století, avšak o autorskoprávní ochraně v pravém slova smyslu lze hovořit až od 19. století³⁴⁰. Z moderní historie na našem území až do roku 2000 platil autorský zákon z roku 1953. Online marketing, jak ho známe dnes, vznikl sice až v 90. letech 20. století a rozvíjel se společně s dynamickým rozvojem internetu, avšak díky obecné definici předmětu autorského práva, to jest autorského díla, je ochrana autorským dílům poskytnuta i v prostředí internetu. Dle mého názoru by ochranu autorským dílům v prostředí internetu poskytl i autorský zákon z roku 1953 ve svém původním znění.³⁴¹ Jinak je tomu v případech zvláštní regulace online marketingu, kterou se však v tomto příspěvku nezabývám (např. e-mail marketing, vč. SMS marketingu, je regulován přímo a příslušná regulace nedopadá na jiné formy přímého marketingu jako je telemarketing v podobě tel. hovorů a dále zasílání reklamy poštou, teleshopping apod.).

Právní regulace online marketingu se za současné situace, při které jsou do moderních technologií implementovány poznatky o iracionálních faktorech, komplikuje a klade na úředníky

³⁴⁰ Významnějším právním předpisem platným na našem území bylo až vydání císařského patentu z 19. října 1846 č. 992 Sb. z.s.; ten vytyčil zásady ochrany děl literárních, hudebních a děl výtvarných umění. Mezníkem pro mezinárodní ochranu bylo přijetí Bernské úmluvy o ochraně literárních a uměleckých děl v roce 1886.

³⁴¹ Původní znění zákona č. 115/1953 Sb., o právu autorském (autorský zákon) užívalo ve svém § 2 odst. 1 stručnou, ale díky tomu velice obecnou definici autorského díla: *Předmětem autorského práva jsou díla literární, vědecká a umělecká, která jsou výsledkem tvůrčí činnosti autora. V druhém odstavci téhož § jsou uvedeny příklady těchto děl, jako je i např. dílo fotografické. Podle § 14 tehdejšího autorského zákona autorské právo k dílu vznikne mj. v okamžiku, kdy je vyjádřeno slovem nebo ve formě rukopisu, náčrtu, skizy anebo v jakékoli jiné podobě. Úvodní ustanovení § 1 tehdejšího autorského zákona (byť si neodpustilo socialistické zbarvení) sdělilo úmysl zákonodárce, se kterým byl zákon přijat a tím poskytl jasné výkladové vodítko. Dle zákonodárce byla účelem autorského zákona mj. ochrana zájmů autorů a podnětí ideové tvorby. Ideová tvorba by přitom při neúčinné ochraně autorských děl byla podstatně potlačena. Při tomto výkladovém vodítku nemám pochyb o tom, že by elektronické logo bylo subsumovatelné pod definici autorského díla coby díla uměleckého.*

dozorových orgánů větší kvalifikační požadavky. Současná právní regulace s uvedenými poznatky počítá nepřímo, nevýslovně. Nejnovější unijní legislativa z oblasti ochrany spotřebitele však indikuje, že evropský zákonodárce si je vědom alespoň těch zřejmějších praktik a indikuje tak budoucí vývoj.³⁴²

7.1.2.1 **Relevantní legislativa**

Relevantními právními předpisy, které dopadají na online marketing, jsou zejména (i) občanský zákoník (vedle obecných zásad především úprava osobnostních práv, nekalé soutěže a nelze opomenout ani specifickou ochranu spotřebitele), (ii) zákon o regulaci reklamy, (iii) zákon o ochraně spotřebitele, (iv) autorský zákon, (v) zákon o ochranných známkách, (vi) zákon o ochraně olympijských symbolik, (vii) zákon o některých službách informační společnosti (regulace obchodních sdělení, zejména e-mail marketingu), (viii) zákon o elektronických komunikacích (regulace cookies) a (viii) subsidiárně zejména správní řád, zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a GDPR.

Relevantní pro účely tohoto příspěvku jsou primárně zákon o regulaci reklamy a zákon o ochraně spotřebitele.

Specifická pravidla online reklamy platí pro reklamu zvláštních kategorií výrobků a služeb jako jsou tabákové výrobky, alkoholické nápoje, léčivé přípravky, potraviny a kojenecká výživa, darování lidských tkání a buněk, střelné zbraně a střelivo a pohřební služby.³⁴³ Těmito specifickými kategoriemi výrobků a služeb se podrobněji zabývat nebudu, zaměřím se pouze na obecnou regulaci, která dopadá na všechny výrobky a služby, tedy i na ty, které jsou začleněny do těchto zvláštních kategorií. Regulaci uvedených zvláštních kategorií výrobků a služeb lze shrnout tak, že spočívá především v povinnostech, které míří na obsah reklamy, mj. v podobě širší informační povinnosti (např. reklama na tabákové výrobky musí obsahovat zřetelné varování znění „*Ministerstvo zdravotnictví varuje: kouření způsobuje rakovinu*“ a reklama na doplňky stravy musí obsahovat zřetelný text „*doplňěk stravy*“ apod.).

³⁴² Článek 2 směrnice EU č. 2019/2161 ze dne 27. listopadu 2019, kterým se mění směrnice 98/6/ES, mj. v rozsahu článku 6a, jenž míří na tzv. nepravé slevy. Ty mají bezpochyby podstatný vliv na rozhodnutí spotřebitele o koupi zboží nebo služby.

³⁴³ Viz zejména § 3 a násl. zákona o regulaci reklamy.

7.1.2.2 Zakázaná online reklama

V rámci zakázané reklamy se budu soustředit na reklamu nemravnou a reklamu klamavou podle zákona o regulaci reklamy. Důvody jsou následující: (i) z mé právní praxe dochází ve vztahu k těmto dvěma případům zakázané reklamy jednoznačně k nejčastějším pochybením, (ii) pouze tyto dva případy zakázané reklamy částečně dopadají i na regulaci reklamy, která využívá iracionální faktory a (iii) současná právní regulace vykazuje pro oblast online marketingu zásadní nedostatky, na které je třeba upozornit.

Nemravná i klamavá reklama jsou zakázány, ať jsou šířeny jakýmikoliv komunikačními kanály a médii, avšak v online prostředí vykazují jistá specifika, jako je např. odlišnost dozorového orgánu a s tím spojená otázka efektivního vymáhání právní úpravy (viz dále v podkapitole 2.5).

Reklamu zákon o regulaci reklamy definuje, v souladu s unijní legislativou, široce, a to nejen jako placenou reklamu (např. display a PPC), jak by se mohlo na první pohled zdát, ale jako jakoukoliv veřejnou prezentaci s marketingovou relevancí. To potvrzuje i judikatura.³⁴⁴ Za reklamu se tedy považuje již samotná prezentace (nejen výrobku nebo služby, ale i např. svého podnikání³⁴⁵) na vlastních webových stránkách nebo profilech na sociálních sítích. Uvedené pojetí považuji za vhodné, neboť z hlediska nežádoucí reklamy je zcela bez významu, zda jde o propagaci na vlastním webu, i když není prováděna za úplatu, nebo o klasickou reklamu, neboť v obou případech je cíl stejný (podpora podnikatelské činnosti) a prostředky na vlastním webu jsou i mnohdy efektivnější.³⁴⁶ Prvek úplatnosti se při definici reklamy vyžaduje pro rozhlasovou a televizní reklamu³⁴⁷, což však není pro online marketing podstatné. Zúžením uvedené široké definice je omezení regulace na reklamu, jejímž cílem je podpora podnikatelské činnosti (komerční reklama), čímž je z působnosti zákona vyloučena zejména reklama státu a neziskových organizací.³⁴⁸

Zakázanou reklamou je dále zejména reklama, která porušuje osobnostní práva, dále reklama, v rámci které je neoprávněně užito autorské dílo nebo ochranná známka a reklama nekalosoutěžní. Tyto případy však již tento příspěvek přesahují, proto na ně dále nebudu zaměřovat pozornost.

³⁴⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. července 2010, č. j. 5 As 48/2009-76.

³⁴⁵ Trendem je vymezování se vůči neosobním korporacím prezentací svého příběhu. Konkrétně se může jednat např. o informace o dodavateli vysoce kvalitních potravin na online prodejci potravin rohlik.cz, kde příběh dodavatele, umístěný zpravidla v rámci každého produktu daného dodavatele, hraje podstatnou roli a je účinnou marketingovou praktikou.

³⁴⁶ Efektivnější protože subjekty v e-commerce, zpravidla ty významnější, pracují s obrovským množstvím dat a od svých zákazníků jich mají obvykle nejvíce. A čím více dat má daný subjekt k dispozici, tím je reklama efektivnější.

³⁴⁷ § 2 odst. 1 písm. n) zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání.

³⁴⁸ § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy uvádí, že reklama musí mít za cíl „podporu podnikatelské činnosti“. Reklama státu a neziskových organizací (netýká-li se podnikatelské činnosti) není tedy zákonem o regulaci reklamy regulována.

7.1.2.3 Nemravná online reklama

Nemravnost reklamy se posuzuje optikou „obecné“ mravnosti, která je uznávána většinou společnosti.³⁴⁹ K naplnění skutkové podstaty přestupku nemravné reklamy postačí pouhé ohrožení mravnosti. Zda k ohrožení mravnosti došlo, se posuzuje ve vztahu k cílové skupině reklamy. Zákaz nemravné reklamy je obecně zúžen pouze na komerční reklamu³⁵⁰, jinak má však široký věcný dosah.

Řadu příkladů nemravné reklamy uvádí výslovně v neuzavřeném výčtu zákon o regulaci reklamy³⁵¹, podle kterého reklama nesmí (i) obsahovat jakoukoliv diskriminaci z důvodů rasy, pohlaví nebo národnosti nebo napadat náboženské nebo národnostní cítění, (ii) snižovat lidskou důstojnost, (iii) obsahovat prvky pornografie, násilí nebo prvky využívající motivu strachu a (iv) napadat politické přesvědčení. Naplnění zde uvedených případů k protiprávnosti reklamy nestačí, reklama musí být zároveň v rozporu s dobrými mravy, k čemuž však dojde zpravidla automaticky.

Z výše uvedených příkladů nemravné reklamy dochází nejčastěji k porušení zákazu reklamy, která obsahuje prvky využívající motivu strachu. Taková reklama navíc zneužívá iracionální faktory lidské mysli, a to primárně za účelem prodeje zboží nebo služby.

³⁴⁹ Zákon o regulaci reklamy nejprve uvádí, že „reklama nesmí být v rozporu s dobrými mravy“, avšak následně upřesňuje, že reklama nesmí zejména „ohrožovat obecně nepřijatelným způsobem mravnost“ (viz § 2 odst. 3 zákona o regulaci reklamy). Nemravnost podle tohoto zákona je tedy třeba posuzovat ještě přísněji než „běžnou“ kategorii dobrých mravů dle soukromého práva, což odůvodňuji dále. Zákon o regulaci reklamy považuje za naplnění skutkové podstaty přestupku již samotné ohrožení (s tím, že intenzita ohrožení mravnosti musí být obecně nepřijatelná). Pojem dobré mravy je velice podrobně rozpracován teorií i praxí a není prostor se mu zde věnovat, uvedu však základní body. Dobré mravy Ústavní soud ČR považuje za souhrn „*etických, obecně zachovávaných a uznávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti*“ (II. ÚS 249/97; Nejvyšší soud k tomu navíc přidává kategorii *neměnnosti a uznávanosti rozhodující částí společnosti*, viz např. NS ČR, zn. 3 Cdon 69/96). V soukromém právu jsou dobré mravy mj. limitem dispozitivnosti a tvoří tak zásadní omezení zásady (smluvní) autonomie vůle (§ 1 odst. 2 občanského zákoníku) a dále jsou výkladovým pravidlem soukromoprávních zákonů (§ 2 odst. 3 občanského zákoníku). Jako odpověď na otázku, proč pro účely výkladu pojmu mravnost užitého ve veřejnoprávním předpise vyzdvihuji základní soukromoprávní zásadu ochrany dobrých mravů, uvedu pro stručnost názor reprezentující ustálenou judikaturu Ústavního a Nejvyššího správního soudu ČR: „*Právní řád, založený na principech jednoty, racionality a vnitřní obsahové bezrozpornosti, s sebou nutně přináší imperativ stejného náhledu na srovnatelné právní instituty, byť upravené v rozdílných právních předpisech či dokonce odvětvích*“ (Pl. ÚS 2/10); dále např. násl. rozhodnutí ÚS ČR: I. ÚS 558/01, Pl. ÚS 72/06, IV. ÚS 444/11, a rozhodnutí NSS ČR: č. 791/2006 Sb. NSS a č. 792/2006 Sb. NSS).

³⁵⁰ Podle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy platí, že „*reklamou se rozumí oznámení, předvedení či jiná prezentace šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, pokud není dále stanoveno jinak*“. Proto byla např. drastická kampaň ministerstva dopravy s názvem „Nemyslíš – zaplatíš“ (inspirovaná britskou kampaní „Don't drink and drive“) považována za právně přípustnou a pokud by sloužila k podpoře podnikatelské činnosti, byla by jistě coby nemravná reklama reklamou protiprávní.

³⁵¹ § 2 odst. 3 zákona o regulaci reklamy.

Že je strach mocnou emocí a tím pádem i mocným nástrojem pro ovlivnění rozhodování, vč. toho ekonomického, je zřejmé. Strach ovlivnil dějiny lidstva, kdy byl zneužit politickou propagandou³⁵², také je užíván totalitními režimy pro udržení se u moci³⁵³, ale můžeme ho nalézt i v reklamě³⁵⁴. Méně známou, avšak tou nejnebezpečnější skutečností je, že k ovlivnění emocí strachu dochází často na podvědomé úrovni. To platí dokonce i ve chvíli, kdy jsme si iracionálního vlivu strachu na vlastní rozhodování sami plně vědomi.³⁵⁵ I rozvážené racionální rozhodování se ve více než polovině případů dostane do konfliktu s iracionálními faktory (mj. emocí strachu), které jej podvědomě změní, což opět platí i v případě, kdy jsme si vlivu strachu vědomi.³⁵⁶ Při pocíťování strachu nad svým rozhodováním ztrácíme kontrolu.³⁵⁷ Pro zjednodušené a snadné pochopení lze uvést, že strach má na rozhodování o koupi zboží nebo služby podobný vliv jako např. podprahová reklama.

Je patrné, že výše stručně nastíněnému vlivu strachu na činění (ekonomických) rozhodnutí si nejsou soudy vědomy. V opačném případě by soudy za nemravné považovaly již samotné využití prvku strachu v reklamě. V jiných vědních oborech, jako je psychologie a behaviorální ekonomie, lze tyto poznatky považovat za notoriety³⁵⁸. V soudní praxi³⁵⁹ lze však

³⁵² WAGNER, M., MORISI, D.: *Anxiety, Fear, and Political Decision Making*. [2019-11-22, aktualizováno 2020-10-31]. *Oxford Research Encyclopedia of Politics*. Dostupné z: <https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-915> [cit. 2020-11-01].

³⁵³ Tamtéž.

³⁵⁴ COCHRANE, L., QUESTER, P.: *Fear in Advertising, The Influence of Consumers' Product Involvement and Culture* [2008-09-08]. *Journal of International Consumer Marketing*. Dostupné z: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1300/J046v17n02_02 [cit 2020-11-01].

³⁵⁵ PIERRE, J.: *How Does Fear Influence Risk Assessment and Decision-Making? Overestimating threats and the effectiveness of interventions*. [2020-07-15]. *Psychology Today*. Dostupné z: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/psych-unseen/202007/how-does-fear-influence-risk-assessment-and-decision-making> [cit. 2020-11-01].

³⁵⁶ O tomto vlivu je pojednáno v KAHNEMAN, D. *Myšlení: rychlé a pomalé*. Brno: Jan Melvil, 2012.

³⁵⁷ LERNER, J., LI, Y., VALDESOLO, P., KASSAM, K. *Emotion and Decision Making*. [2014-09-22]. *Annual Review of Psychology*, s. 16 a násl. Dostupné z: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-psych-010213-115043> [cit. 2020-11-01].

³⁵⁸ To dovozují i z toho, že výsledky relevantních studií jsou známy již od 70. let 20. století, a též ze známosti více než 200 případů kognitivního zkreslení, které zjednodušil a shrnul např. BENSON, B.: *Cognitive bias cheat sheet, simplified*. [2017-01-08]. Dostupné z: <https://medium.com/thinking-is-hard/4-conundrums-of-intelligence-2ab78d90740f> [cit. 2020-11-01].

³⁵⁹ Zde je relevantní rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 09. 2011, sp. zn. 1 As 47/2010-71, kde byla posuzována nemravnost kontroverzní reklamy na zubní pastu Paradontax. Soud došel k těmto závěrům: „Vnímání strachu je bezesporu individuální záležitost. Každý člověk se ‚bojí‘ za jiných okolností. Vnímání strachu proto může být v jednotlivých případech odlišné podle adresáta reklamy. Nicméně je nepochybné, že se dá říci, z čeho má většinová společnost strach. Samotné použití motivů, které mohou způsobit strach, nezpůsobuje strach v jakékoliv myslitelné situaci. Proto je třeba každou jednotlivou situaci posoudit zvlášť vzhledem ke všem okolnostem a s ohledem na dobré mravy, o kterých § 2 odst. 3 ZRR výslovně hovoří. ZRR má na mysli především mravnost v obecnějším významu tohoto slova. V tomto případě zřejmě půjde o takové způsoby jednání, na jejichž odsouzení se shodne naprosto převažující většina společnosti [...]. Informace spotřebitele o možné nemoci (paradentóza, encefalitida, rýma, rakovina atd.) a jejím průběhu není vždy bez dalšího využitím motivu strachu. Účelem reklamy je bezesporu propagace výrobku, je tedy zcela logické, že reklama na daný problém nabízí jako řešení svůj výrobek. Předmětná reklama sice upozorňuje na riziko nemoci poněkud naturalistickým způsobem, nicméně v tom nelze

vypozorovat zastaralé a již překonané nahlížení na lidi coby racionální bytosti, které se i racionálně rozhodují a mají své jednání plně pod kontrolou. Využití prvku strachu v reklamě s cílem vystrašit adresáty, aby si zakoupili propagované zboží nebo službu, musí být posouzeno jako nemravné již samo o sobě, neboť využitím prvku strachu je zneužita nedokonalost lidské mysli. Podobně jako v případě podprahové reklamy, kde o nemravnosti a protiprávnosti nepochybujeme.

Reklama využívající prvky strachu je dnes v hojné míře užívána např. farmaceutickými společnostmi v souvislosti s prodejem jejich zboží a služeb. Dříve byla užívána i pojišťovny. Současná situace spojená s koronavirem, o které na denním pořádku informují sdělovací prostředky, bezesporu u značné části populace strach vyvolává. Je proto velice aktuální upozornit na reklamu např. na roušky, respirátory a další zdravotní pomůcky či hygienické přípravky nebo na testy na koronavirus, která se přitom ve velké míře šíří online (což inzerentům umožňuje cílit na čtenáře článků a zpráv o koronaviru). Pokud taková reklama (i) využívá motivu strachu³⁶⁰, dále je (ii) vyvíjena v souvislosti s podnikatelskou činností a (iii) je v rozporu s dobrými mravy (což bude zpravidla již z povahy věci), bude zároveň protiprávní.

Mezi konkrétní příklady reklamy s prvky, které využívají motiv strachu, patří reklamní kampaň, jež užívala slogany „*Klíšťová encefalitida číhá i uprostřed města.*“ nebo „*Klíšťata číhají i ve městech*“. Dalším příkladem je reklama na očkování proti rakovině děložního čípku, která cílí na rodiče a vzbuzuje v nich pocit viny pro případ, že svoji dceru nenechají očkovat a zvýší tím riziko její smrti právě na daný typ rakoviny. K posouzení protiprávnosti konkrétní reklamy je samozřejmě třeba přistupovat individuálně a protiprávnost posuzovat případ od případu při zohlednění všech skutkových okolností. Uvedené proto zmiňuji pouze pro základní představu. Současná judikatura³⁶¹ zastává však odlišný názor, nicméně ta nikterak nepracuje s vědeckými poznatky o vlivu prvku strachu v reklamě na rozhodování o koupi.

Zdůrazňuji, že k protiprávnosti reklamy postačuje (při současném rozporu s dobrými mravy, který by se zde měl zpravidla předpokládat), přítomnost prvku, který je u cílové skupiny způsobilý strach vyvolat. Není proto třeba prokazovat, zda tento prvek strach skutečně vyvolal.

shledávat rozpor s dobrými mravy tím, že reklama může též u některých diváků vyvolat strach.“ S těmito závěry nesouhlasím, neboť mj. zcela přehlíží vliv strachu na mysl v kontextu ekonomického rozhodování a jeho výrazný manipulativní účinek.

³⁶⁰ Tedy zpravidla vzbudí emoci strachu, důsledkem čehož je typicky ovlivnění rozhodnutí o koupi propagovaného zboží nebo služby. Protiprávnost reklamy není třeba prokazovat takto složitě. Podle znění zákona postačí, pokud je v reklamě prvek, který využívá motivu strachu, pouze přítomen.

³⁶¹ Viz již citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2011, sp. zn. 1 As 47/2010-71, kde byla posuzována nemravnost kontroverzní reklamy na zubní pastu Paradontax.

Závěrem uvádím, že zákon o regulaci reklamy uvádí pouze neuzavřený, demonstrativní výčet případů nemravné reklamy. I jakákoliv jiná reklama, která je způsobilá ohrozit mravnost (případně je přímo v rozporu s dobrými mravy) a splňuje další podmínky (zejména komerční cíl), je protiprávní. Nelze si nepovšimnout, že skutková podstata přestupku, jež spočívá v jednání, které je „v rozporu s dobrými mravy“, resp. které „ohrožuje nepřijatelným způsobem mravnost“, je natolik široká, že je dle mého názoru v rozporu s ústavně garantovanou zásadou *nullum crimen sine lege certa*, tedy požadavkem na jasné a určité vymezení skutkové podstaty trestných činů a přestupků. Dle mého názoru, by bylo vhodnější definovat případy nemravné reklamy podobně, jako je tomu v případě reklamy, která využívá prvky strachu, a nemravnou reklamu tak jasněji specifikovat. Nelze totiž rezignovat na ústavní požadavek určitosti skutkové podstaty přestupku.

7.1.2.4 **Klamavá online reklama**

Klamavá reklama je dalším, v praxi hojně řešeným, případem protiprávní reklamy. Její veřejnoprávní regulace se omezují pouze na ochranu spotřebitele³⁶². Existuje však i soukromoprávní regulace, nicméně ta je v praxi aplikována v zanedbatelné míře.³⁶³ Mezi důvody, proč je soukromé právo nedostačujícím mechanismem odstrašení, uvádí Tichý³⁶⁴ nedostatek informací ohledně porušení na straně soukromých subjektů, riziko nedostatečného prosazení a transakční náklady. Osobně se ztotožňuji zejména s posledním uvedeným, neboť individuální soukromoprávní uplatňování spotřebitelských práv je, zvláště ve věci protiprávní reklamy, jednoduše neekonomické. Proto se budu dále soustředit na veřejnoprávní regulaci klamavé

³⁶² Veřejnoprávní regulace dle zákona o regulaci reklamy a zákona o ochraně spotřebitele postihuje pouze klamavou reklamu ve vztahu ke spotřebitelům. Podle § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy se zakazuje „reklama, která je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního právního předpisu“. Zvláštním předpisem se zde rozumí zákon o ochraně spotřebitele, konkrétně jeho § 4 odst. 3, resp. § 5, 5a a 5b, tedy klamavé konání, klamavé opomenutí a agresivní obchodní praktika. Přitom největší praktický význam mají právě §§ 5 a 5a, které definují klamavou reklamu. Co se týče dozoru nad klamavou reklamou, tak podle § 23 odst. 10 zákona o ochraně spotřebitele platí, že „při výkonu dozoru v oblasti regulace reklamy, která je nekalou obchodní praktikou podle tohoto zákona, se postupuje podle zákona o regulaci reklamy“.

³⁶³ V soukromém právu je klamavá reklama upravena v rámci nekalé soutěže podle § 2976 občanského zákoníku, ve spojení s § 2977 občanského zákoníku. Její úprava v občanském zákoníku coby soukromoprávním předpisu však omezuje efektivitu ve vztahu k aplikaci daného ustanovení, neboť přezkum klamavé reklamy dle občanského zákoníku státem zde předpokládá podání soukromoprávní žaloby k civilnímu soudu. Proto je reálná aplikace uvedeného ustanovení podstatně užší, a to i s ohledem na praktickou neexistenci organizací, které by v tomto případě soudně hájily práva soutěžitelů a zákazníků dle § 2989 odst. 1 občanského zákoníku. Mimo tyto organizace by žalobu mohli podat i spotřebitelé nebo soutěžitelé. Spotřebitelé se však ve věci klamavé reklamy zpravidla nesoudí, mj. z důvodu ekonomické nákladnosti. Obdobné platí i pro soutěžitele, kterých se obvykle klamavá reklama dotýká nepřímo a s ohledem na neekonomičnost sporu dávají logicky přednost soustředění se na vlastní podnikání. Dodržování zákazu klamavé reklamy je tak ponecháno primárně na veřejnoprávní regulaci.

³⁶⁴ TICHÝ, L. a KOCÍ, M., ed. *Spotřebitelská kupní smlouva*, s. 126.

reklamy, která je díky administrativnímu postihu formou ukládání pokut jako jediná schopna zajistit účinnou právní ochranu.

Klamavou reklamou podle zákona o regulaci reklamy je typicky reklama obsahující nepravdivou informaci, pokud vede nebo může vést k rozhodnutí spotřebitele ohledně koupě zboží nebo služeb.³⁶⁵

Klamavá je ale i taková reklama, která obsahuje pravdivou informaci, pokud vede nebo může vést k rozhodnutí spotřebitele ohledně koupě zboží nebo služeb, a pokud je zároveň jakýmkoli způsobem schopna uvést spotřebitele v omyl ohledně zákonem vymezených podstatných rysů zboží nebo služby (informace týkající se např. existence a podstaty výrobku nebo služby nebo jejich hlavních znaků, jako jsou údaje o jejich dostupnosti, výhodách, rizicích, a u výrobků dále např. znaky, jako jsou provedení, složení, příslušenství, poprodejní servis, vyřizování reklamací, původ výrobku apod.)³⁶⁶. Zjednodušeně je klamavou i ta reklama, která obsahuje pravdivé informace, ale je způsobilá klamat.

Klamavá je dále např. i taková reklama, pokud v ní nejsou uvedeny podstatné informace potřebné pro rozhodnutí o koupi, a pokud neuvedení těchto informací může mít vliv na rozhodnutí spotřebitele o koupi.³⁶⁷ Teoreticky by to znamenalo vyloučení reklamního zjednodušení, bez kterého si ale nelze online reklamu, která má již značně omezený textový prostor, vůbec představit. Na zákon o regulaci reklamy však nelze nahlížet izolovaně, jako ostatně na žádný právní předpis. Současné pojetí průměrného spotřebitele³⁶⁸ a omezení protiprávnosti na případy ovlivnění značného počtu spotřebitelů (viz dále) však reklamní zjednodušení umožňuje a do jisté míry předpokládá.

I klamavost se podle rozhodovací praxe posuzuje ve vztahu k její cílové skupině. Klamavost musí navíc dosáhnout takové intenzity, aby ovlivnila chování značného počtu spotřebitelů, přičemž zde vycházíme z normativního hlediska průměrného spotřebitele.

³⁶⁵ § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy ve spojení s § 5 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele.

³⁶⁶ § 2 odst. 2 písm. b) zákona o regulaci reklamy ve spojení s § 5 odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele.

³⁶⁷ § 2 odst. 2 písm. b) zákona o regulaci reklamy ve spojení s § 5a zákona o ochraně spotřebitele.

³⁶⁸ Původně se pro posouzení nekalých praktik užívalo tzv. empirického modelu průměrného spotřebitele. Dle něj bylo relevantní to, jak by se průměrný spotřebitel reálně choval, což vyžadovalo zjištění o skutečném chování a jeho prokázání např. formou sociologických průzkumů. Dnes je používán tzv. normativní model průměrného spotřebitele, u něž se nevychází z toho, jaký průměrný spotřebitel je, ale jaký by měl být. Předpokládá se tedy, že spotřebitel má přiměřené množství informací, které si aktivně zjišťuje, je v rozumné míře pozorný a obezřetný a rozhoduje se racionálně. Na jednu stranu normativní model pro určení průměrného spotřebitele vítám, neboť má potenciál působit na spotřebitele tak, aby se rozhodovali zodpovědně a vyspěle. Nedostatkem současného vnímání je, že zcela ignoruje iracionální faktory při rozhodování lidí a vychází z nesprávného pojetí o racionálním spotřebiteli, ačkoliv je to v rozporu s poznatky relevantních vědních disciplín. O těchto iracionálních faktorech budu pojednávat v další kapitole tohoto příspěvku. Z české rozhodovací praxe viz např. rozsudek NS, sp. zn. 32 Odo 229/2006 nebo rozsudek NSS, sp. zn. 4 As 98/2013-88. Z evropské rozhodovací praxe uvádím jako příklady normativního modelu rozsudky SDEU ve věcech C-210/96, C-261/81 a C-315/92. Podrobněji jsem se hledisku spotřebitele věnoval v kapitole 3.2.4 této práce a jeho význam ve vztahu k posuzování nekalých obchodních akcentoval i v kapitole 6.2.2.

Nadsázka obecně za klamavou reklamu považována není (příčemž tento názor přetrvává, takřka nezměněn, do současnosti již z dob prvorepublikové judikatury³⁶⁹), ale je třeba přistupovat k ní velice obezřetně, pokud reklama cílí na osoby, které jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvláště zranitelní³⁷⁰. Zřejmým příkladem této zranitelnosti jsou osoby v tíživé zdravotní nebo finanční situaci. V těchto případech považují užití nadsázky za nemravnou, tedy protiprávní reklamu, a všechna tvrzení reklamy by měla být spolehlivě a jasně podložena daty, použitelnými jako důkaz v případném řízení. Ztotožňují se tak částečně s judikaturou, podle které je při reklamě na nemocné osoby třeba zohlednit nižší kritičnost a větší důvěřivost vůči reklamě slibující vyléčení nemoci.³⁷¹ Uvedený český pohled přípustnosti nadsázky je odlišně posuzován na Slovensku a v Maďarsku, a to podstatně přísněji. Reklama obsahující nadsázku je v těchto státech obvykle považována za klamavou reklamu.³⁷² Na Slovensku a v Maďarsku proto při užití superlativů vždy a důrazně doporučuji podložit informace uvedené v reklamě daty, která mohou sloužit jako důkaz v případném správním řízení (např. zákaznické průzkumy, průzkumy trhu apod.).

Vedle nepoctivých podnikatelů se často pachatelem přestupku stanou i ti, kdo klamavou reklamu zpracují nebo šíří v důsledku (často nevědomé) lidské chyby, jako je např. uvedení vyšší procentuální slevy oproti reálné slevě, což se běžně stává v případech velkých subjektů při rutinním zpracovávání reklamy na zlevněné produkty nebo služby³⁷³. Dalším častým případem vedoucím ke klamavé reklamě je nedodržení slíbených (propagovaných) parametrů zboží nebo služeb (ať už např. v důsledku nedostatečné interní komunikace nebo v důsledku změny obchodního rozhodnutí poté, co byl již takový produkt s určitými podstatnými parametry, jako je např. cena, propagován).

³⁶⁹ Viz známý rozsudek Nejvyššího soudu ČSR, sp. zn. Rc R I 1052/31 (Vážný 1932, Rozhodnutí, XIV.a: 132), který se týkal reklamy na dětský vozík Hiko, a jehož relevantní část cituji dále: „*Reklamě nelze ukládati takové meze, by se vůbec stala nemožnou. Jest připustiti příkrasy a nadsázky, poněvadž by jinak každá reklama přestala býti působivou, zůstala by nepovšimnutou a nebyla by ‚reklamou‘.*“

³⁷⁰ Výklad si pro tyto účely usnadňuji přílehlavou definicí tzv. zvláště zranitelných spotřebitelů dle § 4 odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele. Za ně se dle uvedeného ustanovení považují „*skupiny spotřebitelů, kteří jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvláště zranitelní takovou praktikou nebo výrobkem nebo službou, a to způsobem, který prodávající může rozumně očekávat, se hodnotí z hlediska průměrného člena této skupiny; tím nejsou dotčeny běžné a oprávněné reklamní praktiky zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně*“.

³⁷¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 1. 2014, č. j. 4 As 98/2013-88.

³⁷² K tomuto závěru jsem došel po opakovaných zkušenostech v řízeních s klientem, který působí jak v ČR, tak i na Slovensku a v Maďarsku. S ohledem na neobdržení souhlasu klienta s odkazem na uvedená (neveřejná) rozhodnutí a svoji zákonnou povinnost mlčenlivosti nemohu v tomto případě bohužel uvést bližší identifikaci těchto rozhodnutí.

³⁷³ Zamezit ojedinělým lidským chybám nelze, lze je jen omezit systémovými a organizačními opatřeními. Toho si musí být dozorové orgány vědomy a v případě jednotlivých porušení, zvláště dochází-li k nim ze strany velkých subjektů, kde jednotlivé porušení znamená zcela nepodstatnou odchylku od jinak vzorového dodržování zákona, by měly ukládat nanejvýš symbolickou sankci a citelnější sankce ponechat pro případy, kdy porušivší subjekt neučinil adekvátní kroky k prevenci budoucího porušování. Jinak bude docházet k neférovému postihu případů, kterým velké subjekty nemají jak zabránit, tedy chybí u nich zavinění a případné sankci chybí preventivní účinek.

7.1.2.5 Zakázaná online reklama a absence účinného dozoru

Specifickým rysem online reklamy je skutečnost, že protiprávní online reklama podle zákona o regulaci reklamy není reálně prakticky postihována. Důvodem je, že podle § 7 zákona o regulaci reklamy jsou dozorovými orgány pro oblast online reklamy krajské živnostenské úřady.³⁷⁴ Nejsem si vědom skutečnosti, že by se byl jediný krajský živnostenský úřad v České republice online reklamou cíleně zabýval a za svoji čtyřletou praxi vykonávanou jako advokátní koncipient se specializací na marketing a e-commerce, jsem se nesetkal s jediným případem, kdy by krajský živnostenský úřad uložil z důvodu protiprávní online reklamy sankci.

Na rozdíl od živnostenských úřadů je zřejmě aktivnější Rada pro reklamu, z. s., která vynáší několik desítek rozhodnutí ročně. Rada pro reklamu, z. s., je však soukromý subjekt, kterému nebyl svěřen výkon státní správy, a který tak z povahy věci nemá pravomoc vydávat závazná a vynutitelná rozhodnutí, jako je tomu typicky u orgánů státní moci. Lze navíc polemizovat nad důvěryhodností a nezávislostí uvedeného spolku, neboť v jeho nejvyšším orgánu jsou zastoupeny komerční subjekty, jako je např. Reklamní společnost McDonald's, s. r. o., SAZKA, a. s., Nestlé Česko, s. r. o., Ferrero Česká republika, s. r. o., Česká bankovní asociace jakožto organizace zastupující zájmy bank a další zástupci komerčního sektoru, kteří reklamu hojně využívají. Na okraj uvádím, že při pohledu na poslední rozhodnutí Rady pro reklamu ve věci stížnosti na jednoho z členů jejího nejvyššího orgánu, společnost SAZKA, a. s., z roku 2019, je dokonce v odůvodnění tohoto rozhodnutí samozvané Arbitrážní komise uvedeno odůvodnění z rozhodnutí ve zcela jiné věci, a to ve věci společnosti Kofola, a. s., a zveřejněn je tedy pouze výrok o nezávadnosti reklamy společnosti SAZKA, a. s.³⁷⁵

Absence činného dozorového orgánu ve věci online reklamy přetrvává od roku 1995 do současnosti a je tak zásadním a ostudným nedostatkem současné právní úpravy. Změna zákona o regulaci reklamy spočívající v nahrazení krajských živnostenských úřadů kompetentním správním orgánem, který bude disponovat alespoň nějakým personálem specializovaným na online reklamu, je nutná a nevyhnutelná.

Argument, že výjimku představuje Česká obchodní inspekce ve vztahu ke klamavé reklamě (resp. reklamě, která je nekalou obchodní praktikou podle zákona o ochraně spotřebitele), je nesprávný. Zákon o regulaci reklamy svěřuje věcnou působnost ve věci online reklamy speciálně

³⁷⁴ Až na výjimky tam uvedené dané specifickou povahou zboží nebo služeb, např. v případě reklamy na léčivé přípravky je dozorovým orgánem Státní ústav pro kontrolu léčiv.

³⁷⁵ Rozhodnutí Arbitrážní komise Rady pro reklamu z blíže neuvedeného dne měsíce října r. 2019, č. j. 015/2019/STÍŽ, dostupné z: https://www.rpr.cz/download/kauzy/2019/015-2019_SAZKAmobil_rozhodnuti.docx [cit. 2020-11-01].

do rukou živnostenských úřadů, a to i v situacích, kdy je zároveň porušen zákon o ochraně spotřebitele. V opačném případě by byl porušen zákaz dvojího trestání. Vzhledem k tomu, že zákon o regulaci reklamy definuje reklamu široce (jako jakoukoliv veřejnou prezentaci s marketingovou relevancí, jak jsem podrobněji rozvedl v podkapitole 1.4 tohoto příspěvku), tak touto konstrukcí omezuje věcnou působnost České obchodní inspekce. Česká obchodní inspekce tedy při potírání reklamy, která je nekalou obchodní praktikou, překračuje svoji působnost a její rozhodnutí v této věci jsou nicotná ve smyslu § 77 odst. 1 správního řádu. Navíc toto omezení České obchodní inspekce je pro vyloučení jakýchkoliv pochybností i výslovně uvedeno v zákoně o ochraně spotřebitele, neboť dle § 23 odst. 10 platí, že „při výkonu dozoru v oblasti regulace reklamy, která je nekalou obchodní praktikou podle tohoto zákona, se postupuje podle zákona o regulaci reklamy.“ O to více zarážející současná situace je.

Jistou výjimkou zůstávají zvláštní kategorie výrobků a služeb, jako jsou např. léčivé přípravky, kde je dozorovým orgánem Státní ústav pro kontrolu léčiv, nebo zdravotní služby, kde vykonává dozor Ministerstvo zdravotnictví.³⁷⁶

7.1.3 Online marketing a kognitivní zkreslení

Kognitivní zkreslení jsou vrozené chyby lidské mysli, jejího vnímání a rozhodování. Významným způsobem vytyčují meze racionality. Těchto chyb je dnes známo přes 200³⁷⁷ a jsou v posledních letech hojně využívány i v online marketingu. Jejich nebezpečí tkví v tom, že působí podvědomě a jejich účinek se v případě, kdy jsme si jich vědomi, zpravidla nijak neoslabí. Svým způsobem jsme jejich obětí. Proto je jejich zneužívání často neetické a mnohdy i protiprávní.

Tomuto tématu jsem se okrajově věnoval již při pojednání o reklamě, která využívá prvku strachu v rámci nemravné reklamy. Zde se mu budu věnovat v kontextu nedávného rozhodnutí³⁷⁸ GVH³⁷⁹ (dále jako „Rozhodnutí GVH“). Rozhodnutím GVH byla v Maďarsku mj. uložena provozovateli serveru Booking.com pokuta ve výši 2,5 miliardy HUF (7 mil. EUR) zejména za (i) klamavou reklamu ve věci možnosti „bezplatného zrušení rezervace“ a za (ii) využití některých případů kognitivního zkreslení při prodeji ubytování (GVH hovoří konkrétně o „vyvíjení psychického tlaku při prodeji na spotřebitele“).

³⁷⁶ § 7 písm. c) a e) zákona o regulaci reklamy.

³⁷⁷ BENSON, B.: *Cognitive bias cheat sheet, simplified*.

³⁷⁸ Rozhodnutí GVH ze dne 28. dubna 2020, sp. zn. VJ/17/2018.

³⁷⁹ Gazdasági Versenyhivatal je maďarský úřad na ochranu hospodářské soutěže, který velice aktivně potírá mj. i nekalé a agresivní obchodní praktiky vůči spotřebitelům, mají-li podstatný vliv na hospodářskou soutěž.

7.1.3.1 Ad (i) klamavá reklama ve věci možnosti bezplatného zrušení rezervace

V případě ad (i) – klamavé reklamy – se jednalo o ukázkový příklad klamavé reklamy. Server Booking.com nabízel některé pokoje ubytovacích zařízení i s „možností zrušení zdarma“. Ve skutečnosti však zrušení nebylo zdarma, neboť pokoje se „zrušením zdarma“ byly nabízeny za vyšší cenu než pokoje bez možnosti zrušení zdarma. V kontextu podkapitoly 2.4 tohoto příspěvku by se tedy jednalo o zjevný případ klamavé reklamy, při kterém je uvedena nepravdivá informace, která může vést k rozhodnutí spotřebitele ohledně koupě služby (reklama by tedy byla protiprávní i podle českého práva). *De facto* placená služba, nazvaná jako „bezplatné zrušení rezervace“, navíc zahrnovala podstatná omezení, která nebyla spotřebitelům sdělena předem.

Jako komentář k Rozhodnutí GVH konstatuji, že podstatnou skutečností, která závažnost uvedeného jednání zvyšuje, je, že při této klamavé reklamě užil server Booking.com jeden z případů kognitivního zkreslení. Behaviorální ekonom Ariely³⁸⁰ v tomto ohledu uvádí: *„Každý ví, že dostat něco ZDARMA je skvělý pocit. Nula není jen obyčejná cena – na to je příliš výjimečná. Nula působí na mozek jako alarm a zdroj iracionálního vzrušení. Koupili byste si nějakou drobnost, kdyby ji zlevnili z 50 na 20 centů? Možná ano. Koupili byste si něco, kdybychom to zlevnili z 50 centů na dva? Asi ano. A vzali byste si to, kdybychom šli z 50 centů na nulu? Ručím vám za to, že ano.“* Vliv nulové ceny, resp. slova „zdarma“, „bezplatné“ apod. na ekonomické rozhodování citovaný autor (a nejen on) ve svých experimentech i prokázal, jak stručně shrnu dále. Při jednom z experimentů byly spotřebitelům nabídnuty čokoládové pralinky dvou výrobců – Lindt (renomovaný švýcarský výrobce prémiové čokolády) a Hershey's (americký výrobce čokolády běžné kvality, na českém trhu bychom jej co do kvality mohli zařadit do stejné kategorie jako např. značky Milka a Orion). Spotřebitelé měli možnost koupit si pouze jeden artikl, aby došlo k simulaci reálného rozhodování, kdy se při koupi zboží spotřebitelé zpravidla rozhodují mezi levnější a kvalitnější alternativou. Při ceně 15 centů (cca 3 Kč) za pralinku Lindt a 1 centu (cca 20 haléřů) za pralinku Hershey's³⁸¹ se spotřebitelé chovali podle očekávání poměrně racionálně: 73 % z nich si koupilo pralinku značky Lindt a pouze 27 % si koupilo lacinou čokoládu Hershey's. V experimentu následovalo zlevnění obou položek o 1 cent (20 haléřů), což je objektivně částka zcela zanedbatelné výše. Podle klasické ekonomické teorie by rovnoměrné snížení cen nemělo způsobit žádnou změnu v chování zákazníků. Cenový rozdíl byl zachován a požitok z konzumace zůstal stejný. Pralinka Lindt nyní stála 14 centů a pralinka Hershey's byla zdarma. Na první pohled

³⁸⁰ ARIELY, D. *Jak drahé je zdarma: proč chytrí lidé přijímají špatná rozhodnutí, iracionální faktory v ekonomice i v životě*. Praha: Práh, 2009, s. 52.

³⁸¹ Produkt nese obchodní název Kiss, tedy „pusinka“.

nepodstatná změna však vedla k podstatné změně ekonomického chování zákazníků – zájem o pralinku Hershey's vzrostl z 27 % na 69 %, zatímco prodej pralinek Lindt klesl ze 73 % na 31 %.³⁸² Slovo „zdarma“ tedy podněcuje iracionální rozhodování spotřebitelů a podstatně tak mění jejich ekonomické chování.³⁸³ Užití praktiky „zdarma“ v obchodě se různí, společně s jeho manipulativní silou. Rozdílně bychom zřejmě posoudili např. (a) dopravu zdarma při nákupu zboží na internetovém obchodě nad určitou hodnotu (kde spotřebitel skutečně získá dopravu, za kterou by jinak musel zaplatit, zdarma) a (b) prodej balení pracího prášku „3 + 1 kg zdarma“ (kde spotřebitel ve skutečnosti zaplatí za 4 kg pracího prášku a slovo „zdarma“ je uvedeno jen čistě pro manipulaci). Příklad dle písm. (a) jako protiprávní nevnímám, avšak případ dle písm. (b) je dle mého názoru příkladem klamavého jednání³⁸⁴.

Jako protiprávní shledal GVH již ve své dřívější praxi i další praktiky využívající klamavým způsobem výrazu zdarma, např. ve věci Magyar Telekom (kde byla uložena pokuta v přepočtu 2 mil. EUR), dále ve věci Telenor (kde byla uložena pokuta v přepočtu 5,45 mil. EUR) a ve věci Vodafone (s pokutou v přepočtu 600 tis. EUR). GVH dokonce i uložil pokutu ve výši 3,6 mil. EUR provozovateli platformy Facebook za to, že propaguje svoji službu jako „zdarma“, přičemž ve skutečnosti Facebook funguje na bázi směny obrovského množství dat o daném uživateli³⁸⁵, služba je poskytnuta až posléze. V tomto ohledu tedy GVH navazuje na svoji řadu let trvající praxi.

7.1.3.2 **Ad (ii) Využití některých případů kognitivního zkreslení při prodeji ubytování**

Za protiprávní byla dle Rozhodnutí GVH shledána i praktika, kdy server Booking.com zobrazoval na svém webu u konkrétních ubytovacích zařízeních informační hlášky jako např. „Pouze 2 volné pokoje!“, „Toto ubytování bylo před chvílí rezervováno!“, „Vysoce vyhledávané ubytování!“,

³⁸² ARIELY, D. *Jak drahé je zdarma*, s. 53 a násl.

³⁸³ V posuzovaném experimentu o 42 %, přičemž závěry experimentu by byly, coby vědecký poznatek, aplikovatelné i na jiné obdobné případy.

³⁸⁴ Ať už by se jednalo o klamavou reklamu dle § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy, ve spojení s § 4 odst. 3 a § 5 zákona o ochraně spotřebitele, nebo o klamavou obchodní praktiku dle § 5 zákona o ochraně spotřebitele (dle situace buď podle odst. 1., nebo 2.), která je navíc výslovně označena coby klamavá v příloze č. 1, písm. s) k zákonu o ochraně spotřebitele takto: „*Obchodní praktiky jsou vždy považovány za klamavé, pokud prodávající uvádí u výrobku nebo služby slova ‚gratis‘, ‚zdarma‘, ‚bezplatně‘ nebo slova podobného významu, pokud spotřebitel musí za výrobek nebo službu vynaložit jakékoli náklady, s výjimkou nezbytných nákladů spojených s reakcí na obchodní praktiku, s převzetím nebo doručením věci.*“

³⁸⁵ Facebook poté data využívá zejména za účelem prodeje reklamy inzerentům, za účelem predikce budoucího chování za pomoci umělé inteligence, ale i za jinými účely, jako je ovlivňování chování za užití mj. i prvků kognitivního zkreslení.

„Jedna osoba právě zvažuje rezervaci tohoto ubytování!“ a „Za posledních 24 hodin bylo toto ubytování rezervováno 24krát!“.

Hlášky byly zobrazeny jak před započítáním rezervace v rámci zobrazení „katalogu“ ubytování, tak i během procesu rezervace. Informační hlášky byly odlišeny od okolního obsahu červenou barvou, fontem a dalšími prvky, čímž upoutaly vědomou pozornost uživatelů tohoto serveru.

Podle GVH měly vést uvedené hlášky spotřebitele nejen k tomu, aby započal s procesem rezervace, ale i k tomu, aby rezervaci co nejdříve dokončil (a měl tedy co nejméně prostoru pro rozvážné rozhodování). Informační hlášky měly vzbudit pocit vysoké poptávky a omezené dostupnosti. Tím byl na spotřebitele podle GVH vyvoláván agresivní psychologický tlak, který ovlivnil rozhodování spotřebitelů podvědomým spuštěním emoce strachu, že pokud si daný spotřebitel ubytování co nejdříve nezarezuje, o možnost jeho rezervace přijde. Rozhodnutí GVH to odůvodňuje užitím praktiky FOMO (fear of missing out), což je dle mého názoru správné, avšak značně zjednodušené, jak rozvedu dále.

Hlášky serveru Booking.com bezpochyby nebyly zvoleny náhodně. Jedná se o častou praktiku online marketingu, jenž využívá kognitivní zkreslení nazývané jako averze ke ztrátě (loss aversion), jejíž jednou z forem je FOMO (fear of missing out), a dále stádní efekt (bandwagon effect).

Averze ke ztrátě vychází z experimentů dvojice Kahneman, Tversky ve věci prospektové teorie (prospect theory)³⁸⁶, přičemž za dále uvedená zjištění obdržel Kahneman v roce 2002 Nobelovu cenu v oblasti ekonomie. Již v této rané fázi výzkumu bylo zjištěno, že ztráta určité částky peněz působí emočně větší bolest než zisk peněz stejné částky. Stejně tak působí i představa, resp. pocit takové ztráty. Lidskou přirozeností je vyhýbat se ztrátě a stejně tak i bolesti, která je se ztrátou spojená. To platí i o bolesti psychické. Těchto zjištění je v současné době hojně využíváno za účelem nenápadné podvědomé manipulace, v online marketingu navíc díky moderním technologiím v masovém měřítku. Poundstone³⁸⁷ jako příklad, který využívá averze ke ztrátě, uvádí mj. i argument finančních poradců při prodeji akcií: „*Pokud vložíte své peníze do dluhopisů, ztratíte tím svoji kupní sílu.*“ Projevem v online marketingu je (i) vyvolávání nedostatku a časového tlaku v podobě časově omezených nabídek, omezené skladové zásoby a hláškami jako např. „Poslední kus skladem!“ nebo „Sleva končí za X minut!“, a dále (ii) koncept PAS (pain-agitation-solution), který nahrazuje pozitivní komunikaci v podobě „ušetřete“ komunikací

³⁸⁶ KAHNEMAN, D., TVERSKY, A. Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. *Econometrica* 47 (1979), s. 263–292.

³⁸⁷ POUNDSTONE, W. *Priceless, The Hidden Psychology of Value*. Londýn: Oneworld, 2011, s. 101.

„přestaňte přicházet o peníze“. V případě Rozhodnutí GVH se averze ke ztrátě projevila ve chvíli, kdy vtíravé informační hlášky vzbudily ve spotřebiteli pocit, že pakliže neučiní rezervaci okamžitě, možnost zarezervovat si dané ubytování ztratí (např. zobrazením informace „Pouze 2 volné pokoje!“). Přirozenou – a zdůrazňuji podvědomou – reakcí spotřebitele je vyhnout se ztrátě. Tedy ubytování si co nejdříve zarezervovat. A jak to tak bývá, spotřebitelé činí pod tlakem rozhodnutí, která by jinak neučinili. A mnohdy chybná.

Jako jedna z forem averzí ke ztrátě vyvolává i FOMO ve spotřebitelích strach ze ztráty, a tím je podněcuje k rozhodnutí, kterým se ztrátě vyhnou. Může se jednat i o ztrátu hypotetickou. V online marketingu je tímto rozhodnutím zpravidla rozhodnutí o koupi. Pro představu o efektivnosti praktiky uvádím, že podle průzkumu StrategyOnline³⁸⁸ o vlivu FOMO na rozhodnutí o koupi, zapůsobí efekt FOMO na mileniály takovým způsobem, že 60 % z nich po vystavení praktice postavené na principu FOMO učiní impulzivní nákup. Užití FOMO je však širší a má mj. významný vliv na sociálních sítích, které s touto praktikou pracují intenzivně s cílem vyvolat ve spotřebitelích závislost na užívání dané sociální sítě, mj. tím, že spotřebitele různými způsoby³⁸⁹ nutí neustále sociální sítě kontrolovat a interagovat v nich. Spotřebitelé si poté osvojí neurotický návyk sociální sítě neustále kontrolovat, aby jim něco „neuniklo“. Důsledkem toho jsou ve větší míře vystaveni reklamě na sociálních sítích, ze které provozovatelé sociálních sítí generují zisk. Sociální sítě i další užití FOMO však již přesahuje rámec tohoto příspěvku a vyžaduje hlubší pozornost a podrobnější právní rozbor.

Stádní efekt vychází z toho, že do lidského mozku je vryt instinkt, který v minulosti lidem pomáhal přežít a naučil nás slepě následovat ostatní (dříve tlupu, dnes ostatní členy skupiny nebo společnosti). Důsledkem toho je např. skutečnost, že při koupi zboží, kterému příliš nerozumíme, jsme vysoce ovlivnitelní uživatelskými recenzemi. Čím vyšší je prvek nejistoty (např. zmíněná skutečnost, že se v problematice daného zboží neorientujeme), tím je míra ovlivnění stádním efektem významnější. Praktickým projevem v online marketingu jsou informace o počtu zákazníků, kteří si dané zboží zakoupili, hodnocení produktů jinými zákazníky, informace o nízké míře reklamovanosti zboží, ale i skutečnost, že zboží nebo službu doporučuje nějaká autorita, resp. influencer. V případě Rozhodnutí GHV byl stádní efekt využit v souvislosti s rezervací ubytování zobrazením informací „Toto ubytování bylo před chvílí rezervováno!“, „Vysoce vyhledávané ubytování!“, „Jedna osoba právě zvažuje rezervaci tohoto ubytování!“ a „Za posledních 24 hodin

³⁸⁸ KOLM, J. The Impact of FOMO. [2015-03-09]. *StrategyOnline*. Dostupné z: <https://strategyonline.ca/2015/03/09/the-impact-of-fomo/> [cit. 2020-11-01].

³⁸⁹ Např. formou notifikací.

bylo toto ubytování rezervováno 24krát!“ Je zřejmé, že stádní efekt je v sociálním kontextu umocněn.

Osobně se domnívám, že v případě věci posuzované v Rozhodnutí GVH nebylo hlavním problémem užití kognitivního zkreslení. Za kámen úrazu považuji užití kognitivního zkreslení v takovém měřítku, že došlo k podstatnému ovlivnění rozhodování spotřebitelů. Protiprávní je totiž takové užití kognitivního zkreslení, které má podstatný vliv na rozhodnutí spotřebitele o koupi. Při mé namátkové kontrole serveru Booking.com dne 1. 11. 2020 jsem na hlášky, které GVH posoudil jako závadné, sám narazil. Avšak tyto hlášky byly zobrazovány v podstatně nižší míře, než na kterou jsem byl u tohoto serveru zvyklý. Může to být samozřejmě jen důsledek vlivu pandemie koronaviru na turistický ruch, ale spíše se domnívám, že zmírnění je obchodní reakcí na Rozhodnutí GVH.

7.1.3.3 Důsledky Rozhodnutí GVH pro online marketing v České republice

Rozhodnutí GVH je ve vztahu k využívání kognitivního zkreslení přelomové. Jednak mění nahlížení práva na podvědomou manipulaci zneužíváním iracionálních faktorů, resp. využitím kognitivního zkreslení, a dále s ohledem na výši uložené sankce poukazuje na závažnost takového protiprávního jednání.

Lze očekávat, že praktiky online marketingu, které iracionální faktory lidské mysli zneužívají, budou, společně s nárůstem povědomí o využívání těchto praktik, posuzovány jako protiprávní stále častěji. V případě pasivity státních orgánů při potírání uvedených praktik obecnějšími ustanoveními (v České republice primárně ustanoveními o nemravné a klamavé reklamě dle zákona o regulaci reklamy a ustanoveními o nekalých a agresivních obchodních praktikách dle zákona o ochraně spotřebitele) lze očekávat vznik evropské legislativy na ochranu spotřebitele, která bude kognitivní zkreslení regulovat, a to nejen v online marketingu, ale i na sociálních sítích, kde jsou iracionální faktory lidské mysli zneužívány v té nejvyšší možné míře, a to dokonce i ze strany umělé inteligence.³⁹⁰

Rozhodnutí podobné Rozhodnutí GVH v České republice v nejbližší době neočekávám. Důvodem je jednak neefektivita zákona o regulaci reklamy při potírání protiprávní online reklamy a jednak moje skepse v tom, že by se Česká obchodní inspekce, která vykonává dozor nad zákonem o ochraně spotřebitele (a tedy i nad nekalými a agresivními obchodními praktikami), stala v této věci na našem území průkopníkem, neboť v oblasti online reklamy ji věcnou působnost odebral

³⁹⁰ O tom informuje nedávno publikovaný dokumentární film Sociální dilema (The Social Dilemma, USA, 2020).

zákon o regulaci reklamy, jak jsem již uvedl výše v podkapitole 2.5. Uložit vysokou pokutu v situaci, kdy jsou přinejmenším pochybnosti o věcné působnosti úřadu, by bylo pro tento správní orgán značně riskantní.

7.1.4 Závěr

Právní regulace online reklamy je roztržštěná do řady právních předpisů a upravena zejména právními normami, jejichž charakteristickým rysem je vyšší míra neurčitosti a obecnosti. Z hlediska využití kognitivního zkreslení v reklamě jsou relevantními předpisy zejména zákon o regulaci reklamy a zákon o ochraně spotřebitele, které však ze své věcné působnosti vylučují nekomerční reklamu (např. reklamu státu nebo neziskových organizací).

Skutková podstata nemravné reklamy je natolik široká, že zřejmě porušuje ústavní zásadu *nullum crimen sine lege certa*. Navzdory široké zákonné definici není nemravná reklama, zvláště reklama založená na bázi strachu, reálně příliš potírána. Ba naopak ji soudní praxe paradoxně spíše aprobuje. Důvodem je zřejmě neznalost přelomových poznatků z jiných relevantních vědních oborů, jako je psychologie nebo behaviorální ekonomie. Pro online reklamu a online marketing je jejich znalost *conditio sine qua non* správné aplikace práva.

Skutkovou podstatu přestupku klamavé reklamy upravuje zákonná úprava již adekvátněji. Navzdory obdobné právní úpravě v České republice, na Slovensku a v Maďarsku je nadsázka na Slovensku a v Maďarsku posuzována podstatně přísnějším metrem než v České republice.

Společným jmenovatelem administrativního postihu obecné online reklamy je nefunkčnost právní úpravy. Důvodem je určení živnostenských úřadů coby dozorových orgánů nad online reklamou. Tento nedostatek trvá od roku 1995 do současnosti, což považuji za tristní. Zákon navíc připravil Českou obchodní inspekci o věcnou působnost ve věci dozoru nad dodržováním zákonnosti online reklamy, i ve vztahu ke spotřebitelům, a výslovně svěřil dozor nečinným živnostenským úřadům. Česká inspekce tak při rozhodování ve věcech online reklamy vydává nicotná rozhodnutí, a to i pokud došlo k současnému porušení zákona o ochraně spotřebitele.

Trendem online marketingu je masové využívání kognitivního zkreslení, které zneužívá iracionální faktory a chyby lidské mysli. Přelomová je v této oblasti činnost maďarského úřadu na ochranu hospodářské soutěže (Gazdasági Versenyhivatal, GVH). Česká rozhodovací praxe v tomto ohledu činná není. Očekávám, že evropská legislativa bude tuto oblast v následujících letech výslovně regulovat a činnost maďarského GVH se stane evropským standardem. Jsem přesvědčen o nutnosti podstatně přísnější regulace sociálních sítí, a to v kontextu nebývale širokého a intenzivního využívání případů kognitivního zkreslení.

7.2 Zneužívání práv odstoupit od smlouvy ze strany spotřebitelů

7.2.1 Současný stav dle nyní účinné legislativy³⁹¹

Vzhledem k tomu, že v praxi bohužel nejsou případy, kdy spotřebitelé např. před dovolenou zakoupí v e-shopu drahý fotoaparát a po dovolené jej zase vrátí, dovolávající se přitom svého práva odstoupit od smlouvy bez uvedení důvodu (§ 1829 odst. 1 ve spojení s § 1818 občanského zákoníku), nikterak ojedinělé, zamýšlím se nad tím, zdali lze takovéto jednání považovat za právem aprobované či nikoliv.³⁹²

Toto pojednání zaměřuje pozornost na samotné zneužívání práva odstoupit od smlouvy bez uvedení důvodu ze strany spotřebitelů v prostředí e-commerce, a proto bude obecný výklad k tzv. spotřebitelskému odstoupení od smlouvy omezen na nezbytné minimum.

Význam a účel výše uvedeného spotřebitelského práva na odstoupení od smlouvy bez uvedení důvodu osvětluje (bez přímé právní závaznosti) bod č. 37 odůvodnění směrnice č. 2011/83/EU o právech spotřebitelů následovně:

„Jelikož v případě prodeje na dálku nemá spotřebitel možnost zboží před uzavřením smlouvy vidět, měl by mít právo odstoupit od smlouvy. Spotřebiteli by ze stejného důvodu mělo být povoleno otestovat a prohlédnout si zboží, které koupil, v míře nutné k obeznámení se s povahou, vlastnostmi a funkčností zboží.“

Právo odstoupit od smlouvy má tedy vyvážit nevýhodu vyplývající pro spotřebitele ze smlouvy uzavřené na dálku tím, že mu poskytuje přiměřenou dobu na rozmyšlenou, během níž má možnost nabyté zboží přezkoumat a vyzkoušet.³⁹³ Ve světle těchto cílů je nutno příslušná ustanovení (viz dále) vykládat.

Lhůta pro odstoupení od smlouvy uzavřené na dálku bez udání důvodu činí 14 dní, přičemž se jedná o lhůtu procesní (proto bude lhůta zachována i v případě, že bude poslední den lhůty odstoupení od smlouvy podnikateli pouze odesláno). Počátek běhu lhůty k odstoupení v případě e-shopů je pak stanoven obvykle na den převzetí zboží spotřebitelem (§ 1829 odst. 1 písm. a) občanského zákoníku). V uvedené 14denní lhůtě však musí spotřebitel podnikateli pouze odeslat oznámení o odstoupení od smlouvy, a nikoliv mu rovněž i zakoupené zboží vrátit. Samotné zboží musí být podnikateli vráceno (náklady na vrácení zboží nese spotřebitel, avšak pouze pokud o tom

³⁹¹ Obsah této kapitoly byl publikován na mém blogu, viz KMOCH, Š. *Ke zneužívání spotřebitelova práva odstoupit od smlouvy bez udání důvodu* [online]. 2017-01-23. Dostupné z: <https://www.stepankmoch.cz/ke-zneuživani-spotrebitelova-prava-odstoupit-od-smlouvy-bez-udani-duvodu/>. Pro stále platné závěry tohoto svého článku uvádím v aktualizované podobě i zde.

³⁹² K tomu viz např. KUČERA, P., VOKURKOVÁ, K. E-shop není půjčovna. Pravidla pro vrácení se zpřísní. *Aktuálně.cz* [online]. 2014-08-26. Dostupné z: <https://zpravy.aktualne.cz/finance/nakupovani/eshop-vcraceni-zbozi-odstoupeni-od-kupni-smlouvy/r~f1eef0502c6211e48975002590604f2e/>.

³⁹³ Rozsudek SDEU ze dne 3. 9. 2009, sp. zn. C-489/09 ve věci Pia Messner v. Firma Stefan Krüger, marg. č. 20.

byl podnikatelem upozorněn v souladu s § 1832 odst. 3 OZ) nejpozději do 14 dnů od odstoupení od smlouvy (konkrétně až od okamžiku, kdy bylo odstoupení od smlouvy podnikateli doručeno a není-li doručeno v zákonné 14denní lhůtě, tak od jeho odeslání podnikateli). Spotřebitel tak *de facto* může mít zboží bezplatně ve své dispozici až po dobu 4 týdnů.

Jak bylo uvedeno výše, účelem odstoupení od smlouvy ze strany spotřebitele je, aby měl možnost si zakoupené zboží prakticky vyzkoušet, tedy je i rozbalit a uvést do provozu.³⁹⁴ Mališ a Otevřel uvádějí³⁹⁵, že „*podnikatel nemůže po spotřebiteli požadovat, aby zboží vrátil zcela nepoužité, a ještě k tomu v nepoškozeném originálním obalu. Naopak předpokladem vyzkoušení je porušení obalu (často lze zboží rozbalit pouze za předpokladu roztržení jednorázového obalu), u elektroniky například vložení baterií nebo paměťového média a vyzkoušení základních funkcí*“. Důležité je, že podle ust. § 1833 občanského zákoníku odpovídá spotřebitel podnikateli pouze za snížení hodnoty zboží, které vzniklo v důsledku nakládání s ním jinak, než je to nutné s ohledem na jeho povahu a vlastnosti. Zboží lze tedy v uvedených lhůtách (tj. až po dobu 4 týdnů) standardně používat, aniž by byl spotřebitel odpovědným za snížení hodnoty užívaného zboží. Např. s fotoaparátem lze pořizovat fotografie, oblečení lze nosit, z tiskárny lze běžně tisknout apod. Takováto formulace občanského zákoníku je nejen kontroverzní či až nespravedlivá, ale dokonce přesahuje požadavky evropského práva. Podle čl. 14 odst. 2 podkladové směrnice³⁹⁶ totiž spotřebitel odpovídá za snížení hodnoty v důsledku nakládání se zbožím „jiným způsobem, než jaký je nutný k tomu, aby se obeznámil s povahou, vlastnostmi a funkčností zboží“. Formulace podkladové směrnice pak odpovídá jejímu účelu a smyslu, kterým je možnost spotřebitele si zboží při koupi prohlédnout a vyzkoušet si na místě jeho základní funkce. Naopak formulace v českém právu je s tímto účelem a smyslem v rozporu. Když Gierke kritizoval chybějící „kapku sociálního oleje“ v BGB (viz *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889, s. 10, 18, 20 a násl.), tak českého zákonodárce lze v této souvislosti kritizovat naopak za to, že toho oleje přilil o kapku více, než bylo vhodné. Použijeme-li příklad s oblečením, podle českého práva platí, že spotřebitel může oblečení zakoupené v e-shopu dennodenně obvyklým způsobem používat po dobu až 4 týdnů, zatímco podle evropského práva jej může pouze vyzkoušet způsobem obdobným jako v případě nákupu v kamenné prodejně (tj. slovy podkladové směrnice způsobem nutným k tomu, aby se obeznámil s povahou, vlastnostmi a funkčností zboží). Je tedy zřejmé, že česká úprava svou nedomyšleností zneužívání práva na odstoupení od smlouvy ze strany spotřebitelů umožňuje.

³⁹⁴ JANSÁ, L., OTEVŘEL, P., ČERMÁK, J., MALIŠ, P., HOSTAŠ, P., MATĚJKA, M., MATEJKA, J. *Internetové právo*. Brno: Computer Press, 2016, ISBN 978-80-251-4664-4, s. 218.

³⁹⁵ Tamtéž.

³⁹⁶ Směrnice č. 2011/83/EU o právech spotřebitelů.

Nejvíce znepokojivý je však počet on-line kupujících, kteří práva odstoupit od smlouvy zneužívají – v článku *Ärger mit Spaßbestellern*, publikovaném v *Süddeutsche Zeitung* dne 21. 11. 2013 se uvádí číslo 30 %.

Je pravidlem, že s běžným vyzkoušením zboží nemůže podnikatel spojit žádnou sankci.³⁹⁷ Od toho je však třeba odlišit situace, kdy spotřebitel zakoupené zboží zcela zdarma užívá i bez skutečné vůle nabýt k němu vlastnické právo (např. zakoupení drahého fotoaparátu s úmyslem používat jej pouze na dovolené a po jejím skončení jej vrátit). Je takové jednání právem skutečně dovolené? Při aplikaci tradičních zásad občanského práva, jako je zákaz zneužití práva (*abusus iuris*; o nešťastném zakotvení přívlastku zjevně v ustanovení § 8 občanského zákoníku již bylo pojednáno v Hulmákově komentáři, proto se jím zde nebudu zabývat), zásada poctivosti a dobré víry (*bona fides*), resp. při aplikaci zásady, že nikdo nemůže mít užitek ze zneužití práva, resp. z protiprávního činu, popř. z toho, že nejednal v dobré víře (*nemo turpitudinem suam alegare potest*), pak nutně docházíme k tomu, že mnohdy bude nejen ospravedlnitelné, ale z morálního hlediska i nutné práva poskytnutá spotřebiteli (v tomto případě tedy pravidlo, že spotřebitel odpovídá podnikateli pouze za snížení hodnoty užívaného zboží nestandardním způsobem) omezit. Tento závěr nachází oporu i v případě omezení práv poskytnutých spotřebiteli unijním právem, a to v rozsudku SDEU ve věci *Messner*³⁹⁸, ve kterém soud došel k závěru, že:

„V důsledku toho účel směrnice 97/7³⁹⁹ a zejména zákaz uvedený v čl. 6 odst. 1 druhé větě a v odst. 2 této směrnice⁴⁰⁰ v zásadě nebrání tomu, aby právní úprava členského státu ukládala spotřebiteli povinnost zaplatit přiměřenou kompenzační náhradu, pokud tento používal zboží nabyté na základě smlouvy uzavřené na dálku způsobem, který je neslučitelný se zásadami občanského práva, jako jsou zásady dobré víry nebo bezdůvodného obohacení.“

Jak uvádí i citovaný rozsudek SDEU⁴⁰¹, bude vždy nezbytné individuálně posoudit, a to s přihlédnutím ke všem zvláštnostem daného případu, zdali bude omezení spotřebitelových práv možné. Pokud se podnikateli podaří prokázat, že spotřebitel zakoupené zboží užíval bez skutečné vůle nabýt k němu vlastnické právo, přiklání se autor tohoto článku k tomu, že by mělo být rozhodnuto ve světle uvedených tradičních zásad a pravidlo § 1833 občanského zákoníku v dané

³⁹⁷ Rozsudek SDEU ze dne 3. 9. 2009, sp. zn. C-489/09 ve věci *Pia Messner v. Firma Stefan Krüger*, marg. č. 24.

³⁹⁸ Rozsudek SDEU ze dne 3. 9. 2009, sp. zn. C-489/09 ve věci *Pia Messner v. Firma Stefan Krüger*, marg. č. 26.

³⁹⁹ Ke smyslu a účelu spotřebitelského práva odstoupit od smlouvy viz výše.

⁴⁰⁰ Čl. 6 odst. 1 druhá věta zní: „Jedinou platbou, která může být po spotřebiteli požadována, jsou skutečně vynaložené náklady spojené s vrácením zboží.“ Čl. 6 odst. 2 pak stanoví, že: „Uplatnil-li spotřebitel právo odstoupit od smlouvy podle tohoto článku, je dodavatel povinen bezúplatně vrátit částky zaplacené spotřebitelem. Jedinou platbou, jejíž zaplacení může být po spotřebiteli požadováno, jsou skutečně vynaložené náklady spojené s vrácením zboží. Vrácení zboží musí být uskutečněno co nejdříve, nejpozději však do 30 dnů.“

⁴⁰¹ Srov. jeho marg. č. 28.

věci neaplikovat, resp. neposkytnout v tomto případě spotřebiteli právní ochranu. Formule zásady občanského práva jako ospravedlnění omezení práv poskytnutých unijním právem spotřebiteli se nachází i v dalších rozsudcích SDEU⁴⁰² a bylo o ní rovněž napsáno mnoho vědeckých prací⁴⁰³. Pouze pro doplnění lze poukázat na to, že Tichý dokonce uvažuje⁴⁰⁴ i nad tím, zda je SDEU „připraven z této mlhavé formulace ‚všeobecné zásady‘ vyvodit také pozitivní nároky, např. určitý druh celounijní odpovědnosti *culpa in contrahendo*“.

Je třeba si uvědomit, že práva spotřebitelů v případě závazků ze smluv uzavíraných distančním způsobem nejsou ověřená časem (v evropském právu se vyskytují pouhých 20 let) – na rozdíl od výše nastíněných zásad, které (i s ohledem na podstatnou romanistickou recepci práva) od nepaměti ovládají soukromé právo jako takové, tj. v první řadě občanské právo jako obecné soukromé právo.

Aby však mohlo být rozhodnuto ve prospěch těchto zásad, musí být podnikatel schopen zneužití práva ze strany spotřebitele prokázat. Není totiž rozhodné, jaké byly skutečné záměry spotřebitele, nýbrž co se podaří prokázat a doložit podnikateli. Rozhodující orgán proto bude pravděpodobně vycházet z tzv. testu kachny („Pokud vidím ptáka, který chodí jako kachna, plave jako kachna a kváká jako kachna, pak o tomto ptáku tvrdím, že je to kachna.“, J. W. Riley). V případě pochybností by měl být podle zákonodárce chráněn ten, kdo subjektivní právo má a dovolává se jej.⁴⁰⁵ Tím vším je podnikatel staven do nelehké a téměř bezvýhodné situace.

Pokud by se právo (zejména soudní praxe) s výše uvedeným nedostatkem nevypořádalo, byl by k ochraně podnikatele před spotřebiteli, kteří zneužívají nástroje určené k jejich ochraně, nutný krok zákonodárce.

7.2.2 Vyhlídky do budoucna a problematické aspekty

Výše uvedené závěry mého dřívějšího článku je třeba s ohledem na následující vývoj aktualizovat, a to nejen dle mých následně nabytých praktických zkušeností, ale i v kontextu novelizovaného znění předmětného ustanovení a vyhlídek do budoucna.

⁴⁰² Viz např. rozsudek SDEU ze dne 10. 4. 2008, sp. zn. C-412/06 ve věci Annelore Hamilton v Volksbank Filder, marg. č. 39–42, a rozsudek SDEU ze dne 15. 4. 2010, sp. zn. C-215/08 ve věci E. Friz GmbH proti Carstenu von der Heydenovi, marg. č. 44–45.

⁴⁰³ WEATHERILL, S., The principles of civil law as a basis for interpreting the legislative acquis, ERCL 2010; Hartkamp A., The General Principles of EU Law and Private Law, RabelsZ 2011; Hesselink M., The general principles of civil law: Their nature, role and legitimacy, in: WEATHERILL, S. (ed.), *The Involvement of EU Law on Private Law Relations*, OUP, 2013.

⁴⁰⁴ TICHÝ, L. Ochrana spotřebitele, s. 19.

⁴⁰⁵ K tomu srov. důvodovou zprávu k ust. § 8 občanského zákoníku.

K judikaturnímu vývoji v mezidobí nedošlo. Při analýze současného stavu jsem sice k předmětnému ustanovení dohledal několik rozsudků, zejména soudů nižších instancí, aniž by však některý z nich byl na řešenou otázku přílehlavý.

V praxi jsem se v mezidobí setkal s řadou situací, kdy kupující-spotřebitelé činili zcela zjevně excesivní množství objednávek na internetovém obchodě⁴⁰⁶, následně od kupních smluv po 14 dnech od dodání zboží pravidelně odstupovali, přičemž po dalších 14 dnech následovalo, v souladu s § 1831 občanského zákoníku, zaslání zboží podnikateli. Takoví kupující-spotřebitelé jaksi „profesionálně“ zneužívali práva odstoupit od smlouvy, a to zřejmě z důvodu⁴⁰⁷, že si takto opakovaně vybavovali svoji domácnost nejmodernějšími zařízeními a technologiemi, případně si tímto způsobem *de facto* bezplatně vypůjčovali vybavení pro účely dovolených a podobně. Tímto jednáním i přirozeně vznikala prodávajícímu-podnikateli značná škoda (snížení hodnoty zboží vlivem jeho obchodního znehodnocení, neboť toto již nelze prodat jako nové, dále zejména škoda v podobě nákladů na balné, dopravné, nákladů na rekultivaci zboží, jakož i náklady personální, byť poslední uvedené nelze za škodu v právním slova smyslu považovat a ani ji účinně vymáhat).

Nutno doplnit, že takové kupující zpravidla neodradí ani řešení obchodně nejelegantnější, uplatňované např. platformou Amazon, v podobě blokace uživatelského účtu. Aby nebyla taková obrana obejitelná vytvořením nového účtu, je třeba naprogramovat komplexní řešení, které bude schopné příslušného kupujícího automaticky detekovat a blokovat, ale zároveň nepoškodí kupující nacházející se na stejné IP adrese (případy bytových domů). Navíc je třeba vypořádat se v rámci toho i s otázkami jako je skrývání IP adresy přes VPN apod. V tomto ohledu není postavení e-commerce podnikatelů vůbec jednoduché.

Při analýzách šancí na úspěch v případném sporu se spotřebitelem byla brána v potaz zejména nepříznivá právní úprava, která takové zneužívání *explicite* umožňuje, jak bylo uvedeno v předchozí kapitole, a zároveň neochota soudů aplikovat obecné principy (zmiňovaný zákaz *abusus iuris*) pro odůvodnění postupu *contra legem scripta*, zvláště pak v případech, kdy na jedné straně stojí slabší strana či spotřebitel.⁴⁰⁸ Vidina, že by soudy v konkrétní věci překonaly tezi *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*, tak byla prakticky nulová. Zahájení soudního sporu proto

⁴⁰⁶ V několika případech šlo o vyšší stovky objednávek ročně a v jednom případě jsem se dokonce setkal se situací, kdy kupující učinil více než 1000 objednávek ročně.

⁴⁰⁷ Dovozeno ze strany klienta s ohledem na charakter zakupovaného zboží.

⁴⁰⁸ Rolí hrála i skutečnost, že už i dřívější judikatura se zákazem zneužití práva pracovala (v kontextu pracovněprávních vztahů, tedy ve vztahu ke slabší straně) zjevně nesprávně, viz názor vyslovený v rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 28. 5. 2000, sp. zn. 21 Cdo 992/99, který v té době recentní judikatura přejímala, viz rozsudek téhož soudu ze dne 31. 10. 2019, sp. zn. 21 Cdo 1815/2018 a dále např. rozsudek téhož soudu ze dne 29. 1. 2020, sp. zn. 29 Cdo 2136/2018.

bylo mj. z uvedených důvodů vnímáno jako vysoce rizikové s tím, že případný neúspěch by po jisté medializaci představoval návod pro další spotřebitele, kteří by takové situace jistě využili. Pro podnikatele tedy bylo racionálnější, a z hlediska pravděpodobnosti i ekonomicky výhodnější, nechat spotřebitele svých práv zneužívat a jimi způsobovanou škodu strpět a náklad fakticky přenést na ostatní, poctivé zákazníky.⁴⁰⁹

Z hlediska vyhlídek do budoucna jde o vývoj ve vztahu k řešení zde posuzované otázky pozitivní, neboť novela občanského zákoníku v souvislosti s transpozicí modernizační „omnibus“ směrnice mění formulaci problematického ustanovení § 1833 občanského zákoníku⁴¹⁰ způsobem, který již evropské právo neporušuje, konkrétně neporušuje podkladovou směrnici založenou na principu plné harmonizace⁴¹¹, tedy způsobem, který jsem navrhoval i ve svém článku použitým pro účely této práce výše. Na okraj dodávám, že v návrhu omnibus směrnice⁴¹² navrhoval zákonodárce změnu, aby spotřebiteli právo odstoupit od smlouvy vůbec nenáleželo, manipulovali se zbožím během lhůty pro odstoupení od smlouvy, nad rámec manipulace nutné k obeznámení se s povahou, vlastnostmi a funkčností zboží; nakonec však v průběhu legislativního procesu došlo k vypuštění tohoto návrhu, což se domnívám, že je i vhodnější.

Od novelizovaného znění § 1833 občanského zákoníku tedy spotřebitel odpovídá podnikateli za snížení hodnoty zboží, které „vzniklo v důsledku nakládání s tímto zbožím jinak, než je nutné k tomu, aby se seznámil s povahou, vlastnostmi a funkčností zboží“.

Změna § 1833 občanského zákoníku umožní podnikatelům požadovat po spotřebiteli zaplacení částku odpovídající snížení hodnoty zboží, což bude v praxi představovat rozdíl mezi (a) cenou kupní (b) a cenou obvyklou ve vztahu k vrácenému zboží, konkrétně půjde v praxi internetových obchodů typicky o rozdíl mezi (a) tržní cenou daného zboží coby zboží prodávaného jako

⁴⁰⁹ Resp. škodu přenést na jiné zákazníky, ať už ve smyslu pozitivním (v podobě zdražování) či ve smyslu negativním (v podobě zhoršení kvality služeb a snížení inovací vlivem omezenějších financí na investice, ze kterých by spotřebitelé alespoň nepřímou těžili). Jak jsem zdůrazňoval v kapitole 4 v souvislosti s legislativní praxí evropského zákonodárce, zvýšení nákladů pro podnikatele vždy ve svém důsledku zaplatí spotřebitelé. Zatímco ve vysoce maržových oblastech podnikání by tomu tak být nemuselo, nebo by se tak dělo jen částečně, v e-commerce dané pravidlo s ohledem na nízké marže platí dvojnásob.

⁴¹⁰ Novelizované znění § 1833 občanského zákoníku s vyznačením změn je následovné: „Spotřebitel odpovídá podnikateli pouze za snížení hodnoty zboží, které vzniklo v důsledku nakládání s tímto zbožím jinak, než je nutné s ním nakládat s ohledem na jeho povahu a vlastnosti k tomu, aby se seznámil s povahou, vlastnostmi a funkčností zboží. To neplatí, pokud podnikatel nesdělil spotřebiteli informace podle ustanovení § 1820 odst. 1 písm. f) údaje podle § 1820 odst. 1 písm. i).“

⁴¹¹ Důvodová zpráva k tomu uvádí: „Daná směrnice je založena na principu tzv. úplné harmonizace, který nepřipouští odlišnou právní úpravu, ani pokud je pro spotřebitele příznivější, jako je tomu v tomto případě. Navíc se tím nepřímě zvyhodňuje spotřebitel. Navrhuje se tedy § 1833 OZ upravit v souladu se směrnicí. Spotřebitel by měl mít možnost se zbožím nakládat tímž způsobem, jako kdyby jej vybíral v kamenné prodejně.“

⁴¹² COM/2018/0185 final – 2018/090 (COD). Celex 52018PC0185. Dostupné online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52018PC0185>. Omnibus směrnici se podrobněji věnuji v navazující kapitole 7.3 této práce.

rozbalené a (b) tržní cenou téhož zboží prodávaného jako použité. Požadování další škody (např. zmiňované náklady na balné či rekultivaci zboží apod.) vzniklé porušením rozebírané povinnosti ze strany spotřebitele je potom *a contrario* vyloučeno.

Problematický praktický aspekt, se kterým se musí právní praxe vypořádat, je otázka, jakým přesně způsobem dojde k reparaci snížené hodnoty zboží.

Snížená hodnota odpovídá škodě v právním slova smyslu, konkrétně škodě skutečné, neboť snížená hodnota zboží představuje zmenšení majtkového stavu poškozeného. Vzhledem k tomu, že dle § 1832 odst. 1 občanského zákoníku je podnikatel povinen spotřebiteli v případě, že od smlouvy odstoupí, vrátit „*všechny peněžní prostředky včetně nákladů na dodání, které od něho na základě smlouvy přijal, stejným způsobem*“, stojí vedle sebe dvě pohledávky, a to (a) pohledávka spotřebitele na vrácení přijatých peněžních prostředků a (b) pohledávka podnikatele na náhradu způsobené škody.

Efektivním a hospodárným postupem by bylo jednostranné započtení pohledávek, jehož důsledkem podnikatel vrácené peněžní prostředky jednoduše poníží o způsobenou škodu. Vystává zde přitom otázka, zda pohledávka podnikatele bude pohledávkou nejistou ve smyslu § 1987 odst. 2 občanského zákoníku, který takové pohledávky prohlašuje za nezpůsobilé k započtení. Domnívám se, že pakliže podnikatel svůj nárok v rámci započtení odpovídajícím způsobem odůvodní a doloží, v běžných případech se o pohledávku nejistou jednat nebude. Důvodem tohoto mého závěru je skutečnost, že internetové obchody, pro které je dané ustanovení nejvíce relevantní, mají zcela běžně, na základě tržní situace, nastaveny tzv. procesy rekultivace zboží (např. v interním předpisu). Podle stavu zboží, jež je vráceno na sklad důsledkem odstoupení od smlouvy ze strany spotřebitelů, tak mají internetové obchody stanovené přesné koeficienty pro výpočet tržní (zde prodejní) ceny zboží rozbaleného a zboží poškozeného, v závislosti na stavu zboží, přičemž tyto již obchodní znehodnocení věci vlivem jejího používání či poškození zohledňují. Přirozeným faktem vyplývajícím i z péče řádného hospodáře je, že koeficienty jsou stanoveny na nejvyšší možnou tržní hodnotu, za kterou lze zboží v daném stavu prodat.

Spornou a značně problematickou otázkou v případě internetových obchodů zůstává, co přesně je cenou obvyklou, resp. tržní. Pojem obvyklá cena není v občanském zákoníku nijak definován⁴¹³, avšak judikatura určitá vodítka přináší.⁴¹⁴ Podstatné je uvést, že stanovení výše ceny obvyklé je

⁴¹³ § 492 odst. 1 občanského zákoníku stanoví pouze: „Hodnota věci, lze-li ji vyjádřit v penězích, je její cena. Cena věci se určí jako cena obvyklá, ledaže je něco jiného ujednáno nebo stanoveno zákonem.“

⁴¹⁴ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 28. 8. 2012, sp. zn. 23 Cdo 500/2012: „*Obvyklá cena je cena, která by byla dosažena při prodeji stejného, případně obdobného majetku nebo při poskytování stejné nebo obdobné služby*

otázkou skutkovou, nikoliv právní, a je tak stanovena typicky znalcem. Telec uvádí⁴¹⁵, že obvyklá cena se zpravidla vypočte aritmetickým průměrem uskutečněných kupních nebo dražebních cen v daném místě a čase.

V případě internetových obchodů se přitom může jednat o výpočet značně složitý. Před dalším právním pojednáním je v tomto ohledu, pro čtenáře bez praxe v e-commerce, třeba osvětlit současnou cenovou politiku internetových obchodů (vč. těch ve formě online tržišť). Internetové obchody neprodávají zboží za jednotné ceny všem zákazníkům (ostatně to nečiní ani provozovatelé kamenných prodejen, pouze je u nich cenová politika v tomto ohledu méně sofistikovaná vlivem omezenějších možností automatizace a algoritmizace). V praxi internetových obchodů rozlišujeme hned několik cenových hladin. Základní cenou je cena, která se zobrazí nepřihlášenému uživateli (tzv. nákupy bez registrace). Následují cenové hladiny (např. zlatá, stříbrná a bronzová) jsou určeny dle předem stanovených kritérií, v té nejjednodušší podobě dle obratu daného uživatele za předchozí období, typicky kalendářní čtvrtletí. Zde se dále rozvětvují cenové hladiny spotřebitelů (B2C) a cenové hladiny podnikatelů (B2B). Tím však stanovování cen nekončí. Do hry vstupují další aspekty, jako jsou roboti pro automatické naceňování zboží⁴¹⁶, slevové akce a nelze vyloučit ani úpravy ceny dle chování uživatele, byť s poslední uvedeným se jako jediným v praxi nesetkávám a mohl by být i aspektem právně problematickým (mj. v kontextu regulace automatizovaného rozhodování dle GDPR). Základní cena tedy neznamená cenu tržní, avšak pouze cenu, od které se odvíjí další cenové hladiny (např. spotřebitel se zlatou cenovou hladinou bude mít na určité zboží slevu 20 % z čisté marže, tzv. marže M6, a to ve vztahu k danému konkrétnímu zboží při jeho základní ceně).

V souladu s výše uvedeným závěrem Telce, který se mi, byť jako osobě neerudované v problematice ekonomického oceňování věcí, jeví jako logický, se bude jednat o částku odpovídající aritmetickému průměru skutečně realizovaných prodejních cen internetovým obchodem v „daném čase“⁴¹⁷. Fungování internetových obchodů vyžaduje automatizaci, o čemž

v obvyklém obchodním styku v tuzemsku ke dni ocenění. Přitom se zvažují všechny okolnosti, které mají na cenu vliv, avšak do její výše se nepromítají vlivy mimořádných okolností trhu, osobních poměrů prodávajícího nebo kupujícího ani vliv zvláštní oblíbenosti. Stanovení takové obvyklé ceny je úkolem k tomu povolaného soudního znalce. Otázka správnosti takto stanovené ceny není pak otázkou právní, ale skutkovou. Jestliže soud při stanovení obvyklé ceny akceptuje odborné posouzení znalce jako správné, ač tomu tak není, jde o pochybení při zjišťování skutkového stavu věci, resp. při hodnocení provedených důkazů ve smyslu ustanovení § 132 OSŘ.“

⁴¹⁵ TELEC, I. Posuzování obvyklé ceny u převodu nemovitostí. *Bulletin advokacie* 6 (2015), s. 16.

⁴¹⁶ Tito roboti nastavují základní prodejní cenu zboží automaticky v závislosti na cenách konkurence. K přeceňování dochází typicky jednou za 24 hodin, ale jde jen o otázku nastavení. Motivem těchto naceňovacích robotů je nabízet zboží za nejnižší cenu z vybrané konkurence.

⁴¹⁷ Domnívám se, že daným časem nebude krátký rámec např. jednoho dne, neboť na to by mohly mít výrazný vliv právě např. krátkodobé slevové akce, ale průměr bude třeba počítat např. v rámci předchozích 30 kalendářních dní.

jsem pojednával v kapitole 4 zasazující e-commerce do širšího kontextu, jinak by ani takové podnikání nebylo životaschopné, resp. by bylo vlivem markantního zvýšení provozních nákladů ztrátové a nevyhnutelně by tak vedlo k navýšení cen pro spotřebitele.

Bez složitého programování pro výpočet obvyklé ceny, které nebude v případě menších internetových obchodů realizovatelné, však nezbude než vyjít z ceny základní (zobrazované nepřihlášenému uživateli), nikoliv skutečně realizované. Cena skutečně realizovaná přitom bude mnohdy nižší, ať už vlivem snížení ceny naceňovacím robotem, případně vlivem cenového zvýhodnění daného zákazníka, které se v e-commerce děje automatizovaně⁴¹⁸, důsledkem čehož dojde ke znevýhodnění menších internetových obchodů, byť s ohledem na počet realizovaných transakcí daného typu u menších podnikatelů půjde o znevýhodnění nepříliš podstatné.

Nezodpovězenou otázkou je, k jakému okamžiku bude třeba cenu obvyklou určit. S ohledem na § 620 odst. 1 občanského zákoníku se domnívám, že půjde o okamžik, kdy došlo ke stanovení hodnoty vráceného zboží ze strany podnikatele v rámci procesu rekultivace zboží.⁴¹⁹ V rámci toho je třeba zohledňovat dobu 14 dnů od odstoupení od smlouvy spotřebitelem (srov. § 1832 odst. 1 občanského zákoníku), kde 14. den je nejzazším okamžikem pro „vrácení peněžních prostředků“.

Na první pohled se může zdát, že otázka určení přesného okamžiku pro výpočet obvyklé ceny z důvodu menších výkyvů „v daném čase“ je otázkou nepodstatnou a případné poškození spotřebitelů určením nesprávného okamžiku bude zanedbatelné, téměř nepoznatelné. Z pohledu velkých internetových obchodů, zejména z pohledu online tržišť, se však může jednat s ohledem na obrovské počty transakcí o částky značné.

Výše uvedeným rozborem jsem sledoval jeden cíl – poukázat na realitu e-commerce, kde každé, jinak bezproblémové zákonné ustanovení, vede k praktickým komplikacím, a to z důvodu nutnosti automatizace, jež vyžaduje jasný algoritmus. Zákonodárce však poskytuje pouze obecná ustanovení, která mnohdy z hlediska potřeby algoritmizace přinášejí více otázek než odpovědí, což v e-commerce vede ke zvyšování nákladů na právní služby a IT specialisty. Tato skutečnost hraje opět v neprospěch malých a středních podnikatelů a ve prospěch gigantických online tržišť jako je např. Amazon. Zákonodárce si přitom není reálných dopadů na praxi nikterak vědom, nebo tuto vědomost přinejmenším nijak nevyjadřuje ani nereflektuje.

⁴¹⁸ Typicky jde o stanovení několika cenových hladin, např. gold, bronze a silver, které jsou přiděleny zákazníkům dle vybraných kritérií, typicky uskutečněný obrat za poslední kvartál.

⁴¹⁹ Tento okamžik bude zaznamenán zpravidla v interním systému podnikatele.

S podstatně většími obtížemi se nyní setkávají internetové obchody při výpočtu běžné ceny v rámci nového zákazu tzv. falešných slev zavedeným modernizační „omnibus“ směrnicí, kdy je nejasné, jak takovou cenu v případě internetových obchodů určovat. To přináší sáhodlouhé diskuse mezi právníky a IT specialisty, přičemž v tomto ohledu nejenže nepanuje shoda mezi českými právníky, ale nepanuje shoda ani mezi právníky českými v porovnání s právníky z jiných členských států a přísnost výkladu národních dozorových orgánů se podstatně liší. Otázkou falešných slev se dále zabývám v následující kapitole.

7.3 Spotřebitelská modernizační „omnibus“ směrnice a její dopady na e-commerce

7.3.1 Úvod

Modernizační spotřebitelská „omnibus“ směrnice⁴²⁰ novelizuje řadu dřívějších směrnic na ochranu spotřebitele, z toho důvodu se pro její označení vžil název omnibus směrnice, a to zejména v cizojazyčné literatuře a člancích.⁴²¹ Byť by v českém prostředí mohl být příhodnější název jiný a při respektu oficiálního názvu směrnice by se mohlo jednat např. o „velkou modernizační směrnici“, považoval bych za neodůvodněně nekonzistentní odklánět se od celoevropsky vžitých termínů. Ostatně Česká republika je součástí velké rodiny evropských národů a sám jsem v dřívějších kapitolách kritizoval nekonzistentní užívání pojmů napříč EU, byť šlo o legální definice.⁴²² Přestože ostatní čeští autoři na toto označení nenavazují a pracují spíše s pojmem „modernizační směrnice“⁴²³, budu s ohledem na výše uvedené užívat v této kapitole celoevropsky užívaného označení „omnibus směrnice“.

⁴²⁰ Směrnice EP a Rady (EU) 2019/2161 ze dne 27. 11. 2019, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, 2005/29/ES a 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů Unie na ochranu spotřebitele.

⁴²¹ Viz např. LEGAT, O. The Omnibus Directive – the new way to enhance protection of EU consumers. *EY* [online]. 2022-07-11. Dostupné z: https://www.ey.com/en_pl/law/omnibus-directive; Omnibus Directive enters into application at national level. *Ecommerce Europe* [online]. 2022-05-31. Dostupné z: <https://ecommerce-europe.eu/news-item/omnibus-directive-enters-into-application-at-national-level/>, nebo CREAVEN, E. New Deal for EU Consumers – The Omnibus Directive explained. *Lexology* [online]. 2021-10-28. Dostupné z: <https://ecommerce-europe.eu/news-item/omnibus-directive-enters-into-application-at-national-level/>.

⁴²² Viz např. kapitoly 3.1.3 a 3.2.1 této práce.

⁴²³ Viz např. AUJEZDSKÝ, J. Modernizační směrnice – nová regulace související s uživatelskými recenzemi. *MKA Nosko* [online]. 2022-03-20. Dostupné z: <https://www.mka-nosko.cz/posts/modernizacni-smernice-nova-regulace-souvisejici-s-uzivatelskymi-recenzemi/>; HORAK, F., KOLAŘÍKOVÁ, L. Modernizace spotřebitelských pravidel. *Daňové a právní aktuality* [online]. 2020-07-08. Dostupné z: <https://danovky.cz/cs/modernizace-spotrebitelskych-pravidel>, nebo ŠVEJDA, V. Digitální novela občanského zákoníku a modernizace ochrany spotřebitele. *Právní prostor* [online]. 2022-06-08. Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/obcanske-pravo/digitalni-novela-obcanskeho-zakoniku-modernizace-ochrany-spotrebitele>.

Omnibus směrnice v reakci na výrazný socioekonomický i právní vývoj novelizuje následující právní předpisy EU:

- směrnici 93/13/EHS, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách⁴²⁴
- směrnici 98/6/ES, o ochraně spotřebitelů při označování cen výrobků nabízených spotřebiteli⁴²⁵
- směrnici 2005/29/ES, o nekalých obchodních praktikách⁴²⁶
- směrnici 2011/83/EU, o právech spotřebitelů⁴²⁷

7.3.2 Vliv omnibus směrnice na e-commerce

V kapitole 5.2 této práce jsem pojednával o právních překážkách jednotného e-commerce trhu, kdy jednou z těchto překážek byly překážky vytvořené evropským zákonodárcem, *in concreto* směrnice s minimální úrovní harmonizace. Rozvedl jsem, proč tyto působí jako překážka jednotného vnitřního trhu, a že menší podnikatele v e-commerce vedou k izolování se na jeden nebo několik málo klíčových národních trhů.

Přestože na úrovni směrnic na ochranu spotřebitele se zdá, že novým trendem evropského zákonodárce je přerod k plné harmonizaci⁴²⁸, v případě omnibus směrnice zákonodárce přesto příležitosti ke změně harmonizačního rámce dřívějších směrnic nevyužil a ani se, na rozdíl od jiných recentních spotřebitelských směrnic⁴²⁹ a v rozporu se Strategií EU pro jednotný digitální trh EU⁴³⁰, nezabývá otázkou vlivu směrnice na jednotný e-commerce trh, natož aby vysvětlil důvody, proč dřívější koncepční vady⁴³¹ směrnic v tomto ohledu nenapravit. Tedy harmonizační rámec je vždy ponechán původní koncepci novelizovaných směrnic, kdy historické směrnice přijaté do r. 2000 jsou založeny na principu minimální harmonizace, zatímco směrnice od r. 2000

⁴²⁴ Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. 4. 1993, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

⁴²⁵ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, ze dne 16. 2. 1998, o ochraně spotřebitelů při označování cen výrobků nabízených spotřebiteli.

⁴²⁶ Směrnice EP a Rady 2005/29/ES, ze dne 11. 5. 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.

⁴²⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU, ze dne 25. 10. 2011, o právech spotřebitelů, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES a zrušuje směrnice Rady 85/577/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES.

⁴²⁸ Z recentních směrnic viz např. čl. 4 směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/770, ze dne 20. 5. 2019, o některých aspektech smluv o poskytování digitálního obsahu a digitálních služeb, a čl. 4 směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/771 ze dne 20. 5. 2019, o některých aspektech smluv o prodeji zboží, o změně nařízení (EU) 2017/2394 a směrnice 2009/22/ES a o zrušení směrnice 1999/44/ES.

⁴²⁹ Viz předchozí poznámku pod čarou.

⁴³⁰ Podrobně rozebíráno v kapitole 4 této práce.

⁴³¹ Vliv na jednotný (e-commerce) trh v důsledku úrovně harmonizace.

musí být, s jistými výslovnými výjimkami, transponovány v souladu s principem plné harmonizace.⁴³² Vzhledem k tomu, že pro e-commerce je jednoznačně nejkomplicovanější změnou otázka komunikace cen, resp. slev, a tuto otázku řeší omnibus směrnice změnou směrnice 98/6/ES, o ochraně spotřebitelů při označování cen výrobků nabízených spotřebiteli, kterážto směrnice je však založena na principu minimální harmonizace, jde o zásadní koncepční nedostatek omnibus směrnice. Pokud bych měl zvolit jednu změnu, kde bude princip minimální harmonizace z hlediska překážek jednotného vnitřního (e-commerce) trhu vytvářet největší obtíž, bude to právě tato otázka komunikace cen, resp. slev, přičemž této konkrétní změně směrnice se věnuji v navazujícím pojednání. V souladu se závěry kapitoly 5 je tedy i v tomto případě platný závěr, že zákonodárce, resp. Komise, překážky jednotného vnitřního e-commerce trhu svojí legislativou stále vytváří, byť je to v rozporu s jejich vlastními cíli.

Co se týče ekonomických vlivů omnibus směrnice, lze vyjít z dvou dokumentů. Tím prvním je samotný návrh omnibus směrnice⁴³³, tím druhým stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k tomuto návrhu⁴³⁴.

Z návrhu omnibus směrnice, resp. jeho důvodové zprávy, lze vyčíst jednak obecné fráze a domněnky⁴³⁵, jednak i konkrétní závěry – ty se však týkající toliko 3 dílčích aspektů⁴³⁶. Zcela

⁴³² Konkrétně směrnice 93/13/EHS, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, a směrnice 98/6/ES, o ochraně spotřebitelů při označování cen výrobků nabízených spotřebiteli jsou založeny na režimu minimální harmonizace. Na principu plné harmonizace jsou založeny směrnice 2005/29/ES, o nekalých obchodních praktikách a 2011/83/EU, o právech spotřebitelů.

⁴³³ COM/2018/0185 final – 2018/090 (COD). Celex 52018PC0185. Dostupné online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52018PC0185>.

⁴³⁴ EESC 2018/02126 OJ C 440, 6. 12. 2018, s. 66–72. Celex 52018AE2126. Dostupné online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52018AE2126>.

⁴³⁵ Např. „Z ekonomického hlediska je pravděpodobné, že chování obchodníků vůči spotřebitelům bude mít značný dopad na fungování spotřebitelských trhů. Důvodem je, že obchodníci mají velmi významný vliv na informace pro spotřebitele a rozhodování na takových trzích. Spotřebitelská politika má tedy potenciál zlepšit tržní síly. To může pomoci při podpoře hospodářské soutěže a zvyšování účinnosti.“, případně domněnky o dopadech: „Je pravděpodobné, že mikropodniky budou mít z navrhovaných opatření pro snížení zátěže prospěch především v případě práva odstoupit od smlouvy. Důvodem je, že tyto podniky mohou mít v současnosti menší flexibilitu při absorbování ztrát způsobených stávajícími povinnostmi. Je pravděpodobné, že mikropodniky budou méně ovlivněny navrhovaným posílením pravidel o sankcích za rozsáhlé protiprávní jednání a rozsáhlé protiprávní jednání s unijním rozměrem, protože takového protiprávního jednání se obvykle dopouštějí větší společnosti, které se pak stanou předmětem koordinovaných donucovacích opatření v rámci spolupráce v oblasti ochrany spotřebitele.“

⁴³⁶ Např. ke zmíněnému návrhu neumožnit spotřebitelům odstoupit od smlouvy uzavřené distančním způsobem v případě excesivního používání zboží bylo uvedeno: „První změna týkající se práva odstoupit od smlouvy zruší povinnost obchodníka přijmout vrácené zboží, i když jej spotřebitelé používali více, než je povoleno. Malé a střední podniky uváděly v souvislosti se současnou povinností přijímat takto ‚nepřiměřeně zkoušené zboží‘ průměrné roční ztráty ve výši 2223 EUR (medián 100 EUR). Stanoviska podnikatelských sdružení a společností také naznačují, že ze snížení této zátěže budou mít prospěch zejména obchodníci a malé a střední podniky. Pokud jde o povinnost obchodníka vrátit spotřebitelům platbu ještě před možností vrácené zboží prohlédnout, dosahují průměrné odhadované roční ztráty způsobené platnými pravidly, uváděné při konzultacích v panelu malých a středních podniků, výše 1212 EUR (medián 0). Stanoviska podnikatelských sdružení a společností také naznačují, že ze snížení této zátěže budou mít prospěch zejména obchodníci a malé a střední podniky.“

chybí odhady celkových nákladů na ekonomiku a odhady celkových přínosů po jejich monetizaci, a tyto nelze ani nijak dopočítat z konkrétních závěrů, které se týkají pouze zlomku regulovaných oblastí.

Ze stanoviska Evropského hospodářského a sociálního výboru k návrhu omnibus směrnice lze vyčíst pouhé domněnky a názory výboru, které se opírají o stávající informace, obsažené v návrhu omnibus směrnice, a v tomto ohledu nebyly dopady omnibus směrnice ani nijak posuzovány.

Poslední bod kritiky míří na legislativní proces omnibus směrnice. Přestože bylo učiněno 110 pozměňující návrhů⁴³⁷, kdy několik z nich obsahuje i podstatné změny se značným dopadem na e-commerce (zejm. pozměňovací návrh č. 50, rozebíraný dále v kapitole ohledně komunikace cen), resp. kdy došlo k modifikaci navrhovaných či přidávání zcela nových povinností, nejsou k žádnému z pozměňovacích návrhů dostupné další informace. Pozměňovací návrhy tak může být obcházena skutečnost, že každý návrh musí být nejprve analyzován a posuzován a až poté schválen. Z dostupných informací se zdá, že ve vztahu k pozměňovacím návrhům hlasoval evropský zákonodárce pocitově, tedy slepě a bez znalosti skutečných dopadů takových návrhů.

7.3.3 Vymezení předmětu analýzy

Dopad omnibus směrnice, a ostatně i širší transpoziční novely občanského zákoníku a zákona o ochraně spotřebitele (ta vedle transpozice omnibus směrnice zahrnuje i transpozici směrnice 2019/770/EU o některých aspektech smluv o poskytování digitálního obsahu a digitálních služeb⁴³⁸ a směrnice 2019/771/EU o některých aspektech smluv o prodeji zboží⁴³⁹), je značný. Ostatně jde o největší legislativní počín evropského zákonodárce s dopadem na spotřebitele a e-commerce od r. 2018, kdy nabylo účinnosti GDPR.

Téma omnibus směrnice, podobně jako téma GDPR, případně otázka novely občanského zákoníku a zákona o ochraně spotřebitele s omnibus směrnici související, by bylo vhodným

⁴³⁷ Zpráva o návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. 4. 1993, směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů EU na ochranu spotřebitele (COM(2018)0185 – C8-0143/2018 – 2018/0090(COD)), dostupné z: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2019/0029/P8_A\(2019\)0029_CS.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2019/0029/P8_A(2019)0029_CS.pdf).

⁴³⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/770, ze dne 20. 5. 2019, o některých aspektech smluv o poskytování digitálního obsahu a digitálních služeb.

⁴³⁹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/771 ze dne 20. 5. 2019, o některých aspektech smluv o prodeji zboží, o změně nařízení (EU) 2017/2394 a směrnice 2009/22/ES a o zrušení směrnice 1999/44/ES.

samostatným tématem akademické práce či monografie, nikoliv však dílčí kapitoly. V navazujícím textu je proto nutné šíři pohledu na omnibus směrnici zúžit a, v souladu s cíli této práce, soustředit pozornost na změny, které jsou z hlediska e-commerce zásadní.

Významné změny zavedené omnibus směrnici z hlediska spotřebitele e-commerce lze vymezit následujícími podtématy, která řadím od nejvýznamnějšího po to nejméně významné⁴⁴⁰:

- Komunikace slev
- Uživatelské recenze
- Změny ve vztahu ke kontraktaci a obsahu smluv v e-commerce
- Administrativní přezkum smluv uzavíraných se spotřebitelem
- Další významné otázky jako jsou např. změny týkající se zákonné záruky při prodeji věci spotřebiteli a záruky za jakost

7.3.4 Marketingová komunikace slev

V kapitole 7.1.3.2 věnované vybraným kognitivním zkreslením v online marketingu jsem pojednával mj. o využití averze ke ztrátě (loss aversion), resp. její formy v podobě efektu FOMO (fear of missing out) při marketingové komunikaci slev. Nyní je příhodné na tuto část, kde jsem vymezil kognitivní zkreslení a efekt FOMO, navázat v kontextu nové úpravy (marketingové) komunikace slev, zavedené omnibus směrnici, a rozebrat dané téma podrobněji. Lze tedy uvést, že regulace komunikace slev je i regulací jednoho z případů kognitivních zkreslení a v tomto ohledu kapitola navazuje na kapitolu 7.1 o online marketingu a iracionálních faktorech.

Vidina slevy vede k představě úspory peněz, což vyvolává pozitivní emoci. Taková emoce zvyšuje pravděpodobnost reakce na takovou nabídku.⁴⁴¹ Spotřebitelský průzkum ukázal, že koupě za nižší než běžnou cenu je uspokojující, a to i v případě, že jde o zboží či službu, které daný spotřebitel nepotřebuje.⁴⁴²

⁴⁴⁰ Významnost zde posuzuji dle skutečného odhadovaného významu pro spotřebitele (v tomto ohledu nemám oporu v datech a nezbývá posuzovat význam logickou dedukcí) v kombinaci s významem pro podnikatele z hlediska implementace příslušných opatření za účelem dodržování nových či modifikovaných povinností.

⁴⁴¹ BABAKUS, E., TAT, P., CUNNINGHAM, W. Coupon Redemption: A Motivational Perspective, *Journal of Consumer Marketing* (Spring 1987), s. 37–43.

⁴⁴² Schindler, R. M. The Excitement of Getting a Bargain: Some Hypotheses Concerning the Origins and Effects of Smart-Shopper Feelings, in: *NA – Advances in Consumer Research*, Volume 16, eds. Thomas K. Srull, Provo, UT: Association for Consumer Research, 1989, s. 447–453.

Časově omezené nabídky slev jako např. v podobě Black Friday v USA, zvyšují účinek „strachu z promeškání“ (FOMO), důsledkem čehož nakupují spotřebitelé zboží, které nepotřebují, a to jen proto, že je ve slevě.⁴⁴³

V případě slevových akcí tohoto typu je přirozenou tendencí vést spotřebitele k impulzivnímu nákupu dalšího, nesouvisejícího produktu. Několik razantně zlevněných produktů tak zapůsobí jako návnada k tomu, aby spotřebitel vstoupil do obchodu a zakoupil i jiné zboží s vyšší marží pro podnikatele, který takto ztrátu marže ze zlevněných produktů kompenzuje. V případě kamenných prodejen je tento efekt výrazný, neboť časová investice věnovaná návštěvě kamenné prodejny je oproti internetovému obchodu neporovnatelně vyšší. Protiprávní realizací k cíli prodat tyto nesouvisející produkty je tzv. vábivá reklama, kdy podnikatel poskytne spotřebiteli výraznou slevu na určité zboží, ačkoliv dopředu mu musí být zřejmé, že „*množství zboží, které je v provozovně ve skutečnosti k dispozici, je ve zcela zjevném nepoměru k množství potenciálních zákazníků, které podnikatel oslovil inzercí plošně vhažovanou do poštovních schránek*“.⁴⁴⁴ Vábivá reklama je protiprávní praktikou z tzv. černé listiny nekalých (klamavých) obchodních praktik.⁴⁴⁵

S ohledem na uvedené se domnívám, že současná kazuistická úprava a zařazení vábivé reklamy na černou listinu, důsledkem čehož se, na rozdíl od klamavých praktik dle § 5 zákona o ochraně spotřebitele, u této praktiky neposuzuje vliv na rozhodnutí ohledně koupě ve vztahu k relevantní cílové skupině (optikou hlediska průměrného spotřebitele), není vhodná. Je zřejmé, že zcela odlišný význam z hlediska společenské škodlivosti má daná praktika v případě internetových obchodů (e-tail) a v případě prodeje v kamenné provozovně (retail). V případě kamenných provozoven je jistě dána dostatečná míra společenské škodlivosti⁴⁴⁶, která odůvodňuje

⁴⁴³ „Podle výzkumu časově omezené nabídky zvyšují ‚očekávanou lítost‘ – neboli ‚strach z promeškání‘ neboli FOMO – která lidi vede k nákupu věcí, které by jinak nekoupili. Spotřebitelé mají tendenci podlehnout časově omezené nabídce, protože jim to připadá jako menší riziko než snažit se naleznout lepší nabídku u jiného prodejce.“ Volně přeloženo z originálu: „*Limited-time offers increase ‚anticipatory regret‘ — aka ‚fear of missing out‘ or FOMO — which drives people to purchase things they otherwise wouldn’t, according to research. Consumers tend to give into a limited-time offer because it feels like less of a gamble than trying to find a better deal somewhere else.*“ Viz STIEG, C. The psychological reason you get sucked into Black Friday sales. *CNBC* [online]. 2019-11-29. Dostupné z: <https://www.cnbc.com/2019/11/29/psychology-of-black-friday-shopping-phenomenon-and-crowds-explained.html>.

⁴⁴⁴ Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 9. 2019, č. j. 10 As 102/2018 – 45.

⁴⁴⁵ Viz § 2 odst. 1 písm. c) zákona o regulaci reklamy ve spojení s § 4 odst. 3 zákona o ochraně spotřebitele a § 5 odst. 3 zákona o ochraně spotřebitele, který odkazuje na přílohu č. 1 k zákonu o ochraně spotřebitele. Podle přílohy č. 1 písm. d) zákona o ochraně spotřebitele jsou obchodní praktiky vždy považovány za klamavé, pokud prodávající „*nabízí ke koupi výrobky nebo služby za určitou cenu, aniž zveřejnil důvody, na jejichž základě se může domnívat, že nebude sám nebo prostřednictvím jiného podnikatele schopen zajistit dodávku uvedených nebo rovnocenných výrobků nebo služeb za cenu platnou pro dané období a v přiměřeném množství vzhledem k povaze výrobku nebo služby, rozsahu reklamy a nabízené ceny (vábivá reklama)*“. O specifikách této tzv. černé listiny jsem pojednával v kapitole 6.2.2.

⁴⁴⁶ Spotřebitel navštíví prodejnu, načež zjistí, že zboží, pro které se do dané prodejny vypravil, je již vyprodané. Aby zmírnil negativní důsledky (časová ztráta, investovaná energie, frustrace z neúspěchu), zakoupí si v prodejně alespoň jiné zboží, v horším případě za vyšší než běžnou cenu.

zařazení takové praktiky na černou listinu. V případě e-commerce však argumenty „vábění“ z hlediska společenské škodlivosti neobstojí. Otázka návštěvy, jakož i opuštění, internetové obchodu, je otázkou v řádu jednotek vteřin. K vábění zde, nejsou-li navíc přítomny jiné skutečnosti či praktiky, tedy z povahy věci vůbec nemůže dojít. Jsem přesvědčen, že z toho důvodu (tj. ke spáchání přestupku dojde nanejvýš formálně, nikoliv materiálně) nelze v případě internetových obchodů, za běžných situací, dojít k závěru o protiprávnosti daného jednání ve smyslu Přílohy č. 1 odst. d) k zákoně o ochraně spotřebitele, ale nanejvýš jej bude možné posuzovat optikou klamavé reklamy dle § 2 odst. 1. písm. b) zákona o regulaci reklamy ve spojení s § 5 zákona o ochraně spotřebitele, tedy již s korektivem v podobě způsobilosti vést k rozhodnutí o koupi, posuzováno hlediskem průměrného spotřebitele ve vztahu k relevantní cílové skupině. Není proto divu, že zcela běžně užívané praktiky v e-commerce v podobě krátkodobých slev⁴⁴⁷ (zobrazovaných např. formou odpočtu), týkající se zboží s omezenou skladovou zásobou, jež v žádném případě nemůže uspokojit potenciální zákazníky, nejsou v praxi ani nikterak sankcionované, byť formálně by znaky vábivé reklamy naplnily.

Na výše uvedeném příkladu jsem poukázal na nevhodnost mnou soustavně kritizované kazuističnosti, která je přitom pro černou listinu nekalých obchodních praktik typická. *De lege ferenda* by proto bylo vhodnější vrátit právním normám charakter obecných norem, které umožní správní a soudní praxi více reflektovat specifika daného případu. Na základní ústavní korektivy jako na „cestu poslední záchrany“ z nelogických důsledků formální aplikace kazuistické normy se spolehnout nelze - tyto korektivy musí být výjimečné, neboť při častější nežli zcela výjimečné aplikaci mohou vést k relativizaci práva a právní nejistotě. Možnou legislativní alternativou je změnit charakter černé listiny takovým způsobem, že by tato získala charakter obdobný zvláštním skutkovým podstatám nekalé soutěže, tedy kdy by se jednalo o demonstrativní výčet možných protiprávních praktik, vždy však za předpokladu, že v konkrétním případě dojde k naplnění „generální klauzule“, zde v podobě § 5, 5a nebo 5b.

Vrátíme-li se zpět od druhotných nákupů, ke kterým může komunikace výrazných slev vést, k vlivu běžných slevových akcí na spotřebitele, je třeba začít zmiňovat specifika komunikace cen a slev v e-commerce.

V kapitole 4 jsem mj. došel k závěru, že digitalizace vede k transparentnosti. To platí i v případě komunikace slev. Rozdílem e-commerce oproti offline světu je snadný přístup k datům ze strany spotřebitelů, a to jak horizontálně, ve vztahu ke konkurenčnímu zboží (možnost si cenu zboží snadno porovnat na jiném internetovém obchodě, případně přímo na cenovém srovnávači),

⁴⁴⁷ V řádu hodin, nanejvýš několika jednotek dní.

tak i vertikálně, ve vztahu k danému podnikateli (využitím bezplatné aplikace umožňující ověření vývoje ceny⁴⁴⁸). Při aplikaci hlediska průměrného spotřebitele⁴⁴⁹ lze dovést, že si spotřebitel u většiny zboží, které na internetovém obchodě nakupuje (zvláště v případě koupě hodnotnějšího zboží), mj. porovná, zda jej nelze koupit za výhodnějších podmínek někde jinde. V offline světě by přitom stejná činnost vyžadovala nepoměrně vyšší úsilí, které již, u běžného zboží, zřejmě aktivní prvek hlediska průměrného spotřebitele přesahuje. Tím se negativní dopady cenové manipulace na aktivního spotřebitele v e-commerce významně omezují. Neznamená to však, že se tím úplně vytrácejí, tedy tímto akcentují potřebu individuálního posouzení věci.

Zásadní a přetrvávající nekalou praktikou ve vztahu ke komunikaci slev je problematika falešných slev. Přestože takové jednání mohlo být postihováno jako klamavá reklama, ze strany příslušných orgánů⁴⁵⁰ k tomu v praxi nedocházelo⁴⁵¹, byla-li původní cena před zlevněním odůvodněna⁴⁵². Vzhledem k tomu, že omnibus směrnice ve svém odůvodnění neposkytuje v tomto ohledu žádná vodítka, lze se přesto domnívat, že nepostihování praktiky v praxi bylo důvodem pro schválení přidání nového článku 6a (a nahrazení článku 8) do směrnice 98/6/ES.⁴⁵³ Proč evropský zákonodárce zvolil danou formulaci, zejména (a) proč pro původní cenu před zlevněním cenu stanovuje období nejméně 30 dnů a (b) proč je rozhodující nejnižší cena v tomto období, nikoliv cena průměrná, není nijak odůvodněno, tudíž není bez vlastních dat, např. z příslušných analýz, ani zásadně přezkoumatelné, zda zákonodárce zvolil dobu, která bude v souladu s jeho regulatorním cílem a zároveň bude minimalizovat negativní dopady regulace. S ohledem na kritizovanou legislativní praxi evropského zákonodárce⁴⁵⁴ lze proto odhadnout, že uvedená kritéria stanovil předkladatel pozměňovacího návrhu pocitově, tedy iracionálně, amatérsky a bez opory

⁴⁴⁸ Např. Hlídačshopů.cz u každého produktu na internetovém obchodě, které spotřebitel navštíví, zobrazí nové okno s informacemi, za jakou cenu bylo dané zboží tímto prodejcem v minulosti prodáváno.

⁴⁴⁹ K hledisku průměrného spotřebitele více viz kapitolu 3.2.4 této práce.

⁴⁵⁰ V české e-commerce obecně ze strany krajských živnostenských úřadů, viz § 7 zákona o regulaci reklamy.

⁴⁵¹ Tuto skutečnost jsem ověřoval zasláním příslušných žádostí dle zákona o svobodném přístupu k informacím.

⁴⁵² Typicky se tak přitom dělo následující formulací: „Původní cenou se rozumí cena zboží při uvedení do prodeje.“

⁴⁵³ Omnibus směrnice mj. vložila nový článek 6a do směrnice 98/6/ES s tímto zněním:

„1. Veškerá oznámení o slevě z ceny musí uvádět předchozí cenu, kterou obchodník uplatňoval po určité období před uplatněním slevy z ceny.

2. Předchozí cenou se rozumí nejnižší cena, kterou obchodník uplatňoval během období ne kratšího než 30 dnů před uplatněním slevy z ceny.

3. Členské státy mohou stanovit odlišná pravidla pro zboží, které snadno podléhá zkáze nebo má krátkou dobu spotřeby.

4. Pokud byl výrobek na trhu po dobu kratší než 30 dnů, členské státy mohou rovněž stanovit kratší období, než je období uvedené v odstavci 2.“

5. Členské státy mohou stanovit, že v případech, kdy se sleva z ceny postupně zvyšuje, rozumí se předchozí cenou cena bez slevy z ceny před jejím prvním uplatněním.“

⁴⁵⁴ Viz kapitolu 5.4 této práce.

v datech. Samotný návrh omnibus směrnice⁴⁵⁵, jenž obsahuje i shrnutí dopadů legislativy, v tomto ohledu mlčí, což je způsobeno tím, že část regulující komunikaci slev byla přidána až jako pozměňující návrh, konkrétně pozměňovací návrh č. 50⁴⁵⁶.

Minimální úroveň harmonizace omnibus směrnice, jež dále přispívá nejednotnému vnitřnímu (e-commerce) trhu, jsem již kritizoval v kapitole 7.3.2 této práce. V kontextu komunikace cen se projevuje tím, že i měněná směrnice 98/6/ES, o ochraně spotřebitelů při označování cen výrobků nabízených spotřebiteli, je založena na témže principu, což členskými státy umožňuje zakotvit úpravu přísnější. V případě komunikace cen jde v e-commerce o otázku zásadní. E-commerce je trhem bez geografických hranic, kde každý e-commerce podnikatel přirozeně usiluje o nabízení svého zboží a služeb pokud možno všem evropským spotřebitelům⁴⁵⁷. V případě, kdy jeden členský stát přijme u komunikace cen přísnější transpoziční úpravu ohledně otázky komunikace cen, *de facto* tím nastaví pravidla pro celý e-commerce trh, tedy např. maďarská úprava určí, jak bude českému spotřebiteli komunikována sleva. Důvodem je již v dřívějším textu akcentovaná potřeba automatizace a algoritmizace, kdy není možné a ani finančně a z hlediska IT kapacit únosné, aby podnikatel v e-commerce vyvinul a následně i spravoval informační systém, který bude upravovat komunikaci cen pro každou zemi odlišně. Z toho důvodu se v e-commerce u právní regulace, jež vede ke změně informačních systémů, zpravidla postupuje způsobem, že podnikatel nastaví pravidla pro ten členský stát, který danou problematiku upravuje nejprísněji a ve kterém zároveň působí⁴⁵⁸. Typickými členskými státy, dle kterých se algoritmy nastavují, jsou v praxi Maďarsko a Francie. Takový přístup však popírá význam národní transpoziční úpravy (resp. její reálnou aplikaci omezuje pouze na drobné podnikatele v e-commerce, kteří nemají dostatek prostředků pro překonání překážek jednotného vnitřního e-commerce trhu), a je jedním z důvodů, proč jsem, přinejmenším v případě legislativy s dopadem na e-commerce, značným odpůrcem směrnic s minimální úrovní harmonizací.

⁴⁵⁵ Směrnice EP a Rady (EU) 2019/2161 ze dne 27. 11. 2019, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, 2005/29/ES a 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů Unie na ochranu spotřebitele, COM/2018/0185 final – 2018/090 (COD).

⁴⁵⁶ Zpráva o návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993, směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů EU na ochranu spotřebitele (COM(2018)0185 – C8-0143/2018 – 2018/0090(COD)). Dostupné online zde: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2019/0029/P8_A\(2019\)0029_CS.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2019/0029/P8_A(2019)0029_CS.pdf).

⁴⁵⁷ Podrobněji v kapitole 4 a 5 této práce.

⁴⁵⁸ Nutno dodat, že s ohledem na překážky jednotného vnitřního (e-commerce) trhu e-commerce podnikatelé zpravidla nikdy neposkytují plnění všem evropským zákazníkům, to platí i v případě celosvětového giganta, jako je Amazon, který dlouhodobě usiluje o ovládnutí evropského trhu, avšak z důvodu překážek vnitřního trhu tento cíl zatím nenaplnil. Podrobněji viz v kapitole 5 této práce.

Transpozice otázky komunikace slev je legislativně řešena přidáním nového ustanovení § 12a do zákona o ochraně spotřebitele⁴⁵⁹. Zákonodárce využil jednak možnosti omnibus směrnice stanovit odlišná pravidla pro zboží, které snadno podléhá zkáze nebo má krátkou dobu spotřeby, jednak možnosti stanovit, že v případech, kdy se sleva z ceny postupně zvyšuje, rozumí se předchozí cenou cena bez slevy z ceny před jejím prvním uplatněním. Z hlediska formulace znaků skutkové podstaty přestupku podnikatel povinnost řádné komunikace slev poruší tím, že „informaci o ceně nebo slevě z ceny poskytuje spotřebiteli v rozporu s § 12 nebo 12a, nebo neposkytne spotřebiteli informace v souladu s čl. 23 nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1008/2008“.⁴⁶⁰

Pro potřeby eurokonformního výkladu lze, mimo použitelnou judikaturu SDEU⁴⁶¹, využít podpůrně i Pokyny Komise k výkladu a uplatňování omnibus směrnice⁴⁶², přičemž mnohé argumenty v tomto dokumentu jsou obsaženy i v důvodové zprávě české transpoziční novely.

Zaměříme-li se na problematické aspekty nového ustanovení z hlediska e-commerce, jde primárně o otázky související s potřebou automatizace, resp. algoritmizace, jejímž předpokladem je především dostatečná určitost právní normy, což je i ústavním požadavkem vyjádřený zásadou *nullum crimen sine lege certa*. Sankce za přestupek (správní delikt) může být mj. uložena „pouze pokud spočívá na jasném a jednoznačném právním základě“⁴⁶³.

Z hlediska určitosti normy je prvním problémem určení, slovy omnibus směrnice, „předchozí ceny, kterou obchodník uplatňoval po určité období před uplatněním slevy z ceny“⁴⁶⁴,

⁴⁵⁹ Citaci nového ustanovení přikládám zde:

- (1) Informace o slevě z ceny výrobku obsahuje informaci o nejnižší ceně výrobku, za kterou jej prodávající nabízel a prodával
 - a) v době 30 dnů před poskytnutím slevy,
 - b) od okamžiku, kdy začal výrobek nabízet a prodávat, do okamžiku poskytnutí slevy, pokud je výrobek v prodeji dobu kratší než 30 dnů, nebo
 - c) v době 30 dnů před prvním poskytnutím slevy, zvyšuje-li prodávající slevu z ceny postupně.
- (2) Odstavec 1 se nepoužije pro výrobky, které podléhají rychlé zkáze, nebo pro výrobky s krátkou dobou spotřeby.“

⁴⁶⁰ Viz § 24 odst. 7 písm. l) zákona o ochraně spotřebitele, ve znění dle novely v souvislosti s transpozicí omnibus směrnice.

⁴⁶¹ Např. rozsudek SDEU ze dne 7. 7. 2016 ve věci Citroen, C-476/14, kde tento soud v bodech 44 až 46 uvedl, že omnibus směrnici měněná směrnice 98/6/ES o označování cen upravuje zvláštní aspekty nekalých obchodních praktik při jednání mezi podniky (podnikateli) a spotřebiteli ve smyslu čl. 3 odst. 4 směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu, konkrétně ty, které se týkají uvádění prodejní ceny zboží v rámci nabídek k prodeji a reklamy.

⁴⁶² Informace orgánů, institucí a jiných subjektů evropské unie, 2021/C 526/01 a 2021/C 526/02. *Úřední věstník Evropské unie* [online]. 2021-12-29. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2021:526:FULL&from=CS>.

⁴⁶³ Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 26. 6. 2014, č. j. 5 Afs 108/2013 – 72.

⁴⁶⁴ Čl. 2 omnibus směrnice.

příčemž transpoziční protějšek otázky předchozí ceny je upravena v novelizovaném § 12a zákona o ochraně spotřebitele.

Co se předchozí cenou (dále předchozí cenu budu nazývat jako „běžnou cenu před zlevněním“) v kontextu e-commerce praxe rozumí, je přitom poměrně nejasné.

V kapitole 7.2.2 této práce jsem shrnul problematiku naceňování zboží ze strany internetových obchodů⁴⁶⁵, na které zde posuzované ustanovení v e-commerce dopadá:

„V praxi internetových obchodů rozlišujeme hned několik cenových rovin. Základní cenou je cena, která se zobrazí nepřihlášenému uživateli (tzv. nákupy bez registrace). Následují cenové hladiny (např. zlatá, stříbrná a bronzová), které jsou určeny dle předem stanovených kritérií, typicky dle obrátu daného uživatele za předchozí kvartál. Zde se rozvětvují cenové hladiny spotřebitelů (B2C) a cenové hladiny podnikatelů (B2B). Ani tím však stanovování cen nekončí. Do hry vstupují další aspekty, jako jsou roboti pro automatické naceňování zboží⁴⁶⁶ a slevové akce. Základní cena teda neznamená cenu tržní, avšak pouze cenu, od které se odvíjí další cenové hladiny (např. spotřebitel se zlatou cenovou hladinou bude mít na určité zboží slevu 3 % ze základní ceny).“

Citovanou pasáž pro účely této kapitoly doplňuji o konstatování, že do hry navíc vstupují slevové kódy, které typicky, nikoliv však vždy, působí ponížení základní ceny, např. o určitou hodnotu či procentuálně ve vztahu ke kupní ceně, ať už jsou poskytovány v rámci konkrétní akvizice či retence zákazníků (tedy jako sleva individuální), či jako slevy všeobecné (např. dodatečná sleva platná pro všechny zákazníky při uplatnění slevového kódu v košíku, případně v ještě pozdější fázi jako sleva poskytnutá formou cash backu⁴⁶⁷).

Zatímco omnibus směrnice spojuje běžnou cenu před zlevněním s uplatňováním po určitou dobu, transpoziční zákon ji spojuje s nabízením a zároveň prodejem⁴⁶⁸, tedy transpoziční zákon

⁴⁶⁵ Směrnice o označování cen se vztahuje pouze na ceny zboží, nikoliv služeb, které jsou z této regulace vyňaty, což český zákonodárce reflektuje v návrhu znění § 12a (srov. výraz „výrobku“), proto budu z hlediska e-commerce dále pro názornost hovořit o internetových obchodech, mezi které řadím pro zjednodušení i online tržiště umožňující prodej zboží.

⁴⁶⁶ Tito roboti nastavují základní prodejní cenu zboží automaticky v závislosti na cenách konkurence. K přečtení dochází typicky jednou za 24 hodin, ale jde jen o otázku nastavení. Motivem těchto naceňovacích robotů je nabízet zboží za nejnižší cenu z vybrané konkurence.

⁴⁶⁷ Sleva formou cash backu je v e-commerce poskytována kupujícímu, typicky spotřebiteli, poté, co zaplatí kupní cenu v plné výši a následně učiní příslušné jednání (např. registrace zboží u výrobce, který díky tomu může sledovat a kontrolovat fungování v rámci distribuční sítě), a to formou zaslání příslušné peněžní částky na vybraný bankovní účet spotřebitele.

⁴⁶⁸ Viz § 12a odst. 1 novelizovaného znění zákona o ochraně spotřebitele: „*Informace o slevě z ceny výrobku obsahuje informaci o nejnižší ceně výrobku, za kterou jej prodávající nabízel a prodával.*“

nahlíží na předchozí cenu komplexně v rámci celé fáze nákupního procesu v širším slova smyslu, neboť nabízení zboží zahrnuje logicky fáze předcházející prodeji zboží.

Nabízení zboží v e-commerce zahrnuje v kontextu předmětného ustanovení veškerou marketingovou komunikaci ve vztahu ke zboží, při kterém je uvedena cena zboží, nehledě na to, zda je zboží nabízeno offline či online, a to až do okamžiku prodeje. Konkrétně sem bude spadat např. uvedení ceny zboží (a) na billboardu v metru, (b) na banneru v rámci online reklamy, (c) v rámci e-mail marketingu nebo (d) v katalogu zboží internetového obchodu.

Prodej zboží je třeba z hlediska požadavku bezrozpornosti právního řádu⁴⁶⁹ vykládat jako proces skládající se z několika fází, dovozených z podstatných náležitostí kupní smlouvy dle § 2079 odst. 1 občanského zákoníku. Aby bylo možné hovořit o prodeji, je třeba, aby v kontextu judikatury Nejvyššího správního soudu⁴⁷⁰ došlo kumulativně k naplnění všech těchto fází: (i) uzavření kupní smlouvy mezi prodávajícím a kupujícím, (ii) odevzdání věci prodávajícím kupujícímu (závazek prodávajícího), (iii) umožnění nabytí vlastnického práva k předmětu koupě kupujícím (závazek prodávajícího), (iv) převzetí věci kupujícím (závazek kupujícího) a (v) zaplacení kupní ceny kupujícím (závazek kupujícího). K tomu je třeba dodat, že koupě je synallagmatickým právním jednáním, proto je do fází prodeje třeba zahrnout jak jednání kupujícího, tak jednání prodávajícího, a zároveň jde o smlouvu konsensuálního charakteru, kdy k uzavření kupní smlouvy dochází v e-commerce zpravidla bezvýhradným přijetím nabídky učiněné online, v případě internetových obchodů konkrétně okamžikem kliknutí ze strany spotřebitele na tlačítko, kterým objednávku objednává a, v závislosti na úpravě obchodních podmínek prodejce, případně až následným doručením potvrzení objednávky kupujícímu.

⁴⁶⁹ Mimo mnoha jiných rozhodnutí tuto skutečnost zdůraznil rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v rozsudku ze dne 26. 10. 2005, č. j. 2 Afs 81/2004 – 54, když konstatoval: „*právní řád, založený na principech jednoty, racionality a vnitřní obsahové bezrozpornosti, s sebou nutně přináší imperativ stejného náhledu na srovnatelné právní instituty, byť upravené v rozdílných právních předpisech či dokonce odvětvích.*“

⁴⁷⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 7. 2021, č. j. 4 As 349/2020 – 63, kde tento soud v bodě č. 40 v návaznosti v souladu s argumentací stěžovatele uvedl (daný spor je mi dobře znám, neboť jsem autorem opravných prostředků, zejména správní žaloby a kasační stížnosti v této věci): „*Základní konstrukce prodeje, resp. terminologií zákonodárce koupě, vyplývá z § 2079 občanského zákoníku, dle kterého je koupě synallagmatickým právním jednáním, na základě kterého se prodávající zavazuje převést na kupujícího vlastnické právo k předmětu koupě (věci) a kupující k zaplacení kupní ceny a k převzetí předmětu koupě. Z díkce § 2079 občanského zákoníku lze dále dovodit konsensuální charakter emptio venditio, tj. k uzavření (resp. vzniku) kupní smlouvy obecně dojde již v okamžiku, kdy obě smluvní strany projeví vůli kupní smlouvu uzavřít (k otázce vzniku konsensuálních kontraktů srov. Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář. Praha, C. H. Beck, 2014, komentář k § 2390, dostupný v právním informačním systému beck-online). Kasační soud s ohledem na znění výše citovaného § 2079 občanského zákoníku souhlasí s krajským soudem v tom, že pojem ‚prodej‘ je bezpochyby širším pojmem nežli samotné ‚uzavření kupní smlouvy‘. Uzavření kupní smlouvy je nutno chápat jako jednu z fází prodeje, resp. koupě, ovšem fází podstatnou. Z § 2079 občanského zákoníku lze dále vydedukovat další dílčí fáze koupě, a to odevzdání věci prodávajícím kupujícímu, umožnění nabytí vlastnického práva k předmětu koupě kupujícím, převzetí věci kupujícím a zaplacení kupní ceny kupujícím.*“

Pro stanovení běžné ceny před zlevněním je tedy třeba zohledňovat, za jakou cenu bylo dané zboží v rozhodnou dobu⁴⁷¹ nabízeno a prodáváno, v kontextu výše uvedeného. To se samo o sobě jeví jako takřka nemožné. Za prvé, mimo již uvedené, internetové obchody ani samy nemusí vědět, za kolik zboží vůbec nabízely (automatizované kampaně zaměřené na individualizované slevové nabídky⁴⁷²). Za druhé i výpočet, za kolik bylo zboží prodáváno v rozhodné době, se s ohledem na definici prodeje jeví jako značně komplikovaný, pokud budeme zohledňovat všechny případy prodejů daného zboží (jak zákon *explicite* uvádí), tedy i případy prodeje na splátky či prodeje s odloženou splatností, kde k plné úhradě kupní ceny⁴⁷³ dochází nutně později než k okamžiku převzetí předmětu koupě. V kontextu výše citované judikatury Nejvyššího správního soudu přitom nelze (i s ohledem na zásady *in dubio pro libertate* a *in dubio mitius*, vyplývající ze zásady legální licence, které uznává a chrání jak Nejvyšší správní soud, tak i Ústavní soud) sankcionovat – v případě prodeje – jednání, které představuje pouze některou z fází prodeje.

Praxe tedy naráží již na základní problém, kterým je samotné definování konkrétního jednání, které je vůbec z hlediska výpočtu běžné ceny před zlevněním relevantní (tj. nabízení zboží a zároveň i prodej zboží).

Dále je třeba vypořádat se s tím, jaké konkrétní ceny mají internetové obchody do výpočtu běžné ceny před zlevněním zahrnovat.

Prakticky se zde nabízí dvě základní řešení – (a) při minimalistickém řešení lze do výpočtu běžné ceny před zlevněním zahrnout výlučně ceny základní, tedy ceny zobrazované nepřihlášenému uživateli před zohledněním cenových hladin a všech dalších možných případů zvýhodněných cen, zatímco (b) při maximalistickém řešení by bylo třeba stanovovat cenu vždy ve vztahu ke konkrétnímu zákazníkovi, což je však v řadě případů reálně nemožné (např. případy, kdy nelze cenu individualizovat, např. offline reklama, případně obecná online reklama, kde by musela být stanovena ve vztahu k ceně individualizované určitým poměrem).

Realisticky realizovatelné řešení je přitom toliko minimalistické řešení. Takové řešení však neodpovídá textaci zákona, které do výpočtu běžné ceny před zlevněním zahrnuje ve slučovacím poměru jak cenu nabídkovou (v kontextu minimalistického řešení plošnou cenu, bez zohlednění jakýchkoliv individuálních či dodatečných slev), tak ale i cenu skutečně realizovanou, resp. skutečnou kupní (prodejní) cenu zboží. Pakliže bychom od prodejní ceny odečetli slevy (např.

⁴⁷¹ Srov. § 12 a odst. 1 písm. a) až c) novelizovaného znění zákona o ochraně spotřebitele.

⁴⁷² Např. sleva nabídnutá spotřebiteli, který si na daném obchodě po dobu delší, než je pro daného spotřebitele obvyklé, nic nenakoupil.

⁴⁷³ Plná úhrada kupní ceny je jedna z fází prodeje.

individuální nebo dodatečné), již nepůjde o cenu prodejní, ale o cenu nabídkovou. Prodejní cena je zásadně cenou konečnou, cenou realizovanou, při zohlednění všech slev a jiných cenových zvýhodnění. Přitom v pokynech Komise je uvedeno, že do běžné ceny před zlevněním nelze zahrnovat např. věrnostní programy ani individuální slevy. To by za normálních okolností vedlo k poměrně logickému závěru, že minimalistické řešení je řešením v souladu se zákonem, nicméně vzhledem k explicitní formulaci § 12a zákona o ochraně spotřebitele, který do výpočtu ve slučovacím poměru zahrnuje i ceny prodejní, tedy skutečně realizované, je takový závěr z hlediska souladnosti se zákonem problematický. Eurokonformní výklad v tomto ohledu není příliš nápomocný, neboť český zákonodárce se zjevně rozhodl řešit otázku komunikace slev přísněji, což je v souladu s podkladovou směrnicí založenou na principu minimální harmonizace (tedy i zde se projevuje problém míry harmonizace směrnice).

Navíc i očekávané řešení Komise, v kontextu zmiňovaných pokynů Komise⁴⁷⁴, kdy bychom prodejní (realizované) ceny vůbec nezohledňovali a přisvědčili výkladu, který zohledňuje pouze základní nabídkové ceny (viz minimalistické řešení výše), je taková regulace snadno obejitelná. Základní ceny se mohou stát pouze cenami „na papíře“ a poté, co se uživatel přihlásí do internetového obchodu, by se mu mohla zobrazit většina produktů jako zlevněná, což je řešení, které je zjevně v rozporu se smyslem daného ustanovení. Cíl veřejnoprávního zákona, resp. výklad historický, má však z hlediska výkladu zákona velice omezenou funkci a relevantní je až na úzké výjimky pouze to, co zákonodárce v zákoně výslovně uvedl. A relevantní otázkou by bylo, zda lze takové případné jednání charakterizovat jako obcházení zákona, tedy jako jednání postavené na roveň jednání protiprávnímu.

Nezodpovězenou otázkou je, jak posuzovat situace zjevných chyb e-shopů, ke kterým poměrně běžně dochází, a které mohou v současné době být způsobeny i naceňovacími roboty. Dle mého názoru se nejedná o nabídkovou cenu, neboť pokud se jedná o chybu zjevnou, je zřejmé, že prodávající ani neměl vůli takové zboží za stanovenou cenu prodat. Tedy taková chybná cena by do algoritmu započítána být neměla. V praxi jsou však situace komplikovanější a problematika zjevnosti, omylu, resp. absence vůle, je extrémně těžko prokazatelná, neboť pakliže k chybnému nacenění, resp. chybné extrémní slevě, dojde, bude zpravidla takové zboží zcela automaticky zařazeno do příslušné kategorie např. „cenových trháků“, dojde ke zobrazení výše slevy u takového zboží apod., tedy přinejmenším pro spotřebitele nemusí být chyba vůbec zjevná. Pokud

⁴⁷⁴ Informace orgánů, institucí a jiných subjektů evropské unie, 2021/C 526/01 a 2021/C 526/02.

tedy k chybě dojde a tato však není pro spotřebitele zjevná, je otázka nezařazení takové ceny do cenového algoritmu komplikovanější.

Závěrem shrnuji, že z analýzy navrhované transpoziční úpravy vyplývá, že tato jde nad rámec podkladové směrnice⁴⁷⁵ a vzhledem k použití výrazu „prodával“ ve slučovacím poměru s pojmem „nabízel“ vede k absurdním závěrům.

Z hlediska legislativního procesu je třeba zdůraznit zarážející skutečnost, že příslušné ustanovení o komunikaci slev nebylo vůbec součástí návrhu omnibus směrnice (a nebylo tedy ani projednáno a okomentováno příslušnými výbory) a stalo se součástí omnibus směrnice až na základě pozměňovacího návrhu č. 50 v rámci tzv. dialogu. V okamžiku, kdy evropský zákonodárce o návrhu hlasoval, zřejmě nepostupoval řádně, resp. informovaně, když nevycházel z podrobnějších podkladů a analýz, ale hlasoval o toliko holé podobě pozměňovacího znění. Tato skutečně se přirozeně promítla do kvality daného ustanovení, u kterého lze polemizovat, zda vůbec přinese spotřebitelům nějaká pozitiva a nepovede spíše k tomu, že prodejci budou zboží méně zlevňovat v průběhu roku a budou vyčkávat na větší marketingové akce, kdy před těmito akcemi bude po dobu nejméně 30 dnů platit interní zákaz zlevňování zboží, důsledkem čehož budou spotřebitelé po značnou část roku kupovat zboží za vyšší ceny. Bohužel v tomto ohledu učinil evropský zákonodárce ze spotřebitelů opět „pokusné králíky“, neboť praktické konsekvence daného ustanovení nikterak nenasimuloval např. alespoň pomocí jednoduchých A/B testů na relevantním vzorku a ani neprovedl jiné potřebné analýzy. Takový legislativní přístup nelze než nazvat amatérismem.

Před úplným ukončením této podkapitoly provedu ještě komparativní analýzu s jinými právními řády.

Transpoziční úprava v Maďarsku⁴⁷⁶ definuje běžnou cenu před zlevněním jako nejnižší prodejní cenu za poslední kalendářní měsíc. Předchozí právní úprava, kterou transpoziční úprava nahrazuje, přitom pracovala s pojmy průměrná prodejní cena, nikoliv nejnižší, a v tomto ohledu jde tedy o zpřísnění. Oproti české transpoziční úpravě, která zde kombinuje prodejní cenu a nabídkovou cenu, se tedy jedná o formulaci vhodnější. Při úzké spolupráci s maďarskými advokáty ohledně implementace nových povinností jsme došli k obdobným závěrům jako u české úpravy – právní úprava je nejednoznačná a nepřináší žádná vodítka k výpočtu běžné ceny před zlevněním.

⁴⁷⁵ Nevhodně založené na principu minimální harmonizace.

⁴⁷⁶ Nařízení ministra pro inovace a technologie č. 48 z r. 2020 (XII. 11.). V originále jako: ITM rendelet a termékek eladási ára és egységára, továbbá a szolgáltatások díja feltüntetésének részletes szabályairól szóló 4/2009. (I. 30.) NFGM-SZMM együttes rendelet módosításáról.

Transpoziční úprava Rakouska upravuje otázku komunikace slev v § 9a zákona o označování cen⁴⁷⁷, přičemž formulačním rozdílem oproti české transpoziční úpravě je, že česká úprava pracuje s pojmy „sleva z ceny výrobku“, zatímco ta rakouská s pojmy „snížení ceny z hmotného zboží v částkách nebo procentech“. Zatímco v předchozí větě uvedené nemá dle mého názoru reálný dopad, tak podstatný rozdíl spočívá v tom, že dle rakouské úpravy se cena před zlevněním vypočítává z ceny uplatňované (oproti ceně nabídkové a zároveň prodejní dle české transpoziční úpravy), navíc vždy ve vztahu k příslušnému distribučnímu kanálu.

Obdobou k rakouské transpoziční úpravě je její německý protějšek v podobě § 11 odst. 1 vyhlášky o označování cen⁴⁷⁸.

Jistou zajímavostí je slovenská transpoziční úprava, neboť ta k dnešnímu dni⁴⁷⁹ neexistuje ani ve formě návrhu zákona, přestože transpoziční lhůta uplynula již 28. 5. 2022, což zřejmě souvisí s nestabilní politickou situací na Slovensku. Po České republice, která transpoziční lhůtu porušila „pouze“ s prodlením v době nejméně cca 6 měsíců, se tak jedná o nejpomalejší transpozici povinností evropského práva, který jsem v rámci komparativní analýzy odhalil. Jediným posunem,

⁴⁷⁷ V originále: Preisauszeichnungsgesetz. Originální znění ust. § 9a uvedeného zákona: „§ 9a. (1) Werden bei Sachgütern Preisermäßigungen in Beträgen oder in Prozenten bekanntgegeben, haben Unternehmer auch den vorherigen niedrigsten Preis anzugeben, der zumindest einmal innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen vor der Anwendung der Preisermäßigung in demselben Vertriebskanal verlangt wurde. Im Falle einer schrittweise ansteigenden Preisermäßigung ist der vorherige Preis der nicht ermäßigte niedrigste Preis im Sinne des ersten Satzes vor der ersten Anwendung der Preisermäßigung. (2) Sind Sachgüter weniger als 30 Tage auf dem Markt, haben Unternehmer anstelle des Preises nach Abs. 1 den niedrigsten Preis anzugeben, der innerhalb des Zeitraums, in dem sich das Sachgut auf dem Markt befindet, zumindest einmal in demselben Vertriebskanal verlangt wurde. (3) Sofern es sich um schnell verderbliche Sachgüter oder Sachgüter mit kurzer Haltbarkeit handelt, sind Abs. 1 und Abs. 2 dann nicht anzuwenden, wenn die Preisermäßigung wegen des Ablaufs des Mindesthaltbarkeitsdatums im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. r der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel, ABl. Nr. L 304 vom 22.11.2011 S. 18, in der Fassung der Verordnung (EU) Nr. 2015/2283, ABl. Nr. L 327 vom 11.12.2015 S. 1, erfolgt.“, (volně přeloženo jako: § 9a. (1) Pokud je u hmotného zboží vyhlášeno snížení ceny v částkách nebo procentech, uvedou obchodníci také předchozí nejnižší cenu účtovanou alespoň jednou v období 30 dnů před uplatněním snížení ceny ve stejném distribučním kanálu. V případě postupně se zvyšujícího snížení ceny se za předchozí cenu považuje nesnížená nejnižší cena ve smyslu první věty před prvním uplatněním snížení ceny. (2) Pokud je hmotné zboží na trhu kratší dobu než 30 dnů, uvedou obchodníci namísto ceny uvedené v odstavci 1 nejnižší cenu, která byla ve stejném distribučním kanálu účtována alespoň jednou v období, kdy bylo hmotné zboží na trhu. (3) V případě zboží podléhajícího rychlé zkáze nebo zboží s krátkou dobou trvanlivosti se odstavce 1 a 2 nepoužijí, pokud je snížení ceny způsobeno uplynutím data minimální trvanlivosti ve smyslu čl. 2 odst. 2 písm. r) nařízení (EU) č. 1169/2011 o poskytování informací o potravinách spotřebitelům, Úř. věst. č. L 304, 22. 11. 2011, s. 18, ve znění nařízení (EU) č. 2015/2283, Úř. věst. č. L 327, 11. 12. 2015, s. 1.)

⁴⁷⁸ Preisangabenverordnung ze dne 12. 11. 2021 (BGBl. I S. 4921). Ersetzt V 720-17-1 v. 14. 3. 1985 I 580 (PAngV). Tato vyhláška ve svém § 11 odst. 1 stanoví: „Wer zur Angabe eines Gesamtpreises verpflichtet ist, hat gegenüber Verbrauchern bei jeder Bekanntgabe einer Preisermäßigung für eine Ware den niedrigsten Gesamtpreis anzugeben, den er innerhalb der letzten 30 Tage vor der Anwendung der Preisermäßigung gegenüber Verbrauchern angewendet hat.“ (Volně přeloženo: „Každá osoba, která je povinna uvádět celkovou cenu, uvede spotřebitelům při každém oznámení snížení ceny zboží nejnižší celkovou cenu, kterou uplatnila vůči spotřebitelům v průběhu 30 dnů předcházejících uplatnění snížení ceny.“)

⁴⁷⁹ 19. 8. 2022.

který v tomto ohledu Slovensko učinilo, bylo přijetí vládního usnesení koncem roku 2021, že je třeba transpoziční deficit odstranit.⁴⁸⁰

7.3.5 Uživatelské recenze

Logicky navazující kapitolou je regulace dalšího typu kognitivního zkreslení, kterým je stádový efekt (volně překládáno z angl. *bandwagon effect*, některými autory označováno též jako *herding*). Fenomén stádového efektu spočívá v tendenci nechat se ovlivnit názory a jinými projevy osob, přičemž tento vliv se stejně, jako v předchozích případech kognitivních zkreslení, nejvíce projevuje v situacích nejistoty (nedostatku informací o určité skutečnosti). Zjednodušeně jej lze označit za slepou víru v něco, neboť stádový efekt ovlivňuje chování spotřebitelů nikoliv kvalitou zboží nebo služby, ale vnějšími faktory, které s kvalitou nemusí vůbec nijak souviset. Využití stádového efektu v marketingu spočívá např. ve falšování předvolebních průzkumů (se zjevným cílem ovlivnit primárně nerozhodnuté voliče), influencer marketingu⁴⁸¹, sponzorovaných článků v časopisech či novinách, ale právě i v psaní online recenzí ke zboží. Není proto divu, že stádovému efektu byla věnována značná pozornost stran marketingových výzkumů, které zkoumaly jeho vliv na spotřebitelské chování, přičemž relevantní empirická zjištění těchto výzkumů zmíním dále.⁴⁸²

Jedním z projevů stádového efektu je zkreslení vlivem popularity, kdy např. dochází k tomu, že malé množství zboží zalistovaného internetovými obchody se těší většině uživatelských recenzí a, z hlediska počtu uživatelských recenzí, tak dochází k výrazné disproporcii s ostatním zbožím.⁴⁸³ V uživatelských recenzích se dále projevuje zkreslení positivity, tedy tendence spotřebitelů hodnotit zboží, se kterým mají pozitivní zkušenost, což vede k neodpovídajícímu

⁴⁸⁰ LP/2021/553 Informácia o transpozičnom deficite a harmonograme jeho odstránenia. *Slov-Lex* [online]. 2021-11-24. Dostupné z: <https://www.slov-lex.sk/legislativne-procesy/SK/LP/2021/553>.

⁴⁸¹ Osoby se značným počtem sledujících osob, případně celebrity, propagující určitý výrobek či službu, čímž tomuto dodávají zdánlivý prvek věrohodnosti. Příkladem může být Jaromír Jágr, který je takto sponzorován čínským výrobcem (který představuje pro ČR bezpečnostní riziko, jak jsem uvedl v kapitole 5.3.1) Xiaomi.

⁴⁸² Např. BAHRI-AMMARI, N., COULIBALY, D., BEN MIMOUN, M. S. The bandwagon luxury consumption in Tunisian case: The roles of independent and interdependent self concept. *Journal of Retailing and Consumer Services* 52 (June 2019). LEHR, A., BÜTTGEN, M., BARTSCH, S. Don't Jump on the Bandwagon: Negative Effects of Sharewashing Schmalenbach. *Journal of Business Research* 73 (2021) 1, s. 75–123. MAINOLFI, G., JEONG, H. J., KWON, K. N. Exploring materialistic bandwagon behaviour in online fashion consumption: A survey of Chinese luxury consumers. *Journal of Business Research* 120 (2020) 1, s. 286–293. SHUKLA, P., ROSENDO-RIOS, V. Intra and inter-country comparative effects of symbolic motivations on luxury purchase intentions in emerging markets. *International Business Review* 30 (2021) 1.

⁴⁸³ CAÑAMARES R., CASTELLS, P. *Should I Follow The Crowd? A Probabilistic Analysis of the Effectiveness of Popularity in Recommender Systems*. In *The 41st International ACM SIGIR Conference on Research & Development in Information Retrieval*, 2018, s. 415–424. STECK, H. *Item Popularity and Recommendation Accuracy*. In *Proceedings of the Fifth ACM Conference on Recommender Systems*, 2011, s. 125–132.

zastoupení negativních hodnocení.⁴⁸⁴ Průměrné hodnocení je proto zákonitě zkreslené směrem k vyšší hodnotě a vnímanou realitu tak nevykresluje přesně.

Pro účely internetových obchodů (mezi které řadím i online tržiště) a srovnávačů zboží, ve kterých jsou uživatelské recenze zastoupeny v nejvyšším množství, lze uvést, že stádový efekt ovlivňuje potenciálního kupujícího v rozhodnutí o koupi na základě chování předchozích uživatelů. Tímto předchozím chováním je ohodnocení určitého produktu (typicky počtem hvězdiček od 1 do 5) a případně i sepsání zkušeností s daným zbožím. Nepřeberné množství studií dokázalo, že uživatelé tyto informace aktivně využívají při rozhodování ohledně koupě.⁴⁸⁵ Obdobně to přitom platí i pro doprovodné informace, jako je počet stažení (pro internetové obchody počet, kolikrát bylo dané zboží zakoupené), kdy bylo prokázáno, že zfalšovaný počet stažení (směrem nahoru) vedl k tomu, že daný softwarový produkt byl ze strany uživatelů stahován častěji než produkty konkurenční, jejichž počet stažení zfalšován nebyl.⁴⁸⁶ V případě online obchodu s doplňky pro prohlížeč Chrome (Chrome Web Store) bylo zjištěno⁴⁸⁷, že uživatelé přitom jen zřídka klikají na položky s nízkým počtem stažení, tedy zfalšování počtu stažení směrem nahoru vede v zásadě k diskvalifikaci konkurenčních produktů s nízkým počtem stažení.

Vliv chování ostatních však nemá vliv pouze na rozhodnutí ohledně koupě, ale i na samotné ohodnocení tímto ovlivněným uživatelem. Bylo zjištěno, že diváci, kteří byli vystaveni informaci ohledně průměrného hodnocení určitého filmu, následně měli tendenci sami tento film hodnotit blíže k tomuto průměrnému hodnocení ostatních, než když tento hodnotili „svobodně“.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ PRADEL, B. USUNIER, N., GALLINARI, P. Ranking with Non- Random Missing Ratings: Influence of Popularity and Positivity on Evaluation Metrics. In: Proceedings of the Sixth ACM Conference on Recommender Systems, 2012, s.147–154.

⁴⁸⁵ ADOMAVICIUS G., BOCKSTEDT, J. C., CURLEY, S., ZHANG, J. Understanding Effects of Personalized vs. Aggregate Ratings on User Preferences. *CEUR Workshop Proceedings* 1679 (2016), s. 14–21; DHOLAKIA, U. M., SOLTYSINSKI, K. 2001. Covered or Overlooked? The Psychology of Bidding for Comparable Listings in Digital Auctions. *Marketing Letters* 12 (2001) 3, s. 225–237; FLANAGIN, A. J., METZGER, M. J. Trusting Expert- versus User-Generated Ratings Online: The Role of Information Volume, Valence, and Consumer Characteristics. *Computers in Human Behavior* 29 (2013) 4, s. 1626–1634; WAYNE FU, W., SIM, C. C. Aggregate Bandwagon Effect on Online Videos' Viewership: Value Uncertainty, Popularity Cues, and Heuristics. *Journal of the American Society for Information Science and Technology* 62 (2011) 12, s. 2382–2395; HUANG, J.-H., CHEN, Y.-F. Herding in Online Product Choice. *Psychology & Marketing* 23 (2006) 5, s. 413–428; QIN, Z., ZHUANG, H., JAGERMAN, R., QIAN, X., HU, P., CHARY CHEN, D., WANG, X., BENDERSKY, M., NAJORK, M. Bootstrapping Recommendations at Chrome Web Store. In: Proceedings of the 27th ACM SIGKDD Conference on Knowledge Discovery & Data Mining, 2021, s. 3483–3491; SALGANIK, M. J., WATTS, D. J. Leading the Herd Astray: An Experimental Study of Self-fulfilling Prophecies in an Artificial Cultural Market. *Social Psychology Quarterly* 71 (2008) 4, s. 338–355.

⁴⁸⁶ HANSON, W. A., PUTLER, D. S. Hits and Misses: Herd Behavior and Online Product Popularity. *Marketing Letters* 7 (1996) 4, s. 297–305.

⁴⁸⁷ QIN, Z. et al. Bootstrapping Recommendations, s. 3483–3491.

⁴⁸⁸ FLANAGIN, A. J., METZGER, M. J. Trusting Expert- versus User- Generated Ratings, s. 1626–1634.

V návaznosti na výše uvedené informace se již zjištění, že zboží s vyšším hodnocením se prodává více než zboží hodnocené hůře, jeví jako samozřejmé, nicméně za zmínku zde stojí, že vyšší hodnocení vedlo i ke zlepšení vnímání kvality a hodnoty takového zboží ze strany potenciálního kupujícího.⁴⁸⁹

Lze shrnout, že význam uživatelských recenzí pro rozhodování spotřebitele ohledně koupě je nepochybný. Evropský zákonodárce se rozhodl reagovat na problém, který je dle mého názoru v tomto ohledu nejpálčivější, *in concreto* na problematiku falešných uživatelských recenzí. K profesionálnímu psaní falešných recenzí za zjevným účelem manipulace potenciálních kupujících, resp. za účelem zvýšení prodejů takového zboží, dochází zcela běžně.⁴⁹⁰ Problematikou falešných uživatelských recenzí se již před mnoha lety zabývala i německá teorie⁴⁹¹ i praxe⁴⁹², kdy bylo mj. zjištěno, že profesionálním (úplatným) psaním recenzí se zabývají osoby z celého světa a cena jedné recenze činí 1 až 10 USD.⁴⁹³

Stejně jako v případě předchozí kapitoly (regulace marketingové komunikace slev) nevtělil evropský zákonodárce regulaci uživatelských recenzí do návrhu omnibus směrnice, ale tato se součástí dané směrnice stala až na základě pozměňovacích návrhů⁴⁹⁴ v rámci dohodovacího postupu. Je znepokojující, že ustanovení omnibus směrnice, která mají největší dopad na online marketing a spotřebitele, se stala součástí omnibus směrnice tímto způsobem, tedy bez předchozích analýz a následné diskuse, která by se opírala o data.

Koncepčním rozdílem oproti otázce regulace komunikace slev je založení novelizované směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách na principu maximální harmonizace.

V omnibus směrnici je problematika uživatelských recenzí upravena nejen v normativní části⁴⁹⁵, ale – na rozdíl od otázky komunikace slev – i v preambuli⁴⁹⁶. Normativní část lze potom

⁴⁸⁹ SHYAM SUNDAR, S., OELDORF-HIRSCH, A., XU, Q. The Bandwagon Effect of Collaborative Filtering Technology. In: CHI '08 Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems, 2008, s. 3453–3458.

⁴⁹⁰ Při konzultacích se zaměstnancem jednoho z významných českých internetových obchodů mi bylo sděleno, že praktika, kdy výrobci či dodavatelé sepisují falešné uživatelské recenze ke svému zboží, není ničím neobvyklým. Přímé důkazy zde zpravidla chybí a tento závěr je učiněn na základě indicií, kdy typicky dochází k tomu, že nově registrovaný uživatel sepíše krátce po registraci uživatelské hodnocení k určitému zboží, přičemž toto je jediná aktivita, ke které u daného uživatele dojde. Obvykle dochází k psaní recenzí pomocí tzv. botů, tedy robotů, kteří na základě přednastavených kritérií recenze sepisují.

⁴⁹¹ MICKLITZ, H., LEOENIE, A. In: *Verbraucherrecht 2.0: Verbraucher in der digitalen Welt*. ed. / H. Micklitz; L. Reisch; G. Joost; H. Zander-Hayat. Baden-Baden: NOMOS, 2017, s. 65.

⁴⁹² Rozsudek Vyššího zemského soudu v Düsseldorfu ze dne 18. 2. 2013, I-20 U 55/12, 20 U 55/12.

⁴⁹³ MICKLITZ, H., LEOENIE, A. In: *Verbraucherrecht 2.0*, s. 65.

⁴⁹⁴ Pozměňovací návrhy č. 27, 33, 37 a 55. Dostupné online zde: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2019/0029/P8_A\(2019\)0029_CS.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2019/0029/P8_A(2019)0029_CS.pdf).

⁴⁹⁵ Článek 3, jenž mění směrnici 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách.

⁴⁹⁶ Odst. 47 až 49.

rozdělit do dvou okruhů: (i) transparentnost uživatelských recenzí⁴⁹⁷ a (ii) zákaz tvorby falešných recenzí⁴⁹⁸, přičemž dále se již budu věnovat transpoziční úpravě těchto okruhů.

Transparentnost uživatelských recenzí spočívá v uvedení informace, zda pochází od uživatele, který výrobek nebo službu skutečně použil nebo si ji zakoupil, a jakým způsobem to provozovatel dané webové stránky zajišťuje.

Zdůrazněné pasáže by byly logickou formulací, zajišťující vysokou ochranu spotřebitelů. Neodpovídají však textaci v omnibus směrnici ani v transpoziční úpravě (srov. novelizovaný § 5a odst. 5 a novelizované písm. y) přílohy č. 1 zákona o ochraně spotřebitele⁴⁹⁹) – obě tuto povinnost spojují toliko s recenzemi spotřebitelů, nikoliv podnikatelů. Navíc „povinnost transparentnosti“ má ve vztahu ke spotřebiteli pouze prodávající, nikoliv provozovatel dané webové stránky, což není smysluplné z pohledu online tržišť, kde prodávající nad uživatelskými recenzemi, resp. vůbec nad systémem pro uživatelské recenze vč. otázky ověřování recenzí, nemá žádnou kontrolu – tu má provozovatel online tržiště. To s ohledem na skutečnost, že stejné znění je obsažené v omnibus směrnici a princip plné harmonizace novelizované směrnice, není výtkou české právní úpravy, ale té evropské.

A contrario, navíc plně v souladu se zásadou legální licence, tedy platí, že neposkytnutí či zkrácení informace o tom, zda a jak prodávající zajišťuje, aby zveřejněná podnikatelská recenze pocházela od podnikatele, který výrobek nebo službu skutečně použil nebo si je zakoupil, není novými ustanoveními postižitelné a je z hlediska protiprávnosti irelevantní.

Ještě absurdnější důsledky má zvolená formulace v případě zákazu tvorby falešných recenzí, kdy je zakázáno (srov. přílohu č. 1 písm. z) zákona o ochraně spotřebitele) zveřejňovat falešné spotřebitelské recenze či doporučení nebo zadávat jiné osobě, aby takové spotřebitelské recenze či doporučení podala, nebo zkracovat spotřebitelské recenze nebo doporučení na sociálních sítích s cílem propagovat výrobek nebo službu. Spotřebitelskou recenzí se dle legislativní zkratky v novelizovaném § 5a odst. 5 rozumí „hodnocení výrobků nebo služeb provedené jiným spotřebitelem“.

Opět argumentem *a contrario*, a plně v souladu se zásadou legální licence, a bez možné námitky v podobě, že jde o obcházení zákona, platí, že tvorba falešných podnikatelských recenzí

⁴⁹⁷ Viz odst. 47 preambule, čl. 3 odst. 4 písm. c) a čl. 3 odst. 7 písm. b) omnibus směrnice.

⁴⁹⁸ Viz odst. 48 preambule a čl. 3 odst. 7 písm. b) omnibus směrnice

⁴⁹⁹ „Poskytuje-li prodávající přístup k hodnocení výrobků nebo služeb provedenému jiným spotřebitelem (dále jen „spotřebitelská recenze“), za podstatnou informaci se považuje také informace o tom, zda a jak prodávající zajišťuje, aby zveřejněná spotřebitelská recenze pocházela od spotřebitele, který výrobek nebo službu skutečně použil nebo si je zakoupil.“

zakázána není. Pro závěr o tom, že zveřejnění falešné recenze či doporučení není protiprávním jednáním, postačí, pokud je autorem recenze podnikatel. Přitom, jak jsem již uvedl v úvodu, jsou to právě podnikatelé, kteří falešné recenze za účelem zvýšení prodeje tvoří. Navíc podnikatelské nákupy a s tím spojené podnikatelské recenze jsou nedílnou součástí recenzí na internetových obchodech, online platformách a cenových srovnávačích.

V uvedené formulaci, resp. zákazu výlučně falešných spotřebitelských recenzí, není s ohledem na uvedené poznatky v úvodu této kapitoly žádná *ratio*, neboť z hlediska ovlivnění rozhodnutí ohledně koupě, resp. z hlediska manipulace, je irelevantní, zda recenze pochází od podnikatele či spotřebitele. Rozhodující je samotná existence recenze, nikoliv její autor.

V praxi odhaduji, že psaní falešných podnikatelských recenzí by mohlo být vnímáno jako zastřené spotřebitelské recenze, avšak toliko v případech, kdy podnikatel uvede nepravdivě jako autora recenze spotřebitele.

V uvedeném spatřuji nedostatek, který vznikl zřejmě tím, že příslušná ustanovení omnibus směrnice byla formulována na poslední chvíli, bez předchozích analýz a hlubšího zamyšlení. *De lege ferenda* by proto bylo vhodné zejména nahradit formulaci „spotřebitelská recenze“ formulací „uživatelská recenze“.

Závěrem přinesu trochu pozitivitu konstatováním, že po zkušenostech s implementací rozebíraných povinností do informačních systémů, se domnívám, že reálný dopad zmíněné nevhodné formulace bude malý, neboť s ohledem na potřebu automatizace, resp. algoritmizace, jakož i relevance⁵⁰⁰, jsou výše uvedené povinnosti implementovány zásadně univerzálně, tedy bez rozlišování spotřebitelů a podnikatelů. V tomto ohledu má zejména význam povinnost transparentnosti, která v praxi povede k rozlišování „ověřených“ a „neověřených“ recenzí, což jistě přinese spotřebitelům přínos. Takový výsledek však není omluvou pro evropského zákonodárce, který sepsal ustanovení, které je v přímém rozporu s logickým cílem právní regulace, a které se na tuto univerzálnost spoléhá.

Jako poslední bod této kapitoly si dovoluji polemiku nad tím, zda dané opatření skutečně povede ke kýženému cíli, kterým je zamezit manipulativním praktikám spojeným s falešnými recenzemi. Při transparentním rozdělení recenzí na „ověřené“ a „neověřené“ dojde k tomu, že sice

⁵⁰⁰ Relevantní, tedy zejména autentické uživatelské recenze, jsou přinejmenším v případě internetových obchodů i v zájmu provozovatelů příslušných webových stránek, neboť falešné recenze sice mohou vést k větším prodejům, ale zároveň i k větší míře odstoupení od smlouvy pro „nenaplnění očekávání“ daného zboží. Požadavek na to, aby recenze byly vždy ověřené, se nadto jeví jako obchodně logický, neboť neověřené recenze (tedy recenze nepocházející od toho, kdo dané zboží či službu skutečně zakoupil, ale od pouhého návštěvníka), nemá zásadně jakoukoliv motivaci psát nikdo jiný než právě autor falešných recenzí.

neověřené recenze ztratí na relevanci (v případech, jsou-li k dispozici i recenze ověřené), ale relevance ověřených recenzí se ještě umocní. Z empirických poznatků uvedených v úvodu přitom víme, že všechny uživatelské recenze, i ty ověřené a autentické, vlivem kognitivních zkreslení neodpovídají realitě. Ujistí-li evropský zákonodárce, resp. jeho prostřednictvím všichni prodejci, spotřebitele o tom, že uživatelské recenze jsou nyní nově autentické a že tito prodejci zajišťují, aby pocházeli pouze od spotřebitelů, kteří daný produkt či službu skutečně zakoupili, budou se spotřebitelé na uživatelské recenze spoléhat ještě více. Je taková cesta při vědomí, že i autentické recenze jsou zkreslené, tou nejvhodnější? A neexistuje vhodnější legislativní řešení problému manipulace s recenzemi? Takovými otázkami se však evropský zákonodárce vůbec nezabýval a zodpovězení těchto otázek se bude muset stát předmětem dalšího zkoumání.

S ohledem na princip plné harmonizace novelizované směrnice nepovažuji provádění komparativní analýzy pro účely této kapitoly za přínosné pro účely této práce.

7.3.6 Rozšíření informační povinnosti v e-commerce

Informační model a jeho velice omezenou funkčnost z důvodu informační přehlcenosti spotřebitelů, resp. jejich racionální apatie, jsem již kritizoval mj. v kapitole 2 této práce. Nelze odhlédnout ani od faktu, že informační model je vystavěn na teoretických základech (zejm. člověk ekonomický a člověk racionální), které jsou však již několik desítek let vyvracovány empirickými poznatky behaviorální ekonomie a psychologie, přičemž zlomek z nich, v podobě některých kognitivních zkreslení, jsem již rozebíral v předchozích kapitolách. Rozsáhlý informační model (uplatňovaný nejen např. v GDPR, ale i v občanském zákoníku), který není omezen pouze na zcela zásadní informace, je proto nejen nefunkční a škodlivý z hlediska následných byrokratických nákladů, ale především nerespektuje a nereflexuje empirická zjištění, tedy vychází z neinformovanosti a chybějící erudice.

Na rozdíl od předchozích případů bylo rozšíření informační povinnosti online tržišť již součástí návrhu omnibus směrnice. Před rozborem právní úpravy omnibus směrnice je třeba poukázat nejen na odůvodnění nové úpravy, ale i na její ospravedlnění v kontextu jejích přínosů a nákladů, neboť tímto ospravedlněním se zákonodárce v předchozích dvou případech nezabýval vůbec a danou úpravu přijal slepě.

V návrhu omnibus směrnice evropský zákonodárce ospravedlňuje jak zavedení regulace týkající se transparentního uvedení prodávajícího⁵⁰¹, tak i transparentnosti ve vztahu k výsledkům vyhledávání⁵⁰². S ohledem na význam a povahu daných otázek se jedná o argumentaci odpovídající.

Z hlediska posouzení dopadů legislativy lze přístupu zákonodárce vytknout, že pro účely posouzení dopadů legislativy vychází v zásadě pouze z informací od zúčastněných stran, přičemž bez další specifikace přiznává, že kontakt s online tržišti byl obtížný.⁵⁰³ Ve vztahu k celkovým nákladům online tržišť na dodržování nových právních pravidel se zákonodárce opřel o vzájemně nesouladná vyjádření 4 tržišť.⁵⁰⁴ Takové posouzení nelze považovat za dostatečné a byť se dotazování regulovaných subjektů ohledně nákladů může jinak jevit jako efektivní, je podmínkou použitelnosti takového posouzení jednak přítomnost relevantního vzorku regulovaných subjektů, jednak i kvalita odpovědí, přičemž v daném případě nebyl přítomen ani jeden z těchto prvků. K dalším analýzám ze strany Komise ani jiných unijních orgánů v tomto ohledu již nedošlo.

Jde-li o variantní legislativní řešení určená k naplnění vytyčeného cíle, resp. odůvodnění zvoleného způsobu regulace, tak ani tím se EU nezabývala.

⁵⁰¹ Mj. konstatováním, že „spotřebitelé občas nevědí, jak jsou nabídky, kterým jsou vystaveni, řazeny a od koho vlastně nakupují (zda od profesionálních obchodníků nebo jiných spotřebitelů). Mnoho spotřebitelů má dojem, že kupují od internetového tržiště, a že s ním tedy uzavírají smlouvu. Ve skutečnosti ale možná nakupují u externího dodavatele, který přes internetové tržiště nabízí své zboží, ale není obchodníkem. V důsledku toho se mohou tito spotřebitelé mylně domnívat, že jednají s profesionálními obchodníky (a mohou tedy využívat výhod práv spotřebitelů). Toto nedorozumění může způsobit problémy v případě, že něco nebude s on-line nákupem v pořádku, protože není vždy snadné určit, kdo nese odpovědnost“ a „tento návrh doplňuje opatření Komise proti nepřiměřeným smluvním podmínkám mezi platformami a podniky (iniciativa pro platformy a podniky), oznámené při přezkumu jednotného digitálního trhu v polovině období, které proběhlo v květnu 2017 24. Tento návrh a iniciativa pro platformy a podniky mají společné cíle vyšší transparentnosti a spravedlnosti v transakcích, které probíhají přes on-line platformy. Tento návrh se zabývá konkrétními problémy, které již byly identifikovány při hodnocení směrnice o právech spotřebitelů, konkrétně že spotřebitelé při nákupech přes internetová tržiště často neví, kdo je jejich smluvní protistranou. Spotřebitelé si pak často nejsou jisti, zda mohou využívat svých spotřebitelských práv platných v EU, a pokud ano, koho musí oslovit, aby zajistili jejich uplatnění. Vedle toho se tento návrh a iniciativa pro platformy a podniky doplňují i tak, že se snaží zajistit transparentnost hlavních parametrů, které určují hodnocení ve vztazích mezi platformou a spotřebitelem a platformou a podnikem“.

⁵⁰² Mj. konstatováním, že „navíc spotřebitelé využívající digitální aplikace, například internetová tržiště, srovnávací nástroje, obchody s aplikacemi nebo vyhledávače, očekávají ‚přirozené‘ nebo ‚organické‘ výsledky vyhledávání na základě relevance vzhledem k vyhledávaným výrazům, nikoliv výsledky na základě plateb od třetích stran. V souladu s pokyny 10 pro směrnici 2005/29/ES z roku 2016 by měla být příslušná ustanovení směrnice vyjasněna, aby bylo jasné, že on-line platformy musí označit výsledky vyhledávání, které obsahují ‚placené umístění‘, tj. třetí strana platí za vyšší umístění, nebo ‚placené zařazení‘, tj. třetí strana platí za zařazení do seznamu výsledků vyhledávání“.

⁵⁰³ „Kontakt s některými typy podniků, například s internetovými tržišti a poskytovateli ‚bezplatných‘ digitálních služeb, byl obtížný.“

⁵⁰⁴ „Při cílených a veřejných konzultacích uvedlo jen velmi málo respondentů kvantitativní odhady nákladů. Několik významných internetových tržišť sdělilo, že by nová, plně harmonizovaná pravidla pro transparentnost přinesla určité snížení nákladů, zatímco jiná si tím nebyla jista. Ze čtyř internetových tržišť, která reagovala na otázku ohledně nákladů, dvě uvedla, že náklady na splnění nových požadavků na informace (jednorázové a provozní náklady) by byly přiměřené, jedno je za přiměřené nepovažovalo a jedno nevědělo.“

Pro další právní analýzu již zbývá samotná omnibus směrnice a transpoziční úprava. Z preambule omnibus směrnice je relevantní nejen její odst. 26⁵⁰⁵, který rozlišuje dvě hlavní a následně regulované otázky: (a) informování o parametrech výsledků vyhledávání a (b) rozšíření

⁵⁰⁵ Ve směrnicih 2005/29/ES a 2011/83/EU by tedy měly být uvedeny konkrétní informační požadavky na online tržiště, na jejichž základě by měli být spotřebitelé používající tato online tržiště informováni o hlavních parametrech určujících pořadí nabídek a o tom, zda uzavírají smlouvu s obchodníkem nebo jinou osobou, například s jiným spotřebitelem.

informační povinnosti online tržišť (mj. informování spotřebitelů o tom, zda uzavírají spotřebitelé smlouvu s podnikatelem nebo jinou osobou), ale i odst. 20⁵⁰⁶, 21⁵⁰⁷, 24⁵⁰⁸, 25⁵⁰⁹, 27⁵¹⁰ a 28⁵¹¹.

⁵⁰⁶ „V tomto ohledu by měla být změněna příloha I směrnice 2005/29/ES, aby se upřesnilo, že postupy, kdy obchodník poskytuje spotřebiteli informace v podobě výsledků vyhledávání v reakci na dotaz spotřebitele při online vyhledávání, aniž by jasně sdělil, že jde o placenou reklamu nebo specifickou platbu za účelem dosažení lepšího pořadí produktu v rámci výsledků vyhledávání, by měly být zakázány. Pokud obchodník přímo nebo nepřímo zaplatil poskytovateli funkce online vyhledávání za lepší pořadí produktu v rámci výsledků vyhledávání, měl by o tom poskytovatel funkce online vyhledávání spotřebitele stručnou, snadno dostupnou a srozumitelnou formou informovat. Nepřímá platba by mohla mít podobu přijetí dalších povinností ze strany obchodníka vůči poskytovateli funkce online vyhledávání jakéhokoli druhu, jejichž konkrétním dopadem je lepší pořadí. Nepřímou platbu by mohla tvořit zvýšená provize za transakci a různé systémy kompenzace, které konkrétně vedou k lepšímu pořadí. Platby za obecné služby, jako jsou poplatky za zařazení na seznam nebo členské příspěvky, které řeší širokou škálu funkcí nabízených poskytovatelem funkce online vyhledávání obchodníkovi, by neměly být považovány za specifickou platbu za účelem dosažení lepšího pořadí produktu za předpokladu, že tyto platby neslouží k dosažení lepšího pořadí. Funkci internetového vyhledávání mohou poskytovat různé typy internetových obchodníků, včetně zprostředkovatelů, jako jsou online tržiště, vyhledávače a srovnávací internetové stránky.“

⁵⁰⁷ „Požadavky na transparentnost, pokud jde o hlavní parametry určující pořadí, upravuje také nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1150 (9). Požadavky na transparentnost podle uvedeného nařízení se vztahují na širokou škálu internetových zprostředkovatelů, včetně online tržišť, uplatňují se však pouze mezi obchodníky a internetovými zprostředkovateli. Podobné požadavky na transparentnost by tedy měly být zavedeny ve směrnici 2005/29/ES s cílem zajistit náležitou transparentnost vůči spotřebitelům, s výjimkou poskytovatelů internetových vyhledávačů, kteří již mají na základě uvedeného nařízení povinnost stanovit hlavní parametry, jež jsou jednotlivě nebo společně nejvýznamnější při určování pořadí, a relativní váhu těchto hlavních parametrů tím, že zajistí snadno a veřejně dostupný popis svých internetových vyhledávačů napsaný jednoduchým a srozumitelným jazykem.“

⁵⁰⁸ „Pokud jsou spotřebitelům nabízeny produkty na online tržištích, podílejí se na poskytování předšmluvních informací vyžadovaných směrnicí 2011/83/EU jak poskytovatel online tržiště, tak externí dodavatel. Výsledkem je, že spotřebitelé používající online tržiště nemusí zcela pochopit, kdo jsou jejich smluvní partneři a jak jsou ovlivněna jejich práva a povinnosti.“

⁵⁰⁹ „Online tržiště by měla být pro účely směrnic 2005/29/ES a 2011/83/EU vymezena podobně jako v nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 524/2013 (11) a směrnici Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/1148 (12). Definice ‚online tržiště‘ by ale měla být aktualizována a měla by být technologicky neutrálnější, aby zahrnovala i nové technologie. Je tedy vhodné místo na ‚internetové stránky‘ odkazovat na software, včetně internetových stránek, části internetových stránek nebo aplikace, který je provozován obchodníkem nebo jeho jménem, v souladu s pojmem ‚online rozhraní‘, jak uvádí nařízení (EU) 2017/2394 a nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2018/302 (13).“

⁵¹⁰ „Poskytovatelé online tržišť by měli informovat spotřebitele o tom, zda je třetí strana nabízející zboží, služby nebo digitální obsah obchodníkem či nikoliv, a to na základě prohlášení jim poskytnutého touto třetí stranou. Pokud třetí strana nabízející zboží, služby nebo digitální obsah prohlásí, že není obchodníkem, poskytovatelé online tržišť by měli poskytnout za tímto účelem stručné prohlášení uvádějící, že práva spotřebitelů vyplývající z právních předpisů Unie na ochranu spotřebitele se na uzavřenou smlouvu neuplatní. Kromě toho by spotřebitelé měli být informováni o tom, jak jsou povinnosti související se smlouvou rozděleny mezi třetí strany nabízející zboží, služby nebo digitální obsah a poskytovatele online tržišť. Tyto informace by měly být uvedeny jasným a srozumitelným způsobem a nikoliv pouze jako odkaz ve všeobecných obchodních podmínkách či podobných smluvních dokumentech. Požadavky na informace pro poskytovatele online tržišť by měly být přiměřené. Těmito požadavky musí být dosaženo rovnováhy mezi vysokou úrovní ochrany spotřebitele a konkurenceschopností poskytovatelů online tržišť. Poskytovatelé online tržišť by neměli mít povinnost uvádět konkrétní práva spotřebitelů, když spotřebitele informují o tom, že je nelze uplatnit. Tím nejsou dotčeny požadavky na informace pro spotřebitele stanovené ve směrnici 2011/83/EU, zejména čl. 6 odst. 1 uvedené směrnice. Informace, které mají být poskytnuty o odpovědnosti za zajištění práv spotřebitelů, závisí na smluvních ujednáních mezi poskytovatelem online tržiště a příslušnými externími obchodníky. Poskytovatel online tržiště by mohl uvést, že je externí obchodník výlučně odpovědný za zajištění práv spotřebitelů, nebo popsat své konkrétní povinnosti, pokud nese odpovědnost za určité aspekty smlouvy, například za dodávku nebo uplatnění práva odstoupit od smlouvy.“

⁵¹¹ „V souladu s čl. 15 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES (14) by poskytovatelé online tržišť neměli mít povinnost ověřovat právní postavení externích dodavatelů. Místo toho by poskytovatelé online tržišť měli po externích dodavatelích na online tržišti požadovat, aby pro účely právních předpisů na ochranu spotřebitele uváděli své postavení obchodníka nebo jiné osoby a tyto informace předávali poskytovateli online tržiště.“

Odstavce v preambuli jsem citoval primárně z důvodu, abych upozornil na disproporci s předchozími regulovanými otázkami, které jsou z hlediska významu pro e-commerce (náklady pro zajištění souladu s novou regulací) a spotřebitele (zmírnění dopadů relevantních kognitivních zkreslení, dochází-li k jejich zneužití) neporovnatelně důležitější. Pro porovnání uvádím, že otázce nejzásadnější a s nejširší působností, kterou je regulace marketingové komunikace slev, nebyl v preambuli věnován jediný odstavec a otázce regulace uživatelských recenzí byly věnovány odstavce 3.

Úprava informační povinnosti v souvislosti s vyhledáváním je provedena změnou dvou směrnic.

V první řadě jde o změnu směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách, konkrétně jejího článku 7⁵¹², jež upravuje klamavá opomenutí a dále přílohy I⁵¹³ upravující černou listinu nekalých obchodních praktik. Důležité je, že působnost této změny nedopadá dle výslovné textace pouze na online tržiště, ale na všechny subjekty, pokud umožňují spotřebitelům „vyhledávat produkty nabízené různými obchodníky nebo spotřebiteli na základě dotazu v podobě klíčového slova, fráze nebo jiných vstupů, bez ohledu na to, kde jsou transakce nakonec uzavřeny“, s výjimkou poskytovatelů internetových vyhledávačů ve smyslu čl. 2 bodu 6⁵¹⁴ nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1150. Cíl regulace je zde s odkazem na relevantní části návrhu omnibus směrnice⁵¹⁵ jasný – regulovat skrytou reklamu ve výsledcích vyhledávání. Takový

⁵¹² V čl. 3 omnibus směrnice odst. 4 je stanoveno, že článek 7 směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách se mění vložení nového odstavce, který zní: „*4a. Pokud je spotřebitelům umožněno vyhledávat produkty nabízené různými obchodníky nebo spotřebiteli na základě dotazu v podobě klíčového slova, fráze nebo jiných vstupů, bez ohledu na to, kde jsou transakce nakonec uzavřeny, považují se za podstatné obecné informace zpřístupněné v konkrétním oddílu online rozhraní, které jsou přímo a snadno dostupné ze stránky, na níž jsou prezentovány výsledky dotazu, o hlavních parametrech určujících pořadí produktů prezentovaných spotřebiteli jako výsledek dotazu při vyhledávání a relativní váze těchto parametrů oproti ostatním parametrům. Tento odstavec se neuplatní na poskytovatele internetových vyhledávačů ve smyslu čl. 2 bodu 6 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1150 (*3). (*3) Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1150 ze dne 20. června 2019 o podpoře spravedlnosti a transparentnosti pro podnikatelské uživatele online zprostředkovatelských služeb (Úř. věst. L 186, 11.7.2019, s. 57).*“

⁵¹³ Čl. 3 odst. 7 omnibus směrnice vkládá do přílohy I směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách nový bod následujícího znění: „*11a. Poskytnutí výsledků vyhledávání v reakci na dotaz spotřebitele při online vyhledávání bez jasného uvedení placené reklamy nebo platby za účelem dosažení lepšího pořadí produktu v rámci výsledků vyhledávání.*“

⁵¹⁴ Tento pro účely daného nařízení definuje poskytovatele internetového vyhledávače jako jakoukoli fyzickou nebo právnickou osobu, „*kteřá poskytuje nebo nabízí k poskytnutí internetové vyhledávače spotřebitelům*“. Internetovým vyhledávačem je dle daného nařízení „*digitální služba, která uživatelům umožňuje vkládat dotazy za účelem vyhledávání v zásadě na všech internetových stránkách nebo na všech internetových stránkách v určitém jazyce na základě dotazu na jakékoli téma v podobě klíčového slova, hlasové žádosti, sousloví nebo jiného zadání a která poskytuje výsledky v jakémkoli formátu, v nichž lze nalézt informace související s požadovaným obsahem*“.

⁵¹⁵ „*Navíc spotřebitelé využívající digitální aplikace, například internetová tržiště, srovnávací nástroje, obchody s aplikacemi nebo vyhledávače, očekávají ‚přirozené‘ nebo ‚organické‘ výsledky vyhledávání na základě relevance vzhledem k vyhledávaným výrazům, nikoliv výsledky na základě plateb od třetích stran. V souladu s pokyny 10 pro směrnici 2005/29/ES z roku 2016 by měla být příslušná ustanovení směrnice vyjasněna, aby bylo jasné, že on-line platformy musí označit výsledky vyhledávání, které obsahují ‚placené umístění‘, tj. třetí strana platí za vyšší umístění,*

cíl je dle mého názoru legitimní a poskytuje spotřebitelům informaci o tom, že výsledky vyhledávání jsou ve skutečnosti placenou reklamou, nikoliv odrazem relevance, což se ukázalo jako problematické i v mé praxi.⁵¹⁶ Proč Komise, resp. evropský zákonodárce, nezakazuje skrytou reklamu všeobecně, ale pouze ve výsledcích vyhledávání, mi však není zřejmé. Z povahy věci je skrytá reklama fenoménem pro spotřebitele škodlivým i v případech jiných⁵¹⁷, než pouze v případech výsledků vyhledávání, proto by se taková právní úprava, která již v českém právním řádu byla historicky po dobu několika let přítomna⁵¹⁸, jevila jako logičtější, a to jednak z hlediska potenciálního přínosu, jednak i z hlediska zachování vyšší míry obecnosti.

Česká transpoziční úprava povinností je ve vztahu ke změně článku 7 směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách (čl. 3 odst. 4 písm. b) omnibus směrnice), jenž upravuje klamavá opomenutí, odchýlná od omnibus směrnice, neboť omezuje aplikaci pouze na online tržiště.⁵¹⁹ Jde-li o transpozici čl. 3 odst. 7 omnibus směrnice (změna přílohy I směrnice 2005/29/ES

nebo ‚placené zařazení‘, tj. třetí strana platí za zařazení do seznamu výsledků vyhledávání“ a „pokud jde o skrytou reklamu, očekávají spotřebitelé využívající digitální aplikace, například internetová tržiště, srovnávací nástroje, obchody s aplikacemi nebo vyhledávače, ‚přirozené‘ nebo ‚organické‘ výsledky vyhledávání na základě relevance vzhledem k vyhledávaným výrazům, ne na základě plateb od třetích stran. Jak ale uvádějí i pokyny pro směrnici 2005/29/ES z roku 2016, výsledky vyhledávání často obsahují ‚placené umístění‘, kdy třetí strana platí za vyšší umístění, nebo ‚placené zařazení‘, kdy třetí strana platí za zařazení do seznamu výsledků vyhledávání. Placené umístění a placené zařazení nejsou často nijak označeny, popř. jsou označeny neurčitě způsobem, který spotřebitelé nemohou jasně rozpoznat. Měla by být tedy vyjasněna příslušná ustanovení směrnice 2005/29/ES o zákazu skryté reklamy, aby bylo jasné, že se vztahují nejen na redakční obsah médií, ale i na výsledky vyhledávání v reakci na dotaz spotřebitele při vyhledávání on-line“.

⁵¹⁶ Např. v případě srovnávače zboží Heureka.cz nemá spotřebitel na první pohled šanci zjistit, že výsledky vyhledávání nejsou seřazeny od nejlepší nabídky (tedy dle ceny, neboť podstatou srovnávačů zboží je srovnávat primárně cenu), ale v prvních 4 pozicích (které jsou dominantní a vedou k naprosté většině proklikovosti) dle toho, kolik byl za danou reklamu ochoten inzerent zaplatit. Primárně se tak spotřebitelům zobrazují ve výsledcích vyhledávání „doporučené nabídky“, a to bez jakéhokoliv vysvětlení, přičemž stránka byla posuzována autorem ke dni 1.10.2022. Takové řazení není transparentní, neboť spotřebitelé neví, co „doporučené nabídky“ znamenají a jedná se tak o typický případ skryté reklamy.

⁵¹⁷ Typicky jde o influencer marketing, kdy určitá „vlivná osoba“ na sociální síti hodnotí určité zboží či služby, avšak neuvede, že jde ve skutečnosti o placenou propagaci činěnou v rámci podnikatelské činnosti a nikoliv autentickou spotřebitelskou recenzi. K postihu takové reklamy dle současné úpravy nedochází, viz navazující poznámka pod čarou za použití argumentu *a contrario*. Na druhou stranu je zde faktem i to, že sociální sítě ve svých obchodních podmínkách skrytou reklamu zakazují a vyžadují, aby byl vždy sponzorovaný obsah jasně označen. Je proto otázkou pro průzkum, zda takovýto typ samoregulace není již dostatečně účinný, neboť bez jasných dat jsou úvahy o takové regulaci spíše právně-filosofickým pojednáním.

⁵¹⁸ Skrytá reklama byla jednáním zakázaným dle zákona o regulaci reklamy. Z důvodu, že Komise takovou regulaci považovala za nesprávnou implementaci směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách, která je založena na principu plné harmonizace, došlo novelizací zákona o regulaci reklamy k odstranění obecného zákazu skryté reklamy. Více viz např. HADAŠ, J. K. novelizaci zákona č. 40/1995 Sb. o regulaci reklamy. *Epravo.cz* [online]. 2015-09-10. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/k-novelizaci-zakona-c-401995-sb-o-regulaci-reklamy-98903.html>.

⁵¹⁹ Do § 5a zákona o ochraně spotřebitele, který upravuje klamavá opomenutí, se vkládá nový odst. 4 s tímto zněním: „Poskytuje-li poskytovatel on-line tržiště službu internetového vyhledávání, která na základě dotazu spotřebitele v podobě klíčového slova, sousloví nebo jiného zadání umožňuje vyhledat výrobky a služby nabízené různými prodávajícími nebo jinými osobami, považují se za podstatné také informace podle § 11b písm. a). To neplatí, poskytuje-li tuto službu poskytovatel internetového vyhledávače podle čl. 2 bodu 6 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/115050.“ Související návrh na přidání § 11b do zákona o ochraně spotřebitele je omezen pouze na poskytovatele on-line tržišť.

o nekalých obchodních praktikách), ani tato není v novele zákona o ochraně spotřebitele převzata v souladu směrnicí, a přidává na černou listinu klamavých obchodních praktik dle přílohy I zákona o ochraně spotřebitele praktiky, kdy prodávající „*poskytuje výsledky vyhledávání v reakci na dotaz spotřebitele při on-line vyhledávání bez jasného uvedení placené reklamy nebo platby za účelem dosažení lepšího pořadí výrobku nebo služby v rámci výsledků vyhledávání*“, tedy uvedené ustanovení černé listiny postihuje přísněji praktiky netransparentnosti nikoliv všech subjektů, ale prodávajících; taková právní úprava však není ani logická, ani vhodná, a je užší než vymezení ve směrnici, která neomezuje aplikaci pouze na prodávající. Není tak jasné, zda dané ustanovení dopadne např. na online tržiště, kde jsou netransparentní výsledky vyhledávání otázkou pro spotřebitele dle mého názoru nejškodlivější, což rozvádím dále.

Online tržiště umožňují spotřebitelům nakoupit zboží či služby od řady prodejců. Za tím účelem online tržiště vytváří a provozují mj. algoritmus pro vyhledávání a reklamní systémy, které tento algoritmus za poplatek od prodejců ovlivňují. Jak jsem již v úvodu předchozí kapitoly poukázal na empirické poznatky o důsledcích manipulace při výsledcích vyhledávání (příklad počtu stažení na online tržišti s aplikacemi Chrome Web Store, viz poznámku pod čarou č. 487), vede nesprávné (netransparentní) uvedení relevantních informací ve výsledcích vyhledávání ke změně (ekonomického) chování spotřebitele ohledně koupě daného zboží či služby. Je třeba si přitom uvědomit, že online tržiště jsou ve vztahu k výsledkům vyhledávání zásadně zaujatá, neboť lepší výsledek vyhledávání si lze do značné míry zaplatit (viz příklad se srovnávačem Heureka) v rámci placené reklamy, pro niž není z hlediska pozice důležitá pouze relevance pro uživatele, ale vstupuje do hry i otázka, kolik je ochoten prodejce za lepší pozici nabídnout. Lepší výsledek přitom vede k výrazně větším prodejům (první 3 pozice ve výsledcích vyhledávání vedou k většině prokliků a na pátou a další pozici klikají už jen jednotky procent spotřebitelů)⁵²⁰, což opět vede k více recenzím takto propagovaného zboží či služby (viz empirické poznatky v úvodu kapitoly o spotřebitelských recenzích). Tím se celý efekt na rozhodování spotřebitelů násobí. Důležitou otázkou zde proto je, zda jsou online tržiště prodávajícím (k pojmu prodávající srov. § 2 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně spotřebitele) či nikoliv. Dle mého názoru mnohá online tržiště prodávajícím nejsou, neboť online tržiště zásadně poskytují bezplatný přístup spotřebitelům na toto tržiště (a u bezúplatného plnění nelze hovořit o prodeji, dle občanského zákoníku proto např.

⁵²⁰ V tomto ohledu bylo provedeno mnoho analýz při proklikovosti výsledků vyhledávání na vyhledávači Google, které jsou použitelné i pro tyto účely, a např. z analýzy 4 milionů vyhledávání bylo mj. zjištěno, že první tři pozice výsledků ve vyhledávání vedou k většině prokliků ze strany uživatelů a že rozdíl mezi pozicemi č. 10 a č. 1 je rozdílem desetinásobné proklikovosti ze strany uživatelů. Zkrátka uživatelé klikají primárně na první pozici výsledků vyhledávání a čím je pozice vzdálenější, tím více ji vůbec neberou v potaz. Viz DEAN, B. Here's what we learned about organic click through rate. *Backlinko* [online]. 2022-10-14. Dostupné z: <https://backlinko.com/google-ctr-stats>.

ani logicky při vadě plnění nedochází ke vzniku práva z vadného plnění) a právě až jednotliví prodejci (smluvní strana, se kterou spotřebitel uzavírá smlouvu při koupi určitého zboží či služby při nákupu na online tržišti) jsou prodávajícím ve smyslu uvedeného ustanovení, resp. § 2 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně spotřebitele. Při jistém zjednodušení lze uvést, že online tržiště se nachází spíše v roli pronajímatele obchodního centra a provozovatelé jednotlivých obchodů se nachází v pozici prodávajících, proto je i legální definice online tržiště založena na umožnění uzavření smlouvy se třetími osobami na svém vlastním rozhraní či internetových stránkách.⁵²¹

Dané ustanovení tak dopadne v zásadě pouze na případy běžných internetových obchodů (vyjma online tržišť), případně i případy hybridních obchodních modelů (používaný mj. v zásadě všemi velkými českými internetovými obchody) založeného na spolupráci internetového obchodu s dodavatelem v rámci dropshipmentu, kdy přestože daný dodavatel dodává zboží zákazníkovi napřímo, ze svého vlastního skladu, je prodávajícím daný internetový obchod a vůči němu tak i spotřebitelé např. uplatňují práva z vadného plnění. To však za předpokladu, že tyto internetové obchody disponují systémy pro vyhledávání produktů, jejichž výsledky vyhledávání jsou ovlivněny reklamním systémem, čímž však v současné době nedisponují.⁵²²

De lege ferenda by bylo vhodnější, kdyby i český zákonodárce mířil na podstatu věci, kterou je netransparentnost výsledků vyhledávání, konkrétněji skrytá reklama ve výsledcích vyhledávání, a namísto omezení regulace na určité subjekty (v některých případech na prodejce a v některých případech na online tržiště) reguloval přímo provozovatele vyhledávacího systému, a to nejen v rámci online tržišť, ale i v rámci např. internetových obchodů či srovnávačů zboží, opět s výjimkou poskytovatelů internetových vyhledávačů ve smyslu čl. 2 bodu 6 nařízení EU 2019/1150, a to bez ohledu na to, zda tito jsou provozovateli online tržiště či prodejci, neboť tato kvalifikace je z hlediska postihovatelnosti dané praktiky irrelevantní. Evropský zákonodárce tak v omnibus směrnici činí, zatímco ten český, dle mého názoru v rozporu s omnibus směrnicí, volí přístup omezení osobní působnosti normy, a to někdy na online tržiště, jindy na prodávající.

Související změnou je změna směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitelů, konkrétně vložení nového článku 6a⁵²³ obsahujícího sadu povinných informací poskytovaných

⁵²¹ Viz např. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 524/2013 ze dne 21. května 2013 o řešení spotřebitelských sporů on-line a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES (nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line) (Úř. věst. L 165, 18. 6. 2013, s. 1), které definuje ve svém článku 4 odst. 1 písm. f) internetová (online) tržiště jako poskytovatele služeb ve smyslu čl. 2 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES o elektronickém obchodu *umožňující* spotřebitelům a obchodníkům *uzavírat* kupní smlouvy nebo smlouvy o poskytování služeb uzavírané on-line, na jeho internetových stránkách.

⁵²² Konzultováno se zástupcem jednoho z největších internetových obchodů v ČR.

⁵²³ Čl. 4 odst. 5 omnibus směrnice vkládá do směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitelů nový článek 6a, jehož část relevantní pro tuto kapitolu (odst. 1) cituji zde: „*Předtím, než je spotřebitel vázán smlouvou uzavřenou na dálku nebo*

spotřebitelům v případě smluv uzavíraných na online tržištích. Návrh transpoziční úpravy je proveden přidáním § 11b do zákona o ochraně spotřebitele.

Rozšíření informační povinnosti online tržišť se konkrétně týká (i) transparentnosti při řazení produktů⁵²⁴ a dále informování spotřebitelů (ii) o tom, zda uzavírají spotřebitelé smlouvu s podnikatelem nebo jinou osobou⁵²⁵ a s tím související (iii) absence spotřebitelských práv v případě, že prodávající podnikatelem není⁵²⁶, jakož i informování spotřebitelů (iv) jaké jsou povinnosti třetí strany a provozovatele online tržiště, mají-li oba plnit povinnosti ze smlouvy⁵²⁷.

Body (ii) až (iv) předchozího odstavce reagují logickým způsobem na problém, kdy spotřebitelé na online platformě neví, s kým vlastně smlouvu uzavírají, tudíž ani neví, vůči komu uplatnit případná práva z vadného plnění apod.⁵²⁸ Byť již současná právní úprava, vycházející z práva EU (srov. např. § 1811 odst. 2 občanského zákoníku), ukládá podnikatelům (vč. podnikatelů, kteří nabízejí své zboží či služby na online platformě) povinnost mj. sdělit spotřebiteli svoji totožnost, v případě online platform se toto v praxi neukázalo jako dostatečná záruka, a to z důvodu tendencí online tržišť o dominanci vlastní značky a naopak o potlačení brandingů prodávajících. Úpravu omnibus směrnice i transpoziční úpravu v tomto ohledu považují za odpovídající.

Na rozdíl od výše rozebíraných povinností, které regulují transparentnost výsledků placeného vyhledávání, resp. zákaz skryté reklamy ve vyhledávání, míří výše uvedený bod (i) na informování o způsobu řazení zalistovaných produktů v rámci „konkrétního oddílu online

jakoukoli odpovídající nabídkou na online tržišti, poskytne poskytovatel online tržiště, aniž je dotčena směrnice 2005/29/ES, spotřebiteli jasným a srozumitelným způsobem, který je vhodný pro prostředky komunikace na dálku, tyto informace: a) obecné informace zpřístupněné v konkrétním oddílu online rozhraní, které jsou přímo a snadno dostupné ze stránky, na níž jsou předloženy nabídky, o hlavních parametrech určujících pořadí nabídek předkládaných spotřebiteli, jak je vymezeno v čl. 2 odst. 1 písm. m) směrnice 2005/29/ES, jako výsledek dotazu při vyhledávání a o jejich relativní váze oproti ostatním parametrům.“

⁵²⁴ Odst. 1 písm. a) nově vloženého čl. 6a do směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitelů.

⁵²⁵ Odst. 1 písm. b) nově vloženého čl. 6a do směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitelů.

⁵²⁶ Odst. 1 písm. c) nově vloženého čl. 6a do směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitelů.

⁵²⁷ Odst. 1 písm. d) nově vloženého čl. 6a do směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitelů.

⁵²⁸ V návrhu omnibus směrnice je k tomu mj. uvedeno: „Spotřebitelé občas nevědí, jak jsou nabídky, kterým jsou vystaveni, řazeny a od koho vlastně nakupují (zda od profesionálních obchodníků nebo jiných spotřebitelů). Mnoho spotřebitelů má dojem, že kupují od internetového tržiště, a že s ním tedy uzavírají smlouvu. Ve skutečnosti ale možná nakupují u externího dodavatele, který přes internetové tržiště nabízí své zboží, ale není obchodníkem. V důsledku toho se mohou tito spotřebitelé mylně domnívat, že jednají s profesionálními obchodníky (a mohou tedy využívat výhod práv spotřebitelů). Toto nedorozumění může způsobit problémy v případě, že něco nebude s on-line nákupem v pořádku, protože není vždy snadné určit, kdo nese odpovědnost. Návrh zavádí do směrnice 2011/83/EU další požadavky na informace, které po internetových tržištích vyžadují, aby jasně informovala spotřebitele o: a) hlavních parametrech, které určují řazení různých nabídek, b) zda je smlouva uzavírána s obchodníkem nebo s jednotlivcem, c) zda platí právní předpisy na ochranu spotřebitele a d) který obchodník (externí dodavatel nebo internetové tržiště) odpovídá za zajištění práv spotřebitelů v souvislosti se smlouvou (například právo odstoupit od smlouvy nebo právní záruka).“

rozhraní“. V praxi se jedná o informování typicky o tom, na základě čeho seřadila online platforma zboží v rámci určité kategorie. Dopad regulace spočívá v tom, že přestože mezi běžná kritéria řazení zboží patří např. řazení od nejprodávanějšího, nejlevnějšího či nejspolehlivějšího (s nejnižší mírou reklamací), je trendem v e-commerce, tedy nejen online tržišť (byť regulace dopadá pouze na online tržiště), používat i kritéria jiná, a to za účelem zvýšení zisku daného podnikatele.

Již jsem uvedl, že lepší pozice v rámci výsledků vyhledávání (zobrazených spotřebiteli na základě „dotazu v podobě klíčového slova, fráze nebo jiných vstupů“⁵²⁹) zajišťuje významně vyšší míru proklikovosti (CTR, z angl. click-through rate) a tedy i prodejnosti. Obdobně to logicky platí i v případě lepší pozice v rámci určitých kategorií. Snaha o maximalizaci zisku podnikatelů v e-commerce, kteří rozhodují o tom, jakým způsobem se budou příslušné nabídky řadit, vede k přirozené tendenci zobrazovat na lepších pozicích zboží či služby dle výhodnosti pro daného podnikatele (řazení dle marže), nikoliv dle výhodnosti a relevance pro spotřebitele (řazení dle ceny, ověřeného hodnocení apod.). Na rozdíl od otázky skryté reklamy ve vyhledávání, která reguluje případy deformace výsledků vyhledávání vlivem placené reklamy v případě všech subjektů, je informování o řazení výsledků vyhledávání dle nového čl. 6a směrnice 2011/83/EU *lex specialis* pro případy online tržišť.

Domnívám se, že zvolený způsob regulace (povinnost informovat spotřebitele o hlavních parametrech určujících pořadí nabídek předkládaných spotřebiteli) však není způsobilý vést k cíli a omezit (res. zvýšit transparentnost) výše popsané praktiky. Obdobný závěr platí i o čl. 3 odst. 4 písm. b) omnibus směrnice. Důvod mé skepse spočívá v tom, že v praxi pravděpodobně dojde ke schování uvedených důvodů pod jiná kritéria. Např. při pohledu na výchozí řazení zboží v případě Amazonu, coby největšího online tržiště světa, je toto výchozí řazení pojmenováno jako doporučené zboží⁵³⁰. Taková kategorie je v zásadě nic neříkající ohledně vybíraných kritérií, což online tržištěm umožňuje flexibilitu při popisu hlavních parametrů určujících pořadí nabídek. Pro vyhovění nové legislativě tak postačí přidat např. tooltip⁵³¹ se sadou doprovodných informací, která se spotřebitelům zobrazí po najetí myši na dané spojení doporučené zboží, a kde budou uvedeny hlavní parametry, přičemž lze očekávat, že online tržiště zde budou uvádět kombinaci těchto parametrů. Ověřitelnost pravdivosti tam uvedených kritérií bude přitom vyžadovat znalost a pochopení algoritmu umístěného v interním systému, na což dozorové orgány zásadně nemají

⁵²⁹ Viz čl. 4 odst. 4 písm. b) omnibus směrnice.

⁵³⁰ V české mutaci webu amazon.cz je užíváno spojení „Amazon uvádí“, jedná se však zřejmě o nesprávný překlad z originálu v podobě výrazu „Featured“, jehož nejvhodnějším českým překladem je „Doporučené“. Kategorii „Doporučené“ při řazení v rámci kategorií zboží používá i řada českých internetových obchodů.

⁵³¹ Nápověda, která se uživateli zobrazí při umístění kurzoru na myši. Populární v e-commerce praxi je z důvodu, že neodvádí uživatele od obsahu (případně nákupního procesu) tím, že by jej směřoval na jinou stránku.

odborný personál. Navíc, bude-li algoritmus utvářen pomocí strojového učení a umělé inteligence, ani sám tvůrce algoritmu již nemusí být schopen princip vysvětlit. I v tomto případě tak může reakce na novou legislativu nabrat podoby regulatorních faceliftů, o kterých jsem pojednával v kapitole 5.3.2.

7.3.7 Administrativní přezkum smluv uzavíraných se spotřebitelem

Omnibus směrnice dále v případě všech čtyř novelizovaných směrnic mění či přidává ustanovení o sankcích za porušení dané směrnice.⁵³² Transpoziční novela na tento požadavek reaguje zejména změnou § 23 a § 23a zákona o ochraně spotřebitele a přidáním nových ustanovení § 23b až § 23f do téhož zákona.

Dle novelizovaného § 23 odst. 2 písm. a) tak bude nově Česká obchodní inspekce provádět obecný dozor nad dodržováním § 1811 odst. 1 a 2, § 1817, 1820, 1824, § 1824a odst. 1, § 1825 odst. 1, § 1826, 1826a, 1827, § 1828 odst. 1 a 3, § 1830 odst. 2, § 1852 až 1867 a § 2159 odst. 1 občanského zákoníku. Dále velká novela „oživuje“ § 7 zákona o ochraně spotřebitele, do nějž vtěluje zákaz užití zneužívajícího ujednání podle § 1814 odst. 1 občanského zákoníku, pokud „bylo prodávajícím sepsáno předem, a spotřebitel proto nemohl jeho obsah jakkoli ovlivnit“. Nepůjde tedy o dozor nad všemi relevantními soukromoprávními povinnostmi na ochranu spotřebitele, ale pouze výběr zákonodárce. Ve specifických případech budou dozor provádět jiné úřady než Česká obchodní inspekce (např. na úseku podnikání v energetických odvětvích bude dozorovým orgánem Energetický regulační úřad) v souladu s § 23a a násl. novely zákona o ochraně spotřebitele, což vychází ze stejné logiky rozdělení kompetencí jako v případě dozoru nad povinnostmi stanovenými zákonem o ochraně spotřebitele.

Při studiu soukromoprávních povinností, které budou podléhat veřejnoprávnímu dozoru a jsou relevantní pro e-commerce, lze shrnout, že dozoru budou podléhat primárně případy porušení informačních povinností ze strany podnikatelů vůči spotřebitelům. O přeceňování informačního modelu, nízkého přínosu pro spotřebitele a obecně o nutnosti tento koncept překonat a věnovat mu pouze základní legislativní pozornost, jsem již pojednával podrobněji v kapitole 2 této práce. Nebude proto překvapením konstatování, že z hlediska významu pro ochranu spotřebitele jde o změnu nevýznamnou. Smysl uvedeného legislativního řešení lze spatřit pouze v tom, že touto změnou lze podrobněji analyzovat, jak si praxe poradí s výzvami, které souvisí s veřejnoprávním

⁵³² Viz čl. 1, čl. 2 odst. 2, čl. 3 odst. 6 a čl. 4 odst. 13 omnibus směrnice.

dozorem nad dodržováním soukromoprávních povinností, a na základě reálných zjištění lze následně případnou budoucí legislativu koncipovat.

Pro zvýšení ochrany spotřebitele v kontextu administrativního přezkumu bude jistě výrazně přínosnější stanovení veřejnoprávního dozoru nad dodržováním mantinelů z hlediska obsahu smluv, o kterých jsem podrobněji pojednával v kapitole 6.1 této práce. Obecně jsou to právě smlouvy (v e-commerce jsou přitom práva a povinnosti smluvních stran vtěleny v co nejvyšší možné míře do formulářových smluv a obchodních podmínek), které jsou ze strany podnikatelů přirozeně koncipovány tak, aby pro ně byly co nejvýhodnější. Mnohdy jde praxe i do rozporu s platným právem, neboť s ohledem na již mnohokrát akcentovanou apatii spotřebitelů vůči iniciaci soukromoprávního sporu v e-commerce, kde jsou transakce obvykle ekonomicky drobnějšího charakteru (nákupy zboží běžné spotřeby s nižší kupní cenou), je i v takovém případě riziko eskalace sporu do fáze řízení před soudem zanedbatelné a nelze rozumně očekávat, že spotřebitel si bude analyzovat, zda určité ustanovení, na které se podnikatel v případné předsoudní při bude odkazovat, je protiprávní či nikoliv (ať už bude právních sankcí za protiprávnost neplatnost relativní či absolutní, případně zdánlivost). Tedy i protiprávní ustanovení ve smlouvách v e-commerce mají význam v podobě prevence sporů a mají tak své obchodní odůvodnění, přitom efektivní ochrana spotřebitelů před takovými praktikami zásadně chybí.

Ve velké novele je s ohledem na uvedené zcela zásadní novinkou zmíněné „oživení“ § 7 zákona o ochraně spotřebitele, který zavádí veřejnoprávní dozor nad dodržováním zákazu „černé listiny“ zneužívajících ujednání vyjmenovaných v § 1814 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely. Zákaz je omezen pouze na situace, kdy takové ujednání bylo podnikatelem sepsáno předem, a spotřebitel proto nemohl jeho obsah ovlivnit, čímž zákonodárce reguluje ty nejzásadnější (a kazuisticky upravené) situace, kdy je příslušné ustanovení typicky součástí formulářové smlouvy nebo obchodních podmínek, důsledkem čehož došlo k potlačení autonomie vůle spotřebitele pouze na to, zda neměnné podmínky smlouvy akceptuje či nikoliv.

Problematické je užití důsledkového poměru výrazy „a proto“. Není jasné, zda jde o kumulativní podmínku pro protiprávnost, či jazykově neúspěšný pokus o formulaci právní domněnky nebo fikce. Kumulativní podmínku vylučuje skutečnost, že spojovací výraz „a proto“ určuje významově poměr důsledkový, nikoliv slučovací. Mám proto za to, že jde o případ druhý, tedy pokus o konstatování, že pokud podnikatel určité ujednání sepíše předem, tak to automaticky vede k nemožnosti spotřebitele obsah jakkoliv ovlivnit. Takto dovozený jazykový závěr, presumující nemožnost ovlivnit obsah určitého ujednání, je však absurdní. Částečně jej lze s odkazem na zásadu legální licence, resp. zásadu *in dubio pro libertate*, zmírnit dovozením, že

jde o vyvratitelnou právní domněnku, což dále i podporuje systematický výklad s navazujícím druhým odstavcem, které obrací důkazní břemeno ve prospěch spotřebitele. Uvedený rozbor není pouhým teoretickým pojednáním, neboť stanovuje znaky skutkové podstaty, které bude muset dozorový orgán prokázat. K uvedenému závěru je třeba dodat, že je nekonzistentní s naukou o hledisku průměrného spotřebitele, které poskytuje ochranu spotřebitelům aktivním, nikoliv pasivním (viz v kapitole 3.2.4 této práce), a zde zákonodárce poskytuje ochranu spotřebiteli pasivnímu. Zřejmé je, že zákaz se netýká ujednání (nikoliv smluv) individuálně sjednaných, tedy těch, která nejsou sepsána předem. Ujednáním, které „bylo prodávajícím sepsáno předem“, se potom logicky rozumí ujednání toliko smlouvy formulářové či obchodních podmínek, sepsané již před začátkem kontraktačního procesu, a nikoliv tedy ujednání na žádost spotřebitele, které sice bylo podnikatelem jednostranně formulováno, ale až na základě individuální dohody.

S ohledem na výše uvedené lze ilustrovat dané závěry na konkrétním příkladu, kdy spotřebitel uzavírá s bankou smlouvu o úvěru, přičemž spotřebitel tuto smlouvu intenzivně reviduje. Banka spotřebiteli některé změny odsouhlasí a v návaznosti na to zbylé změny odmítne s odůvodněním, že přijetím předchozích změn již bylo dosaženo kompromisu. I když zde došlo k individuálnímu vyjednávání o smlouvě, bude platit, že pakliže podnikatel neprokáže, že obsah předem sepsaného ujednání mohl spotřebitel alespoň částečně ovlivnit (což bude v praxi zcela nemožné), dopustí se přestupku. Předpokladem je samozřejmě to, že takové ujednání obsahuje zneužívající ustanovení z černé listiny (§ 1814 odst. 1 občanského zákoníku).

V návaznosti na uvedené by dle mého názoru bylo výrazně jednodušší, kdyby zákonodárce vypustil celou větu druhou⁵³³ novelizovaného § 7 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele, čímž by poskytnul spotřebitelům ochranu před kazuisticky a taxativně stanovenými případy zneužívajících ujednání, neboť tak *de facto* činí již navrhovanou změnou, byť nepřímou, zbytečně komplikovaně a zřejmě i nevědomky.

Proč se zákonodárce nerozhodl zavést veřejnoprávní dozor i nad obecným zákazem zneužívajících ujednání dle § 1813 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely, lze odůvodnit zásadou subsidiarity trestní represe. Teoreticky lze uvažovat nad tím, zda by nebylo vhodné stanovit veřejnoprávní dozor i pro účely dodržení ustanovení souvisejících, v podobě zejména (i) zákazu zvláště nevýhodných ustanovení dle § 1800 odst. 2 občanského zákoníku, (ii) zákazu překvapivých ustanovení dle § 1753 občanského zákoníku a (iii) dodržování regulace jednostranných změn obchodních podmínek dle § 1752 občanského zákoníku. Výzvou pro

⁵³³ „Ustanovení věty první se použije pro smluvní ujednání, které bylo prodávajícím sepsáno předem, a spotřebitel proto nemohl jeho obsah jakkoli ovlivnit.“

zákonodárce by v tomto případě bylo formulování znaků skutkových podstat přestupků tak, aby odpovídaly ústavním mantinelům, mj. požadavku na dostatečnou přesnost (*nullum crimen sine lege certa*) a pokud možno neumožňovaly výkladové alternativy a už vůbec ne varianty při pouhém užití standardních metod výkladu (s ohledem na projev zásady legální licence v podobě interpretačního pravidla *in dubio pro libertate*).

Vrátíme-li se zpět k aktuálním změnám, je další novinkou zavedení sdílené kompetence v § 23d novely zákona o ochraně spotřebitele, a to zmocněním živnostenských úřadů k výkonu dozoru nad dodržováním povinností stanovených v § 1811 odst. 1 a 2, § 1817, 1820, 1824, § 1824a odst. 1, § 1825 odst. 1, § 1826, 1826a, 1827, § 1828 odst. 1 a 3, § 1830 odst. 2 a § 2159 odst. 1 občanského zákoníku v oblasti obchodu a služeb stanovených v občanském zákoníku. Dle mého názoru není taková koncepce sdílené kompetence vůbec šťastným řešením – notorieta delegace je, že úkol svěřený více lidem (orgánům) ve výsledku mnohdy neudělá nikdo, což podporují jednak poznatky psychologie o jevu v podobě sdílené odpovědnosti⁵³⁴, jednak i praxe (např. otázka šedé zóny telemarketingu, kterou řadu let odmítají řešit jak ÚOOÚ, tak i ČTÚ).

Znaky skutkové podstaty nových přestupků a sankce za jejich porušení upravuje § 24 zákona o ochraně spotřebitele a i ten po novele doznává řady změn. Pro otázku dozoru nad dodržováním soukromoprávních povinností jsou relevantní zejména skutkové podstaty přestupků uvedené v § 24 odst. 17 novely zákona o ochraně spotřebitele a jsou formulovány logikou částečných odkazů na občanský zákoník a částečné úpravy v zákoně o ochraně spotřebitele.

Administrativní přezkum soukromoprávních povinností určených na ochranu spotřebitele jsem již navrhoval v kapitole 6.1 této práce jako možné řešení omezené účinnosti soukromoprávní regulace, a to namísto institutu hromadné žaloby, který je, spíše než funkčním právním institutem, morálním hazardem. Vzhledem k omezení dozoru primárně na dodržování informačních povinností jsem však přesvědčen, že uvedené změny nepovedou k vyšší ochraně spotřebitele – současná praxe již ukázala, že spotřebitelé se zásadně svých soukromých subjektivních práv před soudem nedomáhají (z důvodu mj. neekonomičnosti a nehospodárnosti takový spor iniciovat, zvláště jde-li o spory drobné, tedy pro e-commerce typické). Administrativní přezkum soukromoprávních povinností s sebou i tak přinese řadu výzev, od otázky dvojího výkladu, přes

⁵³⁴ Viz např. WELDON, E., GARGANO, G. M. Cognitive Loafing: The Effects of Accountability and Shared Responsibility on Cognitive Effort. *Sage Journal* [online]. Dostupné z: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0146167288141016>. Známé jsou např. případy, kdy pomoci jinému člověku v nouzi se zpravidla ve městě nedostane, neboť většina lidí pomoc neposkytne vlivem výmluvy, že dotyčnému poskytne pomoc někdo jiný. Do hry vstupují i jiné faktory, jako je např. zda určitý člověk, který je s takovou situací konfrontován, se nachází ve spěchu (v případě úřadu může jít pracovní vytíženost, která je pro úřady vlivem neefektivity řízení úřadů, jakož i nedostatkem personálu, jevem typickým).

potřebu již výše zmíněné jasné a určité formulace znaků skutkové podstaty příslušných přestupků, jakož i nastavení spravedlivých a odpovídajících sankcí.

Jde-li o sankce, *novem* je v tomto ohledu značně odstrašující koncepce v podobě pokuty ve výši do 4 % celkového ročního obrátu prodávajícího⁵³⁵ za stanovené přestupky⁵³⁶, v souvislosti s uplatňováním čl. 21 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/2394, tedy „za rozsáhlé protiprávní jednání nebo rozsáhlé protiprávní jednání s unijním rozměrem s cílem dosáhnout ukončení nebo zákazu tohoto protiprávního jednání“. V případě větších e-commerce podnikatelů bude unijní rozměr dán zásadně vždy a vzhledem k tomu, že e-commerce je obecně založeno na velkém množství transakcí o menší hodnotě, lze i očekávat, že pokud se podnikatel dopustí nějaké protiprávní praktiky, bude takové protiprávní jednání zároveň i jednáním rozsáhlým. Uvedená koncepce pokuty proto bude velkou hrozbou pro e-commerce podnikatele, přičemž nevhodnost a snadnou zneužitelnost této koncepce jsem již z pohledu reality e-commerce (vysoký obrat, avšak nízký zisk) kritizoval v závěru kapitoly 5.2 této práce, proto pouze shrnuji, hlavním korektivem pokuty, která bude procentuálně nízká (a zdánlivě tak milosrdná), avšak prakticky likvidační, bude respektování zákazu likvidačních pokut, k jehož aplikaci však obvykle dochází až v rámci správního soudnictví, tedy až na výjimky přednostního projednání až cca rok poté, co se pokuta stane pravomocnou. Již v současné době je běžným argumentem dozorových orgánů argument zdánlivé milosrdnosti, tedy konstatování, že uložení pokuty (často s horní hranicí pokuty ve výši v desítkách milionů Kč) ve výši několika jednotek procent z možné horní hranice sazby je *de facto* sankcí zanedbatelnou, na což správní soudnictví reaguje apelováním na správní orgány, aby přihlížely mj. k míře zavinění, majetkovým poměrům apod.⁵³⁷ Koncepce pokuty, která umožňuje její snadné zneužití a apriorně tak spoléhá na ingerenci správního soudnictví, která je navíc omezená až na případy nikoliv běžné nepřiměřenosti, ale až té zjevné⁵³⁸, se proto jeví jako zcela nevhodná.

Závěrem lze uvést, že zmocnění správních orgánů k výkonu dozoru nad dodržováním některých soukromoprávních povinností přinese vyšší nároky na praxi, která se bude muset vypořádat s komplikacemi, které takové částečné propojení přinese. Vnímání práva soukromého a práva veřejného jako dvou právních světů, ve kterých platí odlišná výkladová pravidla, tím začíná ustupovat ve prospěch nahlížení jako na dvě oblasti téhož. Tím, že novela zákona o ochraně spotřebitele koncipuje skutkové podstaty částečně přímo v textu veřejnoprávního předpisu a

⁵³⁵ Srov. navrhované znění § 24 odst. 20 zákona o ochraně spotřebitele.

⁵³⁶ Viz §24 odst. 1 písm. a), odst. 7 písm. b), d) a k) a odst. 17 zákona o ochraně spotřebitele.

⁵³⁷ Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2010, č. j. 7 As 71/2010 – 97.

⁵³⁸ Srov. § 78 odst. 2 soudního řádu správního.

částečně odkazem na občanský zákoník, tak vyvstává otázka, zda nebude vznikat třecí plocha mezi Nejvyšším správním soudem a jeho civilním protějškem.

7.4 Další významné změny spotřebitelského práva v e-commerce

Velká novela vedle transpozice modernizační „omnibus“ směrnice plní i transpoziční povinnost dalších směrnic a dále odstraňuje nedostatky současné legislativy.

Nejvýznamnější změny pro e-commerce souvisí s transpozicí směrnice 2019/770/EU o digitálním obsahu a digitálních službách⁵³⁹ a směrnice 2019/771/EU o smlouvách o prodeji zboží⁵⁴⁰. Základní informace o obou směrnicích a jejich transpozici, uvádí v těchto případech kvalitně a poměrně podrobně důvodová zpráva⁵⁴¹, pročež se v této kapitole budu zabývat již pouze změnami nejvýznamnějšími pro svět e-commerce, a s ohledem na množství těchto změn je třeba věnovat pozornost primárně transpoziční úpravě. Konkrétně budu pojednávat o změnách zákonné záruky při prodeji věci spotřebiteli, záruky za jakost, jakož i změnách souvisejících s úpravou digitálního obsahu a digitálních služeb.

7.4.1 Zákonná záruka při prodeji věci spotřebiteli

Podstatnou změnu představuje změna úpravy zákonné záruky, zejména pak výjimek z ní, jde-li o prodej hmotné věci spotřebiteli. Novelizovaný § 2165 odst. 1 občanského zákoníku stanoví záruční dobu v délce trvání dvou let od převzetí (namísto současných 24 měsíců), přičemž pro vznik práv z vadného plnění postačí, aby se vada na věci spotřebiteli v záruční době pouze projevila, což je novým požadavkem dle směrnice 2019/771/EU o smlouvách o prodeji zboží. Pro následnou reklamaci platí obecná subjektivní promlčecí lhůta v délce trvání 3 let a není tak třeba věc reklamovat bezodkladně poté, co měl spotřebitel možnost vadu při dostatečné péči zjistit⁵⁴². V tomto ohledu však nelze opomenout skutečnost, že spotřebitel stále musí prokázat, že se vada na věci projevila v průběhu záruční doby, proto nelze dovodit závěr, že spotřebitelé budou s reklamováním věci otálet, případně, že takto budou s úspěchem uměle prodlužovat záruční dobu

⁵³⁹ Směrnice 2019/770/EU ze dne 20. 5. 2019 o některých aspektech smluv o poskytování digitálního obsahu a digitálních služeb.

⁵⁴⁰ Směrnice 2019/771/EU ze dne 20. 5. 2019 o některých aspektech smluv o prodeji zboží, o změně nařízení (EU) 2017/2394 a směrnice 2009/22/ES a o zrušení směrnice 1999/44/ES.

⁵⁴¹ Viz kapitolu 1.2 důvodové zprávy k návrhu velké novely.

⁵⁴² Viz § 2165 odst. 3 občanského zákoníku: „*Soud právo z vady přizná i v případě, že nebyla vytknuta bez zbytečného odkladu poté, co ji mohl kupující při dostatečné péči zjistit.*“

na 5 let. Jednak je ve vlastním zájmu spotřebitelů reklamovat zboží co nejdříve poté, co se vada projeví, jednak se důkazní situace spotřebitelů bude v průběhu času zhoršovat – nelze očekávat, že by soud např. při reklamaci věci po čtyřech nebo pěti letech od převzetí věci nabyt subjektivního přesvědčení o tom, že vada reklamované věci se projevila v průběhu 2leté záruční doby, neprokáže-li spotřebitel tuto skutečnost dle potřebné míry dokazování, kterou jsem podrobněji shrnul v 6. odstavci kapitoly 3.1.4.2 této práce.

Se zárukou souvisí usnadnění důkazního postavení spotřebitelů prodloužením doby, po kterou se použije vyvratitelná domněnka, že věc byla vadná již při převzetí, a to ze současných 6 měsíců na 12. Navíc dochází k přidání korektivu „*leđaže to povaha věci nebo vady vylučuje*“.⁵⁴³ V praxi to představuje přenesení důkazního břemene na podnikatele v tom smyslu, že projeví-li se vada v průběhu 1 roku od převzetí věci, je na podnikateli, aby prokázal, že vadu způsobil spotřebitel např. jejím nesprávným použitím, což se v praxi činí typicky důkazem v podobě odborného vyjádření servisního střediska. Je otázkou, zda v tomto případě již nedošlo k přilití o kapky více sociálního oleje, než bylo potřeba. V každém případě, jde-li o čisté právní zhodnocení, jedná se o změnu z hlediska vnitřního trhu vhodnou, neboť díky stanovení povinnosti ve směrnici 2019/771/EU, která je založena na principu plné harmonizace, dojde ke sjednocení této, dle mého názoru, zásadní otázky, která byla doteď v rámci EU roztržštěná, např. ve Francii se vyvratitelná domněnka vady věci již při převzetí aplikovala do doby transpozice uvedené směrnice po celou záruční dobu, tedy po dobu 24 měsíců. Prodloužení uvedené domněnky se přirozeně promítne do vyšších nákladů pro podnikatele a tedy i vyšší ceny zboží pro spotřebitele, přičemž zvýšení výrobní kvality očekávat nelze, neboť ta je primárně určena dvouletou záruční dobou.

Další novinkou v této souvislosti je explicitní konstatování, že záruční doba platí i v případě koupě věci s digitálními vlastnostmi (např. chytré hodinky či chytrý mobilní telefon).⁵⁴⁴

Výjimky ze záruky (*de facto* se jedná o případy, kdy o vadu v pravém slova smyslu vůbec nejde) upravuje § 2167 občanského zákoníku a i zde dochází velkou novelou ke změnám. V prvé řadě jde o změnu koncepce v případě záruky použitých věcí, kterou velká novela novelou nově upravuje v § 2161 odst. 4 občanského zákoníku a stanoví požadavek na zvláštní upozornění spotřebitele a jeho výslovný souhlas (tedy v případě internetových obchodů nebude postačující

⁵⁴³ § 2161 odst. 5 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely.

⁵⁴⁴ § 2165 odst. 2 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely: „*Je-li předmětem koupě věc s digitálními vlastnostmi a mají-li být podle smlouvy digitální obsah nebo služba digitálního obsahu poskytovány soustavně po určitou dobu, může kupující vytknout vadu, která se na nich vyskytne nebo projeví v době dvou let od převzetí. Má-li být plněno po dobu delší dvou let, má kupující právo z vady, která se vyskytne nebo projeví v této době.*“ V tomto případě jde již o transpozici povinnosti dle směrnice 2019/770/EU o digitálním obsahu a digitálních službách.

uvedení určitého nedostatku z hlediska obvyklých vlastností v popisku zboží, což by jinak mohlo být považováno za tacitní souhlas). Dále dochází k vypuštění současného § 2167 odst. 4 občanského zákoníku, který zákonnou záruku vylučoval i v případě, že to vyplývá z povahy věci. Důvodem tohoto vypuštění je dle důvodové zprávy nejasnost obsahu daného ustanovení.

Po novelizaci bude záruka zahrnovat i situace nesprávné montáže či instalace provedené prodávajícím nebo na jeho odpovědnost, jak vyžaduje směrnice 2019/771/EU o smlouvách o prodeji zboží.⁵⁴⁵ Otázka záruky v případě vad montáže či instalace (v případě internetových obchodů typicky montáž zboží z kategorie „velká bílá“) byla v současné praxi nejasná a mnoho podnikatelů (např. IKEA) poskytovalo na montáž záruku smluvní. Důvodem těchto nejasností je skutečnost, že montáž a instalace jsou dílem, nikoliv koupí, tedy předmětné zde je ustanovení o vadě díla dle § 2615 odst. 1 občanského zákoníku, které stanoví, že „[o] právech objednatele z vadného plnění platí obdobně ustanovení o kupní smlouvě“. Onou spornou otázkou je, zda pod obdobnou aplikaci ustanovení o kupní smlouvě lze řadit i zvláštní ustanovení pro spotřebitele. Dle mého názoru nikoliv, a to s ohledem na větu druhou § 2617 občanského zákoníku⁵⁴⁶, která zjevně představuje *lex specialis*. U zjevných vad se nyní posuzuje vada v okamžiku předání díla, přičemž pakliže spotřebitel vadu nevytkne, mohl by vadu namítnout již pouze v případě, že spotřebitel prokáže, že podnikatel (zhotovitel) způsobil vadu porušením povinnosti. Jde-li o skryté vady, již nyní zde může spotřebitel reklamovat vadu v době 2 let od předání díla⁵⁴⁷, avšak za předpokladu, že spotřebitel prokáže existenci vady již v době předání díla a vada nevznikla až následně (např. únavou materiálu); v takovém případě by bylo třeba uplatnit práva z vadného plnění ve vztahu k dané součásti, ne služby. Na rozdíl od úpravy dle velké novely musí spotřebitel navíc vadu oznámit podnikateli bezodkladně, jinak soud spotřebiteli právo z vadného plnění k námitce podnikateli nepřizná. Velká novela tedy v tomto ohledu spotřebitelům přináší výrazné zjednodušení a ztransparentnění práv z vadného plnění při vadě montáže či instalace věci.

Poslední zde zmíněnou významnou novinkou ve vztahu k záruce v e-commerce jsou ustanovení související s koupí věci s digitálními vlastnostmi. Stěžejní je přitom povinnost

⁵⁴⁵ § 2161a občanského zákoníku, ve znění dle velké novely: „Prodávající odpovídá kupujícímu také za vadu způsobenou nesprávnou montáží nebo instalací, která byla podle smlouvy provedena prodávajícím nebo na jeho odpovědnost. To platí i v případě, že byla montáž nebo instalace provedena kupujícím a vada nastala v důsledku nedostatku v návodu, který k ní poskytl prodávající nebo poskytovatel digitálního obsahu nebo služby digitálního obsahu, jde-li o věc s digitálními vlastnostmi.“

⁵⁴⁶ „Po této době má objednatel práva z vadného plnění, způsobil-li vadu zhotovitel porušením povinnosti.“

⁵⁴⁷ § 2618 občanského zákoníku: „Soud nepřizná objednateli právo z vadného plnění, neoznámil-li objednatel vady díla bez zbytečného odkladu poté, kdy je zjistil nebo při náležité pozornosti zjistit měl, nejpozději však do dvou let od předání díla, a namítne-li zhotovitel, že právo bylo uplatněno opožděně.“

prodávajícího zabezpečit aktualizace digitálního obsahu nebo služby digitálního obsahu⁵⁴⁸, a to s ohledem na skutečnost, že dynamičnost digitálního prostředí může způsobit nefunkčnost digitálního zboží.

7.4.2 Záruka za jakost

V souladu s požadavkem čl. 17 směrnice 2019/771/EU o smlouvách o prodeji zboží doznává změny i záruka za jakost.

Na rozdíl od současné právní úpravy (srov. § 2113 občanského zákoníku⁵⁴⁹) se rozšiřuje obsah záruky za jakost na zejména následující oprávnění: odstoupení od smlouvy, výměnu věci, opravu nebo poskytnutí jiné služby související s nápravou neuspokojivého stavu předmětu koupě apod. Aplikace záruky za jakost se nově vztahuje i na jiné než kupní smlouvy⁵⁵⁰ a dochází též i ke zpřesnění otázek souvisejících se vznikem záruky za jakost v reklamě⁵⁵¹.

Za velice zajímavou změnu považuji novelizovaný § 2114 odst. 1 občanského zákoníku⁵⁵², který má dle podkladové směrnice garantovat životnost věci, resp. „*že si věc po určité době při obvyklém použití uchová své funkce a výkonnost*“, přičemž v případě nesplnění této podmínky „*má kupující ze záruky alespoň právo na dodání nové věci bez vad nebo na opravu věci*“. Spor ohledně tvrzené životnosti věci, která však neodpovídala realitě, již v nedávné době řešily německé soudy a přiznaly mj. z tohoto důvodu spotřebiteli právo na odstoupení od smlouvy.⁵⁵³ Díky explicitní úpravě však dochází k posílení práv spotřebitelů a lze očekávat nárůst podobných sporů, které budou vedeny nikoliv výlučně proti prodávajícímu, jako v případě zákonné záruky, ale proti jakémukoliv poskytovateli záruky, vč. typicky výrobce.

⁵⁴⁸ Viz § 2161b občanského zákoníku, ve znění dle velké novely.

⁵⁴⁹ „*Zárukou za jakost se prodávající zavazuje, že věc bude po určité době způsobilá k použití pro obvyklý účel nebo že si zachová obvyklé vlastnosti. Tyto účinky má i uvedení záruční doby nebo doby použitelnosti věci na obalu nebo v reklamě. Záruka může být poskytnuta i na jednotlivou součást věci.*“

⁵⁵⁰ § 2113 odst. 3 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely: „*Ustanovení o záruce za jakost se přiměřeně použijí i na záruku převzatou v souvislosti s jinou než kupní smlouvou.*“

⁵⁵¹ § 2113 odst. 2 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely: „*Záruka za jakost vznikne i prohlášením učiněným v reklamě dostupné nejpozději v okamžiku uzavření kupní smlouvy. Je-li obsah záruky obsažený v jiném prohlášení o záruce pro kupujícího méně příznivý než obsah záruky učiněné v reklamě, má přednost obsah uvedený v reklamě, ledaže byl před uzavřením smlouvy dodatečně upraven stejným nebo srovnatelným způsobem, jakým byla reklama učiněna.*“

⁵⁵² „*Zaručí-li se poskytovatel záruky, že si věc po určité době při obvyklém použití uchová své funkce a výkonnost, platí, že má kupující ze záruky alespoň právo na dodání nové věci bez vad nebo na opravu věci. Tyto účinky má i uvedení záruční doby nebo doby použitelnosti věci na obalu věci.*“

⁵⁵³ CHARVÁT, O. Tesla prohrála soud v Německu a musí kupci vrátit peníze. Podle právníků auto prý vydrží jen 300 tisíc kilometrů. *Hospodářské noviny* [online]. 2022-08-15. Dostupné z: <https://archiv.hn.cz/c1-67101430-tesla-prohrala-soud-v-nemecku-a-musi-kupci-vratit-penize-podle-pravniku-auto-pry-vydrzi-jen-300-tisic-kilometru>.

7.4.3 Digitální služby, digitální obsah a zboží s digitálními prvky

Termín digitální služby je definován jako služba, která umožňuje spotřebiteli vytvářet, zpracovávat nebo uchovávat data v digitální podobě nebo k nim mít přístup, nebo která umožňuje sdílení dat v digitální podobě nahraných nebo vytvořených spotřebitelem či jinými uživateli této služby nebo jakou.⁵⁵⁴ Konkrétně půjde mj. o služby typu SaaS (Software as Service, např. Microsoft Office 365, Google Apps, Amazon Web Services, DropBox, DocuSign) nebo služby pro sdílení či ukládání souborů (např. Ulož.to, WeTransfer apod.), cloudové služby (např. iCloud či OneDrive).

Digitální obsah je pojmem starším a byl použit již ve směrnici 2011/83/EU o právech spotřebitelů. Směrnice 2019/770/EU o digitálním obsahu a digitálních službách poté přináší shodnou definici a digitálním obsahem rozumí „*data, která jsou vytvořena a dodána v digitální podobě*“.⁵⁵⁵ Mezi příklady digitálního obsahu lze zařadit programy, aplikace, elektronické soubory různého typu apod. Důležité je zde zdůraznit, že nosič dat je z hlediska definice digitálního obsahu irelevantní a místo, kde se data nacházejí (vlastní fyzické úložiště či cloudové úložiště třetí strany), tak není rozhodující.

Obě definice jsou záměrně široké, aby byly schopny odolat dynamickému technologickému vývoji. Digitální obsah je, s ohledem na širokou definici věci v českém právním řádu⁵⁵⁶, věcí, konkrétně věcí nehmotnou⁵⁵⁷. V doktríně o tomto závěru nicméně nepanuje shoda a např. Polčák⁵⁵⁸ data nepovažuje za věc, ale věci jsou dle něj až práva k užití dat nebo jejich užitku. Shoda však dosud panuje na tom, že data nejsou předmětem vlastnického práva a práva k nim mají povahu zákonem založených práv, typickým příkladem je potom právo autorské, splňují-li data poměrně přísné (z hlediska datové ekonomiky) požadavky na definici autorského díla, zejména podmínku tvůrčí činnosti. Velká novela nejistotu ohledně právní povahy digitálního obsahu narovnáává tím, že *explicite* označuje data za věc v digitální podobě,⁵⁵⁹ byť teoretické vysvětlení chybí, když zákonodárce tento závěr v důvodové zprávě nijak nevysvětluje.

⁵⁵⁴ Čl. 2 odst. 2 směrnice 2019/770/EU o digitálním obsahu.

⁵⁵⁵ Čl. 2 odst. 2 směrnice 2019/770/EU o digitálním obsahu a digitálních službách, čl. 2 odst. 7 směrnice 2019/771/EU o některých aspektech smluv o prodeji zboží.

⁵⁵⁶ § 489 občanského zákoníku.

⁵⁵⁷ § 496 odst. 2 občanského zákoníku.

⁵⁵⁸ POLČÁK, R. Informace a data v právu. *Revue pro právo a technologie* 13 (2016) 7, s. 88.

⁵⁵⁹ § 2389a odst. 1 občanského zákoníku.

V zahraničních právních řádech je situace komplikovanější. Např. v Německu je věcí pouze fyzický předmět a digitální obsah je proto považován za samostatnou kategorii právních vztahů.⁵⁶⁰

V posledním odstavci kapitoly 7.4.1 jsem pojednával o zboží s digitálními prvky. Pro porovnání s výše uvedenými definicemi uvádím, že zbožím s digitálními prvky je dle § 2158 odst. 2 občanského zákoníku „*hmotná movitá věc, která je propojena s digitálním obsahem nebo službou digitálního obsahu takovým způsobem, že by bez nich nemohla plnit své funkce*“. Z takové definice lze dovodit, že půjde o součást věci⁵⁶¹, nikoliv však o příslušenství⁵⁶².

Po základních definicích lze analyzovat nová, související ustanovení. Velká novela zavádí do občanského zákoníku nový oddíl 6 v rámci hlavy II. (závazky z právních jednání), dílu 2. (přenechání věci k užití jinému), nazvaný *Poskytování digitálního obsahu* a dále nový druh smlouvy v podobě smlouvy o poskytování digitálního obsahu⁵⁶³, přičemž pro účely ochrany spotřebitele („*je-li uživatelem spotřebitelem*“) představuje k uvedené obecné regulaci upravující poskytování digitálního obsahu *lex specialis* pododdíl 2 nazvaný jako *Zvláštní ustanovení o poskytování digitálního obsahu spotřebiteli*.

Smlouva o poskytování digitálního obsahu (resp. digitální služby) je z hlediska podstatných náležitostí vymezena novým § 2389a občanského zákoníku (pododdíl 2), ve spojení s novým § 2389t občanského zákoníku (pododdíl 3) jako smlouva, na jejímž základě se poskytovatel zavazuje zpřístupnit uživateli digitální obsah nebo digitální službu k užívání pro vlastní potřebu a uživatel se za to zavazuje zaplatit odměnu. Ust. § 2389u občanského zákoníku dále upravuje taxativním způsobem negativní výčet smluv, na které se nová ustanovení o poskytování digitálního obsahu neaplikují.⁵⁶⁴ Z hlediska systematiky a přehlednosti považuji za

⁵⁶⁰ WENDLAND, M. Sonderprivatrecht für Digitale Güter. *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 118 (2019), s. 204.

⁵⁶¹ § 505 občanského zákoníku.

⁵⁶² § 510 odst. 1 občanského zákoníku, zde však bude problematické naplnit zákonnou definici, neboť digitální obsah mnohdy předmětem vlastnického práva vůbec nebude.

⁵⁶³ Dle § 2389a odst. 1 občanského zákoníku platí: „*Smlouvou o poskytování digitálního obsahu se poskytovatel zavazuje zpřístupnit uživateli věc v digitální podobě (digitální obsah) k užívání pro vlastní potřebu a uživatel se zavazuje platit za to odměnu.*“

⁵⁶⁴ Jde o smlouvy, jejichž předmětem je: „*a) poskytování služby elektronických komunikací podle zákona upravujícího elektronické komunikace, s výjimkou interpersonální komunikační služby nezávislé na číslech, b) poskytování zdravotní péče, c) hra, sázka nebo los, d) finanční služba, e) poskytování počítačového programu s otevřeným zdrojovým kódem na základě svobodné licence, za kterou uživatel neplatí cenu a pokud osobní údaje poskytnuté uživatelem zpracovává poskytovatel výlučně za účelem zlepšení bezpečnosti, kompatibility nebo interoperability tohoto počítačového programu, f) poskytování digitálního obsahu, při němž je digitální obsah učiněn dostupným široké veřejnosti jinak než přenosem signálu jakožto součást představení nebo jiné akce, nebo g) poskytování informací, které jsou předmětem ochrany práva autorského, podle zákona upravujícího svobodný přístup k informacím.*“

nepříliš vhodné tříštit definici smlouvy o poskytování digitálního obsahu a digitálních služeb do dvou pododdílů, zvláště když ani evropský zákonodárce tak v podkladové směrnici neučinil a nabídl definici ucelenější.⁵⁶⁵ Zákonodárce zřejmě zamýšlel zdůraznit, že definuje nikoliv jednu, ale dvě nové smlouvy, a to (i) smlouvu o poskytování digitálního obsahu a (ii) smlouvu o poskytování digitálních služeb, přitom v praxi se však dle mého názoru bude jednat většinou o plnění, které je svou povahou jednak plněním digitálního obsahu a zároveň i poskytováním digitální služby.

Je-li uživatel spotřebitelem, dochází na základě § 2389g občanského zákoníku (a) k rozšíření podmínky úplatnosti (platit za digitální obsah či digitální službu odměnu) i na případy, kdy spotřebitel poskytne nebo se zaváže poskytnout poskytovateli za digitální obsah nebo digitální službu své osobní údaje⁵⁶⁶ a (b) k rozšíření aplikace i na smlouvu o zhotovení digitálního obsahu. Na rozdíl od podkladové směrnice však již chybí podmínka, že poskytovatelem musí být v takovém případě podnikatel, resp. slovy směrnice obchodník, čímž transpoziční úprava porušuje princip úplné harmonizace podkladové směrnice. Především přidání podmínky ad (a) považuji za důležitou v kontextu současné situace, kdy spotřebitelé za určitou digitální službu neplatí odměnu, ale směňují za její poskytnutí své osobní údaje.

Závazky, jejichž obsahem je poskytování digitálního obsahu nebo digitálních služeb obsahu, budou dle důvodové zprávy „často vznikat na základě smíšených smluv. Nezřídka kdy půjde o smlouvy nepojmenované (zejm. v případě služeb digitálního obsahu). V úvahu přichází (případně analogická) aplikace právní úpravy různých smluvních typů, zejména koupě, díla (s nehmotným výsledkem), nájmu, případně jejich relevantních částí na základě typové podobnosti, a licence.“

Odpověď na otázku, zda dochází smlouvou, jejímž obsahem je poskytování digitálního obsahu nebo digitálních služeb, k převodu vlastnického práva, nabízí systematické zařazení předmětných ustanovení do dílu II. s názvem Přenechání věci k užití jinému, přičemž související otázkou je, zda tím dochází k zásahu do práv duševního vlastnictví. Podle odst. 36 preambule směrnice 2019/770/EU o digitálním obsahu a digitálních službách nesmí být touto směrnicí „dotčeny unijní a vnitrostátní právní předpisy v oblasti autorského práva a práv s ním souvisejících, včetně přenositelnosti online služeb poskytujících obsah“. Eurokonformním

⁵⁶⁵ Čl. 3 odst. 1 směrnice 2019/770/EU o digitálním obsahu a digitálních službách.

⁵⁶⁶ Osobní údaje definuje čl. 4 odst. 1 GDPR. Typicky půjde o užívání služeb, které, byť jsou mnohdy klamavě označovány jako zdarma, představují ve skutečnosti směnu dat, resp. digitální stopy spotřebitele, za poskytnutí služby. Příkladem může být používání sociálních sítí (Facebook, Instagram), používání internetových vyhledávačů (Google, Seznam) či e-mailových klientů (Gmail, e-mail od Seznam.cz apod.)

výkladem, a ostatně ani logicky, není na místě směřovat uzavření smlouvy s uvedeným obsahem s poskytnutím licence, tedy v tomto ohledu jsou na sobě licenční ujednání a poskytnutí digitálního obsahu či služby na sobě nezávislá (k tomu srov. i § 2389a odst. 2 občanského zákoníku). Digitální obsah může být zároveň autorským dílem a může se jednat i o osobní údaje, případně jejich kombinace. Bude proto docházet k pravidelnému prolínání se zvláštními zákony. Otázkou je, zda může spotřebitel v případě uzavření smlouvy, jejímž obsahem je poskytování digitálního obsahu nebo digitálních služeb, porušit licenční ujednání. Vzhledem ke zmíněné nezávislosti se domnívám, že ano, avšak takové plnění bude pravděpodobně plněním s právními vadami (a např. i ke klamavé reklamě, resp. klamavému opomenutí), pakliže zde bude dáno legitimní očekávání uživatele (spotřebitele).

Za středobod ochrany uživatele u daných smluv lze považovat ustanovení upravující odpovědnost za vady. Definicí vady stanovuje obecně ustanovení § 1914 a násl. občanského zákoníku nároky z vadného plnění upravuje § 1923 a násl. občanského zákoníku. Zvláštní úprava smluv, jejichž obsahem je poskytování digitálního obsahu nebo digitálních služeb, dále stanoví, že mj. odpovídá uživateli, že:

- digitální obsah je po dobu trvání závazku bez vad (§ 2389c odst. 1 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely);
- zpřístupní uživateli nejnovější verzi digitálního obsahu dostupnou v době uzavření smlouvy (srov. § 2389c odst. 2 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely);
- zabezpečí, že budou uživateli po dobu poskytování závazku poskytovány ujednané aktualizace digitálního obsahu a dále i aktualizace nezbytné, na jejichž dostupnost bude upozorněn (srov. § 2389d občanského zákoníku, ve znění dle velké novely).

Problematické nahlížení na vady plnění jsou zřetelné v případě softwaru, neboť běžnou součástí software jsou právě jeho chyby (bugy) a žádný složitější software, který by byl bez chyb, v zásadě ani neexistuje. Řešení zde nabízí Limbergová⁵⁶⁷, která uvádí, „že *software, který obsahuje obvykle se vyskytující chyby, ale přesto má stanovené, ujednané nebo obvyklé vlastnosti a je možné jej použít podle smlouvy, není vadný*“. K takovému závěru dochází s odkazem na § 1914 a § 1916 občanského zákoníku a zjednodušeně lze shrnout, že chyba věci není automaticky její vadou. Klíčové je podle § 1914 občanského zákoníku plnit „s vlastnostmi vymíněnými nebo obvyklými tak, aby bylo možné použít předmět plnění podle smlouvy“. Ostatně to samé platí i v hmatatelném světě, kdy v zásadě žádné plnění není bezchybné a je třeba počítat např.

⁵⁶⁷ LIMBERGOVÁ, Z. Směrnice o digitálním obsahu a jejich implementace v právním řádu ČR, *Revue pro právo a technologie* 25 (2022) 13, s. 227–305, dostupné z: <https://journals.muni.cz/revue/article/view/20582>.

s výrobními odchylkami, přičemž v případě větších odchylek je potom důležitá transparentnost prodejce či poskytovatele.

Zvláštním ustanovením v rámci obecných ustanovení je úprava jednorázového plnění, kdy na rozdíl od výše uvedených situací nedochází k určité době trvání závazku. Za jednorázové plnění se považuje i sled jednorázových úkonů a trvalé nabytí práva užívat digitální obsah (službu).⁵⁶⁸ U jednorázového plnění dochází ke dvěma významným odchylkám, a to (i) k obrácení důkazního břemene, projeví-li se vada v průběhu jednoho roku od zpřístupnění formou vyvratitelné domněnky, že byl digitální obsah vadný již při zpřístupnění⁵⁶⁹, a dále (ii) k modifikaci povinnosti poskytovatele (podnikatele) digitální obsah (služby) aktualizovat po dobu, po kterou to může uživatel rozumně očekávat⁵⁷⁰.

V případě poskytování digitálního obsahu (služeb) spotřebiteli je ochrana uživatele v postavení spotřebitele ještě rozsáhlejší. Rozsah právních vztahů, na které ustanovení pododdílu 2 (Zvláštní ustanovení o poskytování digitálního obsahu spotřebiteli) dopadá, jsem již uváděl výše, proto zde již rozeberu pouze ty nejdůležitější odchylky od výše uvedené obecné úpravy. Podkladová směrnice 2019/770/EU o digitálním obsahu a digitálních službách pojednávající otázkou upravuje v čl. 7 a 8 a rozlišuje v tomto ohledu „subjektivní požadavky na soulad“ (dány smlouvou)⁵⁷¹ a „objektivní požadavky na soulad“ (stanovené zákonem)⁵⁷².

Kategorie subjektivních požadavků stanoví poskytovateli odpovědnost za soulad digitálního obsahu (služby) se smlouvou, konkrétně že plnění odpovídá ujednanému popisu a rozsahu, jakož i jakosti, funkčnosti, kompatibilitě, interoperabilitě a jiným ujednaným vlastnostem, je vhodné ke sjednanému účelu, a je poskytován s ujednaným příslušenstvím a pokyny k použití, včetně návodu k instalaci, a s uživatelskou podporou.

Kategorie objektivních požadavků vymezuje odpovědnost poskytovatele za to, že vedle souladu se smlouvou:

- a) je digitální obsah vhodný k účelu obvyklému,

⁵⁶⁸ § 2389f občanského zákoníku, ve znění dle velké novely: „*Nemá-li být digitální obsah poskytován po určité době, ale spočívá-li plnění pouze v jednorázovém úkonu nebo jejich sledu, včetně případů, v nichž uživatel nabývá právo užívat digitální obsah trvale, použijí se odstavce 2 až 4; v ostatním se ustanovení o poskytování digitálního obsahu použijí obdobně.*“

⁵⁶⁹ § 2389f odst. 3 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely.

⁵⁷⁰ § 2389f odst. 4 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely.

⁵⁷¹ § 2389i odst. 1 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely.

⁵⁷² § 2389i odst. 2 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely.

- b) digitální obsah svým rozsahem, jakostí a dalšími parametry odpovídá obvyklým vlastnostem digitálního obsahu téhož druhu, které může uživatel rozumně očekávat (i s ohledem na tvrzení v reklamě ze strany poskytovatele nebo jiné osoby v témže smluvním řetězci),
- c) je digitální obsah poskytován s příslušenstvím a pokyny k použití, které může uživatel rozumně očekávat, a
- d) digitální obsah odpovídá zkušební verzi nebo náhledu, které poskytovatel zpřístupnil před uzavřením smlouvy.

Rozumné očekávání spotřebitele v návaznosti na předmluvní prohlášení poskytovatele nebo jiné osoby v témže smluvním řetězci je třeba posuzovat, stejně jako v případech jiných (nekalá soutěž, nekalé obchodní praktiky), hlediskem průměrného spotřebitele, tedy ve vztahu k relevantní cílové skupině, která byla zasažena, jak jsem již podrobně rozváděl v předchozím pojednání.⁵⁷³ V omezené diskusi právní vědy na toto téma se vyskytuje právní názor⁵⁷⁴, že „s ohledem na účel této harmonizace, kterým je přispět k řádnému fungování vnitřního trhu a podpořit přeshraniční nakupování digitálních obsahů nebo digitálních služeb, by měla být relevantní veškerá prohlášení učinění v rámci vnitřního trhu EU, pokud bude zachována podmínka, že byla učiněna v témže distribučním řetězci“. Takový závěr je však třeba odmítnout jako nelogický a nerozumný, neboť nejenže popírá hledisko průměrného spotřebitele, a je tedy nekonzistentní, ale ani nereflektuje realitu v podobě, že vnitřní e-commerce trh v EU reálně neexistuje, a jde tak, alespoň prozatím, o nedosaženou ideu. Z těchto důvodů je nutné trvat na posouzení očekávání hlediskem průměrného spotřebitele z relevantní cílové skupiny, která byla případnou informací skutečně zasažena nebo na niž informace cílila.

Související otázku záruky upravuje § 2389k občanského zákoníku, ve znění dle velké novely, dle kterého může uživatel (spotřebitel) vytknout vadu, která se u digitálního obsahu projeví nebo vyskytne za trvání závazku a jde-li o jednorázové plnění, může vytknout vadu, která se na digitálním obsahu projeví v době dvou let od zpřístupnění.

Práva z vadného plnění dále upravuje § 2389l občanského zákoníku, ve znění dle velké novely, tak, že primárním právem spotřebitele je právo na odstranění vady. Až pokud „a) poskytovatel vadu neodstranil [...] nebo je z prohlášení poskytovatele nebo z okolností zjevné, že vada nebude odstraněna v přiměřené době nebo bez značných obtíží pro uživatele, b) nebo se vada projeví i po odstranění, c) nebo je vada podstatným porušením smlouvy“, může uživatel

⁵⁷³ Viz např. kapitulu 3.2.4 tohoto pojednání.

⁵⁷⁴ LIMBERGOVÁ, Z. Směrnice o digitálním obsahu a jejich implementace.

(spotřebitel) požadovat přiměřenou slevu nebo od smlouvy odstoupit⁵⁷⁵, přičemž volba mezi těmito dvěma právy je na spotřebiteli.⁵⁷⁶

Jde-li o poskytování digitálního obsahu po určitou dobu, a nejedná-li se o změnu nezbytnou pro zachování digitálního obsahu bez vad, může poskytovatel digitální obsah změnit pouze za úzce specifikovaných podmínek, což přinese uživateli v postavení spotřebitele právní jistotu ohledně stálosti poskytovaného digitálního obsahu.⁵⁷⁷ Pokud by vedla změna digitálního obsahu ke zhoršení postavení uživatele (spotřebitele), má uživatel právo závazek vypovědět.⁵⁷⁸

Závěrem zákonodárce přichází se zakázaným ujednáním⁵⁷⁹ v podobě omezení či vyloučení práv uživatele předem (tj. než uživatel vytkl vadu digitálního obsahu nebo prodlení s jeho zpřístupněním anebo než byl vyrozuměn o jeho změně podle § 2389q občanského zákoníku, ve znění dle velké novely). Dané ustanovení ve vztahu k obecně aplikovatelnému § 2898 občanského zákoníku („*nepřihlíží se ani k ujednání, které předem vylučuje nebo omezuje právo slabší strany na náhradu jakékoli újmy. V těchto případech se práva na náhradu nelze ani platně vzdát.*“) *lex specialis*.

7.5 Závěrem k velké novele

Nedostatkem podkladových směrnic je vysoká míra kazuističnosti, která mnoho otázek rozvádí do neodůvodněných podrobností⁵⁸⁰, což ve výsledku povede ke zvýšení míry právní nejistoty (přestože se jedná o jistý paradox, jak jsem již opakovaně zdůrazňoval v předchozím textu), a oslabuje tento účel práva, který přitom odůvodňuje samotnou existenci práva jako takového. To dále vede ke stále složitějšímu právnímu prostředí, které vyžaduje vyšší míru specializace právních profesí. Specialisté na e-commerce právo a spotřebitelské právo v soukromé sféře sice existují,

⁵⁷⁵ Následky takového odstoupení upravuje § 2389n a § 2389o občanského zákoníku, ve znění dle velké novely.

⁵⁷⁶ S ohledem na formulaci a koncepci daného ustanovení.

⁵⁷⁷ § 2389q občanského zákoníku, ve znění dle velké novely.

⁵⁷⁸ § 2389q odst. 3 občanského zákoníku, ve znění dle velké novely.

⁵⁷⁹ § 2389s občanského zákoníku, ve znění dle velké novely.

⁵⁸⁰ Viz např. čl. 8 odst. 1 písm. b) směrnice 2019/770/EU o některých aspektech smluv o poskytování digitálního obsahu a digitálních služeb, který stanoví, že digitální obsah nebo digitální služba musí „*být v množství a mít vlastnosti a výkonnostní parametry, a to i co se týče funkčnosti, kompatibility, přístupnosti, kontinuity a bezpečnosti, které jsou obvyklé pro digitální obsah či digitální služby stejného druhu a které může spotřebitel rozumně očekávat vzhledem k povaze digitálního obsahu či digitální služby a s přihlédnutím k případným veřejným prohlášením učiněným obchodníkem nebo v jeho zastoupení nebo jinými osobami v předcházejících fázích řetězce transakcí, zejména v reklamě nebo v označení, pokud obchodník neprokáže, že: i) si nebyl a ani si nemohl být rozumně vědom daného veřejného prohlášení, ii) v době uzavření smlouvy bylo toto veřejné prohlášení opraveno stejným nebo srovnatelným způsobem, jakým bylo učiněno, nebo iii) rozhodnutí pořídit si digitální obsah nebo digitální službu nemohlo být tímto veřejným prohlášením ovlivněno*“, dále viz příklad v závěru této podkapitoly.

byť v relativně omezené míře (to platí zvláště pro specifika e-commerce), v té soudní je však prakticky nenalezneme vůbec. Byť je mnoho cílů podkladových směrnic legitimních, tak evropský zákonodárce nedodrhuje princip proporcionality, resp. nedosahuje legitimních cílů při současné minimalizaci zásahů do svobody.

Velká novela je primárně novelou transpoziční a vzhledem k založení většiny směrnic na principu plné harmonizace tak neměl zákonodárce příliš možností transpozice. Deficitem národní transpoziční úpravy je potom mnohdy absentující či nedostatečné odůvodnění toho, proč zákonodárce zvolil určitý způsob regulace nad jiným, resp. zda vůbec zvažoval více variant.

Na závěr zařadím, spíše již jen jako zajímavost a jako příklad kritizované kazuističnosti, povinnost regulující text tlačítka pro objednání úplatného plnění. Jde o změnu, kterou zmiňuji nikoliv z důvodu přínosu pro spotřebitele, který je zde nulový, avšak z důvodu upozornění na tendenci evropského zákonodárce tvořit kazuistickou právní úpravu, která se transformuje z podoby zákona do podoby manuálu či příručky.

V e-commerce kontraktaci je kliknutí na tlačítko typickým momentem, kterým dochází k projevu vůle ze strany spotřebitele objednat určité úplatné plnění. Evropský zákonodárce zřejmě z hlediska ochrany spotřebitele považoval za natolik důležité stanovit autoritativně způsob, jakým má být toto tlačítko formulované, když takovou povinnost zavedl přijetím směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitelů. Velká novela tuto povinnost nyní se zpožděním necelých 9 let⁵⁸¹ transponuje, aniž by však tímto zpožděním byla spotřebitelům způsobena jakákoliv újma.

Navrhované znění § 1826a občanského zákoníku stanoví, že *„je-li objednávka činěna použitím tlačítka nebo obdobného ovládacího prvku, musejí být označeny snadno čitelným nápisem ‚Objednávka zavazující k platbě‘ nebo jinou odpovídající jednoznačnou formulací“*. Uvedená povinnost je zcela absurdním odstrašujícím případem zbytečné kazuistické úpravy, a v rámci přinejmenším českého právního řádu jde i o právní úpravu zcela nadbytečnou. Kontraktační proces již dostatečně upravuje ust. § 1731 a násl. občanského zákoníku a pro uzavření smlouvy (v kontextu e-commerce) předpokládá jednoduché a nepodmíněné přijetí (srov. § 1732 odst. 1 občanského zákoníku). Již z logiky věci je proto třeba text tlačítka pro objednání úplatného plnění formulovat v kontextu těchto pravidel. Navíc objednání plnění je jen jednou fází, po které následuje platba – ta vyžaduje buď zadání platebních údajů, nebo potvrzení platby jiným způsobem.

⁵⁸¹ Čl. 28 směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitelů.

Tlačítko k objednání zboží je i za současné situace typicky označováno textem „Dokončit objednávku“ či „Objednat“, a vzhledem k tomu, že z uvedeného musí být průměrnému spotřebiteli zřejmé, že mu z objednávky plyne povinnost za ni zaplatit, domnívám se, že jde o „*odpovídající jednoznačnou formulaci*“ a na současné běžné praxi není třeba ničeho měnit. Pakliže vyjdeme z hypotézy, že průměrný spotřebitel umí číst, jistě i rozumí tomu, že po objednání určitého úplatného plnění je třeba za něj zaplatit. Evropský zákonodárce byl však zřejmě názoru jiného.

Riziko v podobě neplatnosti smlouvy (srov. § 1826a odst. 2 občanského zákoníku), pokud podnikatelé tomuto požadavku nevyhoví, v praxi zákonitě povede k tomu, že většina tlačítek pro objednání úplatného plnění bude přetextována na znění „Objedávka zavazující k platbě“ – k tomuto ostatně došlo i např. v Německu, Rakousku i na Slovensku, kde uvedená povinnost platí již delší dobu. Vzhledem k vyšším nárokům na spotřebitele v kontextu hlediska průměrného spotřebitele se takováto povinnost jeví jako povinnost, která inteligenci průměrných spotřebitelů zjevně podceňuje, a především zcela zjevně odporuje požadavku minimalizace zásahu státu do soukromé sféry a vyvstává tak otázka, zda již takovouto regulací nepřekročil evropský zákonodárce pomyslnou čáru, pro kterou se dostal do rozporu nejen s ústavními předpisy (zejm. zásadě legální licence), ale i zdravým rozumem. Na uvedenou povinnost by poté mohla s humornou nadsázkou následovat regulace, která zavede povinnost na „výstražný vzhled tlačítka“ určeného k objednání úplatného plnění, které bude obsahovat vyobrazení výstražného trojúhelníku a spojení „k platbě“ podtrhne kontrastní barvou vůči barvě tlačítka.

Jak jsem již zmiňoval v kapitole č. 2 této práce a dále napříč celým tímto pojednáním, takováto řešení jsou pouhou legislativní záplatou, která však neřeší příčinu problému, kterou je neochota aplikovat obecné normy, které v sobě závadné jednání již zahrnují (např. nekalé obchodní praktiky, ve vztahu k výše uvedenému by se jednalo o typický příklad klamavého opomenutí dle zákona o ochraně spotřebitele).

Závěr

Problematika slabší strany a spotřebitele v e-commerce, která byla předmětem mého zkoumání, je nejen značně široká, ale i vysoce dynamická, a tato se zdaleka nevyčerpává dílčími tématy, kterým jsem se v této práci věnoval. Téma jsem proto analyzoval ve dvou rovinách, jednak v širším měřítku se zasazením do ekonomického kontextu (tj. koncepčně), jednak ale i v jeho nejpalčivějších praktických otázkách. V dalším textu dojde postupem od obecného ke konkrétnímu k seznámení se zjištěními z obou těchto rovin.

Současný stav e-commerce charakterizuje nejen zřetelný technologický rozkvět, ale i narůstající význam pro hospodářskou prosperitu EU. Již před necelými osmi lety označila Komise e-commerce jako hlavní hnací sílu současného a zřejmě i budoucího ekonomického růstu celé EU.⁵⁸² Dosavadní vývoj indikuje, že takřka celý maloobchod čeká transformace ve výdejny pro výdej zboží objednaného online. Ostatně i poměrně konzervativní maloobchodní odvětví jako je prodej potravin se stále více přesouvá do online prostředí. Tomu napomáhá i narůstající podíl aktivních uživatelů internetu, který se v EU postupně přibližuje hodnotě 100 %.⁵⁸³ Zvyšující se přítomnost obou hlavních aktérů trhu (podnikatelů i spotřebitelů) v online prostředí s sebou však přináší i řadu rizik.

Z obecných rizik lze zmínit narůstající rozdíl v přístupu k technologiím. Tzv. online giganti jako je např. Amazon, AliExpress, Facebook, Google a další, používají inovativní technologie (v současné době např. široká robotizace skladů, robotizovaná tvorba obsahu webových stránek, naceňování zboží prostřednictvím naceňovacích robotů, ale i nákladný vývoj umělé inteligence, jenž umožní další budoucí inovace a získání dalších konkurenčních výhod), které jim přirozeně přináší konkurenční výhody. Za samostatnou zmínku stojí zvyšující se závislost provozovatelů webových stránek na internetovém vyhledávači Google, který nejenže drží pomyslné klíče od hlavní brány vedoucí do online světa, ale je zároveň architektem online mapy (tj. stále se měnícímu algoritmu, kterému jsou provozovatelé webových stránek nuceni se přizpůsobovat), kterou spotřebitelé používají pro orientaci v online světě jako primární nástroj.

⁵⁸² Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru, Digitální smlouvy pro Evropu – Uvolnění potenciálu elektronického obchodu, publikováno dne 9. 12. 2015, ID COM (2015) 633, s. 2.

⁵⁸³ V EU ke konci roku 2020 tvořil podíl aktivních uživatelů internetu v EU na celkové populaci EU 91 %, z toho nejvyššího poměru dosáhlo Německo s výší 95 %. Viz JOHNSON, J. Number of internet users in EU countries 2020. [2021-07-21] *Statista*. Dostupné na <https://www.statista.com/statistics/252753/number-of-internet-users-eu-countries/> [cit. 2021-10-02].

Ze statistik bylo zjištěno, že zastoupení evropských podnikatelů ve světové e-commerce je spíše výjimkou a mezi zmiňované nadnárodní online giganty patří v první řadě podnikatelé z USA, Číny a dalších států mimo EU.⁵⁸⁴ V této souvislosti jsem se zabýval tím, jakou roli v daném ohledu zaujímá přijímaná evropská legislativa, tedy zda činnost Evropská unie přispívá ke zvýšení konkurenceschopnosti evropských podnikatelů ve světové e-commerce, nebo tuto naopak ještě dále snižuje.

Při hledání odpovědi na položenou otázku jsem se soustředil na analýzy dopadů GDPR a ePrivacy směrnice, a to zejména ze čtyř důvodů:

- (i) Oba předpisy dopadají takřka na všechny subjekty působící v e-commerce.
- (ii) Důsledky obou předpisů pro trh e-commerce jsou dobře zmapovány.
- (iii) Oba předpisy představují jeden z pilířů legislativního plánu EU, kterým si kladla EU za cíl zvýšit konkurenceschopnost podniků v EU.⁵⁸⁵
- (iv) Základní koncepce obou předpisů odpovídá i připravovanému nařízení o umělé inteligenci (AIA, z angl. Artificial Intelligence Act) a částečně se překrývá s legislativou pro přímou ochranu spotřebitele, když tyto předpisy charakterizuje (i) stanovení rozsáhlé informační povinnosti ve vztahu k subjektům údajů (spotřebitelům), na což navazuje (ii) zakotvení konkrétních práv subjektů údajů (spotřebitelů), s následným (iii) uložením řady byrokratických povinností (apriorní analyzování rizik při zpracování osobních údajů a následná povinnost vést záznamy o zpracování osobních údajů aj.) a (iv) možnost ukládání pokut z celosvětového obratu. Uvedená koncepce poukazuje i na pravděpodobný budoucí legislativní vývoj.

Přestože si EU kladla za cíl realizací svého legislativního plánu konkurenceschopnost evropských podnikatelů v e-commerce zvýšit, došel jsem při analýze ekonomických poznatků k závěru, že přijímané právní předpisy míru konkurenceschopnosti evropských podnikatelů naopak podstatně snížily.⁵⁸⁶ Např. bylo zjištěno, že financování podnikatelů působících v oblasti datové ekonomiky kleslo vlivem GDPR o 33,8 % a financování startupů působících v téže oblasti kleslo o 46,10 %. Celkový pokles zahraničních investic v EU představoval v důsledku GDPR více než 20 %.⁵⁸⁷ Přírozeným faktem přitom je, že snížení finančních zdrojů i zásadně omezuje

⁵⁸⁴ Podrobněji viz zejména kapitola 4.2 této práce.

⁵⁸⁵ Podrobněji viz zejména kapitola 5 této práce.

⁵⁸⁶ Podrobněji viz zejména kapitola 4.4 této práce.

⁵⁸⁷ JIA, J., WAGMAN, L. *The One-Year Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on European Ventures* [online]. 2020. Dostupné z: <https://datacatalyst.org/wp-content/uploads/2020/01/GDPR-report-2020.pdf>.

schopnost inovací a využívání nejmodernějších technologií, což se projevuje v nižší míře konkurenceschopnosti.

Ekonomickou analýzou GDPR⁵⁸⁸, kteréžto nařízení klade na e-commerce podnikatele značně vysoké požadavky na vývoj, resp. modifikaci stávajících interních systémů, bylo dále zjištěno, že samotná schopnost analyzovanou legislativu efektivně dodržovat je výsadou nadnárodních online gigantů. Např. jde-li o práva subjektů údajů, jejichž realizace manuálně je časově náročná a produkuje značné dodatečné interní náklady⁵⁸⁹, tak pouze 2 % podnikatelů (z relevantního vzorku tvořeného středními a velkými podnikateli) jsou schopny vyhovět žádostem (právům) subjektů údajů plně automatizovaně a absolutní většina podnikatelů zpracovává tyto žádosti výlučně manuálně a individuálně. Z hlediska nákladů na dodržování GDPR bylo dále mj. zjištěno, že jednorázové náklady na vývoj, které činí v průměru 46 mil. Kč na jednoho podnikatele, se již od určitého počtu zaměstnanců (5000) nenavysují. Legislativa s takovými důsledky dále prohlubuje rozdíl mezi nadnárodními online giganty (primárně ze zemí mimo EU) a zbytkem trhu (tvořeným mj. právě evropskými podnikateli).

V souvislosti s uvedenou analýzou ekonomických poznatků bylo dále zjištěno, že malí a střední podnikatelé (tedy absolutní většina všech podnikatelů) nejsou reálně po technické stránce ani schopni dodržování GDPR zajistit a uchylují se, jaksi z nouze, k jevu, který nazývám regulatorním faceliftem. Regulatorním faceliftem rozumím dodržování legislativy jako je právě GDPR nebo ePrivacy směrnice, ke kterému dochází takřikajíc pouze na papíře. Došel jsem k závěru, že důvodem takového přístupu je jednak legislativa, která nezohledňuje finanční a technologickou náročnost implementace nových povinností adekvátně (resp. omezené zdroje podnikatelů), ale jednak i skutečnost, že dozorové orgány nejsou personálně schopny dodržování řady povinností zajistit, a to zejména těch povinností, pro jejichž kontrolu je vyžadována vysoká odbornost v oblasti IT (např. kontrola zdrojových kódů interních systémů), kterou však kontrolóři dozorových orgánů zásadně nedisponují. Do jisté míry však fenomén regulatorních faceliftů vytváří i praxe dozorových orgánů, které svoji kontrolní činnost omezují na dvě oblasti, a to (i) vyžadování dokumentů a následnou kontrolu jejich obsahu (aniž by došlo ke zkoumání skutečného stavu věci) a (ii) kontrola zcela zjevných projevů nedodržování uložených povinností (např.

⁵⁸⁸ IAPP-EY Annual Privacy Governance Report 2018. Dostupné z: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/financial-services/ey-iapp-ey-annual-privacy-gov-report-2018.pdf Více viz zejména v kapitole 5.2 této práce.

⁵⁸⁹ Mj. z důvodu, že vedle zaměstnanců zákaznické podpory vyžaduje i zapojení již nyní kriticky nedostatkových IT odborníků.

kontrola toho, jaké cookies se do internetového prohlížeče uloží ve chvíli, kdy se zpracováním cookies uživatel nesouhlasí⁵⁹⁰).

Související výzkumnou otázkou bylo, zda a jak umí zákonodárce využívat kvantitativních metod (práce s daty), tj. zda bylo rozumně možné negativní důsledky legislativy předvídat (a tedy ještě před jejich projevením je omezit, případně vyloučit). Pro tyto účely jsem prostudoval analýzy dopadů legislativy nejprve v podobě RIA (z angl. Regulatory Impact Assessment, tzn. hodnocení dopadů regulace), která je běžnou součástí legislativního procesu. Do struktury analýzy dopadů legislativy patří mj. zhodnocení variantních řešení, a to vč. řešení bez právní regulace.

Komise v případě GDPR analýzu dopadů provedla⁵⁹¹, nicméně dopady legislativy nezhodnotila dle mých zjištění adekvátně. Při studiu analýz dopadů GDPR jsem nejprve, pro co nejobektivnější posouzení výsledků práce Komise, vycházel z analýz vyhotovených před účinnosti GDPR, a to jednak provedených Komisí, jednak soukromou sférou (Deloitte), a až následně jsem analyzoval dokumenty vyhotovené po účinnosti GDPR.

Při studiu analýz dopadů GDPR provedených před účinnosti GDPR byl zjištěn propastný rozdíl nejen v rozsahu obou analýz (Komise 9 stran, Deloitte 58 stran), ale i v jejich závěrech. Podle Komise mělo GDPR přinést úsporu takřka 3 miliard EUR, zatímco podle Deloitte mělo GDPR snížit HDP EU o astronomických 173 miliard EUR.⁵⁹²

Studiem analýzy dopadů GDPR provedených po účinnosti GDPR (Ernst & Young) bylo zjištěno, že náklady na zajištění souladu s GDPR ze strany soukromé sféry činily v r. 2017, tedy v době příprav na novou regulaci, u velkých podnikatelů v přepočtu průměrně 131 až 153 mil. Kč⁵⁹³ na jeden takový subjekt, přičemž průměrná výše navazujících „udržovacích“ ročních výdajů na dodržování GDPR představuje (u relevantního vzorku středních a velkých podnikatelů) v průměru 22 mil. Kč pro každý subjekt. Jde-li o dopady GDPR v podobě markantního snížení financování evropských e-commerce projektů, tyto jsem již zmiňoval výše.⁵⁹⁴ Ekonomické škody

⁵⁹⁰ Avšak již nikoliv kontrola toho, jakým způsobem interní cookies provozovatele webové stránky údaje uživatele skutečně zpracovávají.

⁵⁹¹ Pracovní dokument útvarů Evropské Komise ze dne 25. 1. 2012, SEK (2012) 73 final (dostupné online z <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1596547968463&uri=CELEX:52012SC0073>).

⁵⁹² Podrobněji viz kapitola 4.4 této práce.

⁵⁹³ Vypočteno s kurzem 21,93 CZK za 1 USD, platným ke dni 18. 10. 2021, a poté následně zaokrouhleno na celé miliony. Ve zprávě se uvádí rozmezí 6 až 7 mil. USD.

⁵⁹⁴ „*Financování podnikatelů působících v oblasti datové ekonomiky kleslo vlivem GDPR o 33,8 % a financování startupů působících v těžce oblasti kleslo o 46,10 %. Celkový pokles zahraničních investic v EU představoval v důsledku GDPR více než 20 %.*“

způsobené GDPR podporuje i recentní studia provedená třemi Oxfordskými ekonomy⁵⁹⁵, kteří došli k závěru, že zisk evropských podnikatelů poklesl vlivem GDPR v průměru o 8 %, přičemž v případě malých podnikatelů působících v oblasti IT jde o pokles ve výši 12,1 %.

Komparatistickou analýzou s dokumenty USA bylo dále mj. zjištěno, že odhad nákladů vzniklých důsledkem přijetí obdoby GDPR v USA by ekonomiku USA představoval náklady ve výši 122 miliard USD ročně a zároveň i odlišný přístup při tvorbě legislativy, když v předmětné zprávě ITIF⁵⁹⁶ bylo Kongresu doporučeno, aby namísto obdoby GDPR přijal cílenou regulaci na ochranu soukromí, která by stále vedla k podstatnému zvýšení ochrany spotřebitelů, avšak snížila náklady pro ekonomiku o 95 % na přibližně 6,5 miliardy USD ročně.

Úspora, které mělo být přijetím GDPR podle Komise dosaženo, však zjištěna nebyla. Stejně tak nebyly zjištěny ani (kvantifikovatelné a doložitelné) pozitivní dopady GDPR, a přestože některé veřejně dostupné články pozitivní přínosy GDPR uvádí, neodkazují se na žádné analýzy, studie či jakékoliv jiné důkazy. Komise se dopady GDPR dva roky po jeho účinnosti zabývala a - s ohledem na výše uvedené zjištěné skutečnosti - dospěla k překvapivému závěru o úspěchu GDPR (jehož je sama autorem) s tím, že GDPR údajně stanovené cíle splnilo. I k takovému závěru Komise však chybí jakákoliv data. Chybějící sebereflexe Komise ohledně toho, že ponechala zákonodárce hlasovat o přijetí GDPR na základě nesprávných podkladů (tj. předložila zákonodárnému sboru k přijetí nařízení, které, přestože mělo přinést značný ekonomický přínos celé EU, tak místo toho způsobilo astronomické ekonomické škody), považuji za znepokojivé zjištění a vyvstává tak otázka z dalšímu možnému zkoumání, zda by zpětné vyhodnocování legislativy EU neměl provádět např. nezávislý orgán složený z odborníků na regulované oblasti.

Jde-li o ePrivacy směrnici, v jejíž důsledku jsou mj. zaváděny tzv. cookies lišty, jsou závěry v zásadě stejné, jde-li o kvantifikovatelné negativní důsledky pro ekonomiku EU. Každoroční náklady vynakládané v souvislosti se zavedením a užíváním cookies lišt odhadl americký ITIF již v r. 2014 na 2,3 miliardy USD, přičemž v dnešní době by (s ohledem na technologický vývoj a sofistikovanější způsoby užívání cookies) byly náklady nepochybně podstatně vyšší.

Ve vztahu k ePrivacy směrnici je podstatné tázat se, jaké přínosy tato regulace přinesla evropským spotřebitelům. Dle ITIF je prospěch pro občany EU v zásadě nulový. Britský úřad,

⁵⁹⁵ CHEN, C., FREY, C.B., PRESIDENTE, G. (2022). *Privacy Regulation and Firm Performance: Estimating the GDPR Effect Globally*. The Oxford Martin Working Paper Series on Technological and Economic Change No. 2022-1.

⁵⁹⁶ The Information Technology and Innovation Foundation, volně přeloženo autorem jako Úřad pro informační technologie a inovace.

který představuje britský dozorový orgán pro danou legislativu, navíc upozorňuje na skutečnost, že absolutní většina stížností týkající se ePrivacy směrnice doručených tomuto úřadu jsou šikanózního charakteru nebo podávány toliko v rámci konkurenčních bojů či osobní msty, což ve výsledku vede k neefektivní alokaci kapacit daného úřadu. Při uvažování přínosů pro spotřebitele vlivem ePrivacy směrnice bylo analýzou německé studie zjištěno, že cookies lišta (i v případě její řádné implementace) představuje pro většinu uživatelů internetu toliko obtěžující prvek. Projevem obtěžující charakteru samotné ideje cookies lišty je potom fakt, že 72 % uživatelů, kteří s úplným zpracováním cookies souhlasí, tak činí primárně proto, aby cookies lišta „zmizela“ a mohli se věnovat tomu, proč webovou stránku v první řadě vůbec navštívili.

ePrivacy směrnice, resp. cookies lišta, představuje po GDPR zjevný příklad, kdy se legitimní legislativní cíl (poskytnutí uživatelům internetu možnost lépe kontrolovat svoji digitální stopu) zcela minul účinkem (bezmyšlenkovité odklikávání lišty s textem, který uživatelé zpravidla vůbec nečtou⁵⁹⁷).

Jako alternativu, která by vytyčený legislativní cíl (možnost lépe kontrolovat digitální stopu spotřebitelů) splnila efektivněji, jsem navrhoval transformaci cookies lišty v možnost nastavení na úrovni internetového prohlížeče, které by bylo později možné snadno změnit, neboť jsou to právě internetové prohlížeče, které ve výsledku cookies na zařízení uživatele ukládají a umožňují jejich zpracovávání. Z hlediska povinných subjektů by se jejich počet snížil z několika milionů (v současné době tvořené zejména provozovateli webových stránek) na několik jednotek (téměř 96 % všech uživatelů internetu používá pouze 6 internetových prohlížečů), což by nově umožnilo dozorčím orgánům svoji povinnost dozoru skutečně vykonávat (což za současného stavu není, vzhledem k počtu povinných subjektů, absolutně reálné) a nadto i vysoce efektivně a při značné úspoře zdrojů dozorčích orgánů. Informační povinnost by při možnosti jednorázového rozhodnutí nabyla na skutečném významu, neboť by odpadl obtěžující charakter cookies lišty. Tento návrh by však bylo třeba nejdříve analyzovat a uvedené hypotézy ověřit (např. prostřednictvím A/B testování) a odhadnout též ekonomické důsledky takového řešení.

Náměty *de lege ferenda*, které po analýze dotčených právních předpisů, ekonomických analýz a dalších podkladů navrhuji, lze potom shrnout následovně:

- (i) důsledné využívání kvantitativních metod při tvorbě právních předpisů;
- (ii) snížení neodůvodněné administrativní zátěže pro podnikatele;

⁵⁹⁷ Dokonce i podle známého aktivisty v oblasti osobních údajů Schremse je cookies lišta bezmyšlenkovitou odklikávačkou. Viz *How Cookie Banners Backfired*. *New York Times* [online]. 2022-01-29. Dostupné z: <https://www.nytimes.com/2022/01/29/business/dealbook/how-cookie-banners-backfired.html>.

- (iii) kompletní revize informačního modelu (informačních povinností vůči spotřebitelům);
- (iv) přijímání cílené právní regulace při inspiraci Paretovým pravidlem;
- (v) povinné zpětné vyhodnocování dopadů legislativy nezávislým odborným orgánem a implementace procesů pro nápravu legislativních chyb, tj. situací kdy není dosaženo kýženého výsledku, případně kdy je ho dosaženo neefektivně;
- (vi) podpora spotřebitelských organizací a lepšího vzdělání spotřebitelů (využití ekonomického rozhodování spotřebitelů jako obchodního tlaku na podnikatele, což může mnohdy vést k vyšší spotřebitelské ochraně než legislativa).

Poslední výzkumná otázka obecnějšího (koncepčního) rázu, na kterou jsem našel při psaní disertační práce odpověď, činí, zda se EU podařilo dosáhnout jednotného e-commerce trhu a jak v tomto kontextu obstává recentní evropská legislativa. Z hlediska přínosů pro spotřebitele jde o otázku značné důležitosti, neboť v důsledku jednotného vnitřního e-commerce trhu by se mohli spotřebitelé přirozeně těšit široké nabídce zboží a služeb, poskytovaných ve vyšší kvalitě a za nižší cenu, a to mj. díky vyšší konkurenci, úsporám z rozsahu, zjednodušením distribučních modelů aj.

Přestože EU potřebu jednotného vnitřního e-commerce trhu akcentuje již od r. 2015 a stanovila i konkrétní legislativní kroky, které měly pomoci tohoto cíle dosáhnout, došel jsem k závěru, že k vytvoření jednotného e-commerce trhu v EU brání nejen překážky faktické (zejména v podobě nákladů na rozšíření podnikání do dalších členských států jako jsou např. otázky logistiky, dopravy, jakož i jazykové bariéry), ale zejména překážky právní, jejichž tvůrcem je přitom sama EU.

Mezi právní překážky jednotného vnitřního e-commerce trhu, které jsem identifikoval, patří zejména následující:

- (i) Nejednotná legislativa v členských státech, a to dokonce i jde-li o právo EU, kde na vině jsou nejen směrnice EU s minimálním harmonizačním rámcem, ale i tendence členských států přidávat nové související povinnosti k povinnostem transponovaným na základě směrnice s maximální úrovní harmonizací.
- (ii) Nejednotné uplatňování právních předpisů ze strany dozorových orgánů členských států, a to vč. směrnic EU založených na principu úplné harmonizace a nařízení EU.
- (iii) Neprofesionální tvorba legislativy ze strany Komise, jež dosahuje neuspokojivých výsledků (tj. malého přínosu pro spotřebitele za cenu značných ekonomických škod, případně deklarovaných cílů v uspokojivé míře nedosahuje), jak jsem již

rozděl výše. Důsledkem této skutečnosti jsou podnikatelé nuceni alokovat (omezené) zdroje na zajištění souladu s takovou právní úpravou, které by jinak mohli investovat do expanze do dalších geografických oblastí vč. členských států EU.

- (iv) Vysoké náklady na rozšíření podnikání do dalších členských států vlivem obou výše uvedených případů nejednotnosti, přičemž tuto nejednotnost dále umocňuje složité a komplikované právní prostředí, které vytváří evropský zákonodárce⁵⁹⁸.

Také přímá ochrana spotřebitele a slabší strany, resp. její část, jež dopadá na e-commerce, trpí řadou nedostatků. Rozlišuji v tomto ohledu nejprve ochranu spotřebitele a slabší strany v e-commerce obecně, a to jak její soukromoprávní větev, tak i tu veřejnoprávní (kapitola č. 6) a následně analyzuji aktuální problematické otázky (kapitola č. 7).

Deficitem obecné ochrany je prosazování (soukromoprávních) zájmů spotřebitelů skrze soukromoprávní žaloby. V důsledku toho nejsou mnohdy individuální a drobné soukromoprávní spotřebitelské spory nijak řešeny. Domnívám se, že důvodem je tzv. racionální apatie spotřebitelů, spočívající zejména v neekonomičnosti vedení sporu, přičemž tyto závěry podporuje i moje vlastní právní praxe.

Možná řešení představuje zejména institut hromadné žaloby a rozšíření administrativního přezkumu na soukromoprávní povinnosti. S ohledem na dosavadní zkušenosti s institutem hromadné žaloby z anglosaské praxe (kde se projevil jako institut vedoucí ke komercializaci práva a je i z toho důvodu některými autory označován jako morální hazard) a skutečnost, že původně navržený princip opt-out dle mého názoru představuje porušení ústavně garantovaného práva na spravedlivý proces (mj. porušuje zásadu *vigilantibus iura scripta sunt*), považuji za vhodnější řešení rozšířit administrativní přezkum soukromoprávních povinností, jak částečně (avšak velice omezeně) činí i velká novela stanovením nových skutkových podstat přestupků v zákoně o ochraně spotřebitele.

Ve vztahu k nekalé soutěži jakožto potenciálně významnému obecnému soukromoprávnímu nástroji ochrany spotřebitele (z důvodu zejména široké koncepce protiprávního jednání, obráceného důkazního břemene ve prospěch spotřebitelů a možnosti soukromoprávních spotřebitelských organizací hájit práva spotřebitelů) bylo analýzou historické

⁵⁹⁸ V této souvislosti jsem vlastní právní praxí zjistil, že v případě internetových obchodů představuje rozšíření podnikání do dalšího členského státu v EU - pouze na základních právních výdajích - náklad v řádu několika desítek tisíc EUR, přestože většina zásadních právních otázek jako je např. ochrana osobních údajů, problematika zasílání osobních údajů, ale i otázky zákonné záruky a uplatňování práv z vad, již byla harmonizována.

činnosti tuzemských (soukromoprávních) právnických osob oprávněných hájit zájmy spotřebitelů zjištěno, že tyto osoby žaloby pro porušení nekalé soutěže zásadně nepodávají a spotřebitelům tímto způsobem ochranu neposkytují (např. v případě společnosti dTest činí roční průměr co do počtu podaných žalob 0,067). Pro zvýšení spotřebitelské ochrany v tomto ohledu navrhuji (i) cílené využívání pokut (nyní směřovaných do státního rozpočtu) pro účely financování nákladů na vedení spotřebitelských sporů a (ii) po provedené komparativní analýze s právním řádem Německa i postih nekalé soutěže coby přestupkového jednání.

Při analýze veřejnoprávní větve ochrany spotřebitele, v obecné míře zajištěné skrze zákaz nekalých praktik v zákoně o ochraně spotřebitelů, byl zásadním zjištěným nedostatkem platné právní úpravy složitá a matoucí rozdělení kompetencí dozorových orgánů, kdy přímá dozorová činnost je svěřena 10 správním orgánům (nepočítaje v to další orgány vykonávající dozorovou činnost dle zvláštních zákonů jako je např. zákon o regulaci reklamy). Takové rozdělení kompetencí působí v praxi zahlcování správních orgánů stížnostmi, k jejichž meritornímu vyřízení nejsou příslušné. Nepříslušný orgán navíc mnohdy sám postoupí věc dále nepřislušnému orgánu a celý proces „nalézání příslušného orgánu“ se tím prodlužuje, případně dochází k tomu, že rozhodnutí vydá věcně nepřislušný orgán, což jej činí vadným s následkem v podobě nicotnosti (např. ČOI vydá rozhodnutí ve věci porušení zákona o regulaci reklamy). Vedle zvyšování interních nákladů dotčených správních orgánů se tím zvyšuje riziko vzniku kompetenčního sporu a především snižuje celková ochrana spotřebitele, která je zajišťována nejen pomaleji, ale i s právně méně jistým výsledkem (vznik negativního kompetenčního sporu, vydání nicotného rozhodnutí aj.)

Na uvedené shrnutí závěrů z obecné části práce poté navazují aktuálními problematickými otázky, které jsem podrobněji rozebíral.

Při analýze právní regulace online reklamy, se zaměřením na problematiku kognitivních zkreslení (spočívající mj. ve využívání, resp. zneužívání, poznatků o chybách lidské mysli), byla, mimo jiné, zjištěna celková nefunkčnost právní úpravy způsobená již výše kritizovaným rozdělením kompetencí dozorových orgánů. Dozor nad dodržováním online reklamy dle zákona o regulaci reklamy (*lex specialis*) vykonávají - ve vztahu k online reklamě - téměř nečinné a odborně nedostatečně vybavené krajské živnostenské úřady, čímž zákonodárce České obchodní inspekci odejmul věcnou příslušnost ve věci dozoru nad dodržováním zákonnosti online reklamy, a to vč. reklamy, která je nekalou obchodní praktikou dle zákona o ochraně spotřebitele. Dále bylo zjištěno, že česká rozhodovací praxe není v oblasti potírání případů zneužívání kognitivních zkreslení v online marketingu činná, a někdy dokonce dané zneužívání (např. využití prvku

strachu) spíše aprobuje; komparativní analýzou s rozhodovací praxí maďarského dozorového orgánu (GVH) bylo zjištěno, že činnost GVH je v tomto ohledu naopak přelomová (byť mnohdy dle mého názoru nepřiměřeně přísná) a vychází z propracovaných metodik, které o zneužívání kognitivních zkreslení pojednávají.

Při nalézání odpovědi za otázku, zda jsou rozsáhlé informační povinnosti podnikatelů vůči spotřebitelům (akcentované nejen historickými směrnicemi, ale i novodobou legislativou jako je např. GDPR či návrh nařízení AIA) legitimním nástrojem ochrany spotřebitele, bylo zjištěno, že tento tzv. informační model ideově vychází z desítky let starého teoretického (tedy empiricky neosvědčeného) konceptu *homo economicus*, jehož základem je - zjednodušeně řečeno - myšlenka jednotlivce, který na základě dostupných informací činí racionální rozhodnutí. Byť se taková idea může jevit jako logická, tak studiem poznatků behaviorální ekonomie jsem zjistil, že teoretický koncept *homo economicus* byl již od konce 20. století empiricky vyvrácen a bylo naopak prokázáno, že primární vliv na ekonomické rozhodování spotřebitelů mají emoce a iracionální faktory, nikoliv dostupné informace (což bylo řadou experimentů prokázáno i v případě zásadních ekonomických rozhodnutí jako je např. koupě vlastního bydlení či automobilu). Dále bylo v disertační práci zjištěno, že rozsáhlé informační povinnosti vedou k informační přehlcenosti spotřebitelů, což rezultuje v apatii spotřebitelů ve vztahu ke sdělovaným informacím. Zmíněná apatie je přitom patrná právě v e-commerce, kde ostatně i rozsáhlý informační model odporuje e-commerce trendům, které na skutečné potřeby spotřebitelů reagují (zjednodušování a zrychlování nákupních procesů, jehož zatím nedosaženým ideálem je, v případě nakupování na internetu, nákup myšlenkou a doručení teleportem).

V návaznosti na zjištěné poznatky o informačním modelu je mým návrhem *de lege ferenda* podrobení informačního modelu rozsáhlé revizi tak, aby byl empiricky obhajitelný a poskytoval spotřebitelům ochranu nejen na papíře, ale i ve skutečnosti, tedy aby byl zákonodárcem informační model vnímán pouze jako podpůrný způsob ochrany spotřebitele omezený primárně na transparentní uvádění základních informací potřebných pro ekonomické rozhodování spotřebitelů.

Poslední identifikované slabé místo analyzované právní úpravy na ochranu spotřebitele představuje její stále větší kazuističnost. Nejzjevnějším příkladem nesmyslné kazuističnosti z velké novely je regulace samotné podoby textace tlačítka pro objednání zboží či služby, která se stala součástí obecného kodexu, přestože již právo jednání, kterému se příslušné ustanovení snaží zamezit, zakazuje, a to do konce i ve více rovinách.⁵⁹⁹ Domnívám se, že tendence upravovat

⁵⁹⁹ V zákoně o ochraně spotřebitele nalezneme např. zákaz klamavého konání (a opomenutí), jehož porušení je sankcionováno jako přestupek, a v občanském zákoníku i úpravu transparentnosti kontraktačního procesu (§ 1731 a

rozsáhle a dopodrobna (a do značné míry i duplicitně) všechny potenciálně problematické situace se v legislativě na ochranu spotřebitele opírá o historické zkušenosti. Historickou analýzou jsem zjistil, že Německo se pokoušelo s nespravedlnostmi vůči spotřebitelům v podobě nepřiměřených smluvních podmínek obsažených v obchodních podmínkách vypořádat nejprve pomocí tradičních instrumentů (zejm. dobré mravy či veřejný pořádek), avšak neúspěšně, neboť soudy je nebyly ochotny aplikovat ani v případech zřejmých nespravedlností. Důvodem neochoty aplikovat obecné korektivy může být preference principu právní jistoty nad principem spravedlnosti, ať už je tato ideová či praktická⁶⁰⁰. Domnívám se, že stanovováním podrobných a rozsáhlých pravidel zákonodárce dosahuje rychlého a jednoduchého řešení, která však nijak neřeší podstatu věci (tj. příčinu problému), ale pouze její důsledek. Recentní legislativu proto v práci mnohdy označuji za tzv. legislativní záplaty, neboť nejsou dlouhodobě udržitelným řešením a vedou k vytvoření právního řádu, který stále více než právní řád připomíná podrobný manuál, resp. jakousi kuchařku, namísto aby aspiroval do podoby obecných kodexů a soustředil se na jejich citlivou a uvážlivou aplikaci. Před návrhem řešení je však třeba vypořádat se s několika otázkami. Proč příslušné státní orgány neaplikují současné obecné právní normy, které závadné jednání již zakazují? Proč státní orgány potřebují výčty obsahující konkretizaci všech znaků zakázaného jednání, aby jej potíraly? Jde o otázky systémového charakteru, jejichž řešení musí být komplexní a systematické. Konkrétním příkladem, představujícím dle mého názoru pomyslnou zlatou střední cestu, by bylo upuštění od tvorby seznamů zakázaných jednání obsažených např. v černých listinách (které přitom nejsou nikdy schopny postihnout celou společenskou realitu a vedou spíše k bezmyšlenkovité aplikaci práva a tedy i k dalšímu snížení budoucí míry aplikace obecnější právní normy), a namísto toho soustředění se na výzkum a vzdělávání kontrolorů dozorových orgánů, které by vedlo k širší aplikaci obecného zákazu nekalých obchodních praktik (jak již nyní činí např. GVH při potírání případů zneužívání kognitivních zkreslení, jejichž zákaz je upraven obecně zákazem nekalých obchodních praktik).

Do budoucna lze prodloužením historické křivky očekávat nárůst legislativy, kterou jsem ve své práci kritizoval, což bude dále poškozovat ekonomické zájmy EU a v důsledku toho i evropské spotřebitele a zároveň povede ke zvýšení míry mechanické aplikace práva ze strany dozorových orgánů a soudů (a snížení míry aplikace obecnějších norem). Obávám se, že současný trend není dlouhodobě udržitelný a pakliže nedojde ke změně přístupu Komise, která je

násl. občanského zákoníku, kterou dále ovlivňuje i povinnost transparentnosti v podobě zásady poctivosti a *culpa in contrahendo*), jakož i a povinnost jasné a srozumitelné komunikace (§ 1811 odst. 1 občanského zákoníku).

⁶⁰⁰ V podobě kombinace tlaku na rychlé rozhodování soudců a obava soudce z dodatečné práce způsobené zrušenou a vrácenou věcí ze strany soudu vyšší instance.

předkladatelem kritizovaných právních aktů primárně, resp. ke změně personálního obsazení jejích zaměstnanců, kteří takovou legislativu připravují, dojde k další degradaci již tak slabé pozice EU v globálním světě e-commerce.

Seznam zkratek

ADR	Alternativní řešení sporů (anglická zkratka ADR – Alternative Dispute Resolution)
Autorský zákon	Zákon 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů
SDEU	Soudní dvůr Evropské Unie
GDPR	Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. 4. 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES
Směrnice o právech spotřebitelů	Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU ze dne 25. října 2011 o právech spotřebitelů, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES a zrušuje směrnice Rady 85/577/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES
Občanský zákoník	Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
Omnibus směrnice	Směrnice EP a Rady (EU) 2019/2161 ze dne 27. 11. 2019, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, 2005/29/ES a 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů Unie na ochranu spotřebitele.
Soudní řád správní	Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů
Správní řád	Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů
Strategie pro jednotný trh	Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a výboru

regionů, Strategie pro jednotný digitální trh v Evropě, publikováno dne 6. 5. 2015, COM (2015) 192 final

Zákon o elektronických komunikacích	Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů
Zákon o některých službách informační společnosti	Zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů
Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich	Zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů
Zákon o ochraně olympijských symbolik	Zákon č. 60/2000 Sb., o ochraně olympijských symbolik, ve znění pozdějších předpisů
Zákon o ochraně spotřebitele	Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů
Zákon o ochranných známkách	Zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách a o změně zákona č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů
Zákon o regulaci reklamy	Zákon č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů

Seznam použitých zdrojů

1. Seznam použité literatury

ADOMAVICIUS G., BOCKSTEDT, J. C., CURLEY, S., ZHANG, J. Understanding Effects of Personalized vs. Aggregate Ratings on User Preferences. CEUR Workshop Proceedings 1679 (2016), s. 14–21.

ARIELY, D. Jak drahé je zdarma: proč chytrí lidé přijímají špatná rozhodnutí: iracionální faktory v ekonomice i v životě. Praha: Práh, 2009, ISBN 978-80-7252-239-2.

BABAKUS, E., TAT, P., CUNNINGHAM, W. Coupon Redemption: A Motivational Perspective, *Journal of Consumer Marketing* (Spring 1987), s. 37–43.

BAHRI-AMMARI, N., COULIBALY, D., BEN MIMOUN, M. S. The bandwagon luxury consumption in Tunisian case: The roles of independent and interdependent self concept. *Journal of Retailing and Consumer Services* 52 (June 2019).

BAUER, J. Jazykový výklad vs. teleologický výklad. Brno, 2015. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D., s. 16 [cit. 2021-10-28] Dostupné z: <https://theses.cz/id/myo5na/>.

BEJČEK, J. Existuje smluvní svoboda? *Právník* 12/1998.

BEJČEK, J. Některé důsledky zákonného a soudcovského pohledu na „slabou“ a „slabší“ vyjednávací pozici obchodního partnera. *Obchodněprávní revue* 1 (2011).

BEJČEK, J. Úprava tzv. významné tržní síly: přirozený krok k ochraně spotřebitele a slabšího, nebo „papírový tygr“ (a škůdce soutěže a spotřebitele)? *Bulletin advokacie*. 2012, č. 7-8.

BĚLOHLÁVEK, A.J. Spotřebitelská smlouva z pohledu mezinárodního práva soukromého. *Právní rádce* 8/2005.

BIELESZ, Martin. Hledisko tzv. průměrného spotřebitele. Brno, 2012. Diplomová práce. Masarykova univerzita. Vedoucí práce D. Ondřejová.

BLOOM, H. *The Lucifer Principle: A Scientific Expedition Into the Forces of History*. Atlantic Monthly Press, 1997, ISBN 9780871136640.

- BOBEK, M., BOUČKOVÁ, P. KÜHN, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007.
- BROWNSWORD R., et al. (eds.). *The Foundations of European Private Law*, 2011.
- CAÑAMARES R., CASTELLS, P. Should I Follow The Crowd? A Probabilistic Analysis of the Effectiveness of Popularity in Recommender Systems. In *The 41st International ACM SIGIR Conference on Research & Development in Information Retrieval*, 2018, s. 415–424.
- CICORIA, C. The protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States Doctrine of Unconscionability. *A Comparative Analysis*. *Global Jurist Advances* 3/2003
- DAVIDSON, A. *Social Media and Electronic Commerce Law*. SECOND EDITION. Port Melbourne, Australia: Cambridge University Press, 2016. ISBN 9781107500532.
- DHOLAKIA, U. M., SOLTYSINSKI, K. 2001. Covered or Overlooked? The Psychology of Bidding for Comparable Listings in Digital Auctions. *Marketing Letters* 12 (2001) 3, s. 225–237.
- DOČKAL, T. Zásada přiměřenosti a její odraz v neúměrném zkrácení a lichvě. *Právní rozhledy* 9 (2014), s. 310–317.
- DONÁT, J. a TOMÍŠEK, J. *Právo v síti: průvodce právem na internetu*. V Praze: C.H. Beck, 2016. ISBN 978-80-7400-610-4.
- DVOŘÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*. Svazek 1. Díl první: Obecná část. 2. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2016, ISBN 978-80-7552-187-3.
- EICHLEROVÁ, K. Obchodní korporace a svéprávnost. *Právní obzor* 4 (2014), s. 348–349.
- FLANAGIN, A. J., METZGER, M. J. Trusting Expert- versus User-Generated Ratings Online: The Role of Information Volume, Valence, and Consumer Characteristics. *Computers in Human Behavior* 29 (2013) 4, s. 1626–1634.
- FORD, M. *Roboti nastupují: automatizace, umělá inteligence a hrozba budoucnosti bez práce*. Praha: Rybka Publishers, 2017.
- FORDER, J., SVANTESSON, D. *Internet and e-commerce law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GERLOCH, A. *Teorie práva*. 8. akt. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2021.

- GERLOCH, A., TRYZNA, J., WINTR, J. Metodologie interpretace práva a právní jistota, Plzeň: Aleš Čeněk, 2012. ISBN 978-80-7380-388-9.
- GODIN, S. This is Marketing, You Can't be Seen Until You Learn to See. London: Penguin Business, 2019, ISBN 978-0-241-37014-8.
- GROŠPIC, P. Návrat laesio enormis do českého práva. Právní rozhledy. roč. 2013, č. 5
- GUO, M. Protection of consumer right to a fair transaction in E-commerce. International Conference on Business Management and Electronic Information 2 (2011), str. 5-8.
- GUO, M. A Comparative Study on Consumer Right to Privacy in E-Commerce. Modern Economy 2012 (2012), str. 402-407
- HAJN, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: Masarykova univerzita, 2000, ISBN 80-210-2282-5.
- HANSON, W. A., PUTLER, D. S. Hits and Misses: Herd Behavior and Online Product Popularity. Marketing Letters 7 (1996) 4, s. 297–305.
- HOLLÄNDER, P. Filosofie práva, 2., rozš. vyd., Plzeň: Aleš Čeněk, 2012.
- HONDIUS, E. The Protection of Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis. Journal of Consumer Policy. roč. 2004, č. 27.
- HUANG, J.-H., CHEN, Y.-F. Herding in Online Product Choice. Psychology & Marketing 23 (2006) 5, s. 413–428.
- HULMÁK, M. a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014), Praha: C. H. Beck, 2014.
- CHEREDNYCHENKO, O. Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. Mnichov: Sellier. European Law Publishers, 2007, ISBN: 978-3-86653-043-0.
- JANOUSEK, M. Ochrana slabší smluvní strany v občanském zákoníku. Praha: C.H. Beck, 2018.
- JANSA, L., OTEVŘEL, P., ČERMÁK, J., MALIŠ, P., HOSTAŠ, P., MATĚJKA, M.,
- LOKAJÍČEK, J. Zásady poctivého obchodního styku. Právní rozhledy. 2013, č. 1.
- MATEJKA, J. Internetové právo. Brno: Computer Press, 2016, ISBN 978-80-251-4664-4.

- KAHNEMAN, D. Myšlení: rychlé a pomalé. Brno: Jan Melvil, 2012, ISBN 978-80-87270-42-4.
- KAHNEMAN, D., TVERSKY, A. Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. *Econometrica* 47 (1979), ISSN 00129682.
- KOUKAL, P. Digital Content Portability and its Relation to Conformity with the Contract. *Masaryk University Journal of Law and Technology*. 2021, roč. 15, č. 1, s. 53.
- LAVICKÝ, P. a kol. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014.
- LEHR, A., BÜTTGEN, M., BARTSCH, S. Don't Jump on the Bandwagon: Negative Effects of Sharewashing Schmalenbach. *Journal of Business Research* 73 (2021) 1, s. 75–123.
- MAINOLFI, G., JEONG, H. J., KWON, K. N. Exploring materialistic bandwagon behaviour in online fashion consumption: A survey of Chinese luxury consumers. *Journal of Business Research* 120 (2020) 1, s. 286–293.
- MELZER, F. Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011.
- MICKLITZ, H.-W. Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? *Gutachten* 69. DJT, 2012, A 104.
- MICKLITZ, H.-W., REISCH, L., JOOST, G., ZANDER-HAYAT, H. (ed.). *Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt*. Baden-Baden: Nomos, 2017, ISBN: 978-3-8487-4187-8, eISBN: 978-3-8452-8456-9.
- NA – *Advances in Consumer Research*, Volume 16, eds. Thomas K. Srull, Provo, UT: Association for Consumer Research, 1989.
- NOVÝ, Z. Princip „pochivosti“ dle Draft Common Frame of Reference jako inspirace pro výklad § 6 odst. 1 návrhu občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2012, č. 2.
- ONDREJOVÁ, D. Hledisko tzv. průměrného spotřebitele v nekalé soutěži, *Obchodněprávní revue* 8 (2009).

- ONDŘEJ, J. Spotřebitelské smlouvy a ochrana spotřebitele: ekonomické, právní a sociální aspekty. Praha: C.H. Beck, c2013. Beckova edice právní instituty. ISBN 978-80-7400-446-9.
- PELIKÁNOVÁ, I. Aktuální otázky obligačního práva a jeho kodifikace v evropském i českém kontextu. *Právní rozhledy* 18 (2007), s. 656–669.
- PELIKÁNOVÁ, I. Morální aspekty práva a právní interpretace, *Bulletin advokacie* 10/2010.
- PELIKÁNOVÁ, I. Problémy nové kodifikace, právnické osoby, jejich orgány, zastoupení a forma právních jednání. *Rekodifikace & Praxe* 10 (2015), s. 3–4.
- PILÍK, M. Internet and its influence on consumer buying behaviour in the Czech Republic. Praha: Linde Praha, 2013. ISBN 978-80-7201-936-6.
- POKORNÁ, J. a kol. Ochrana spotřebitele proti nekalým obchodním praktikám podnikatelů. Praha: Wolters Kluwer, 2017, ISBN 978-80-7552-625-0.
- POLČÁK, R. Informace a data v právu. *Revue pro právo a technologie* 13 (2016) 7, s. 67–91.
- POUNDSTONE, W. Priceless, The Hidden Psychology of Value. London: Oneworld, 2011, ISBN 978-1-85168-829-6.
- QIN, Z., ZHUANG, H., JAGERMAN, R., QIAN, X., HU, P., CHARY CHEN, D., WANG, X., BENDERSKY, M., NAJORK, M. Bootstrapping Recommendations at Chrome Web Store. In: *Proceedings of the 27th ACM SIGKDD Conference on Knowledge Discovery & Data Mining*, 2021, s. 3483–3491.
- SALGANIK, M. J., WATTS, D. J. Leading the Herd Astray: An Experimental Study of Self-fulfilling Prophecies in an Artificial Cultural Market. *Social Psychology Quarterly* 71 (2008) 4, s. 338–355.
- SELUCKÁ, M. Ochrana spotřebitele v soukromém právu. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008. ISBN: 978-80-7400-037-9.
- SELUCKÁ, M. Návrh směrnice o některých aspektech smluv o prodeji zboží v kontextu českého soukromého práva. In: *Společnost českých, německých, slovenských a rakouských právníků. XXVII. Konference Karlovarské právnícké dny*. Praha: Leges, 2019. s. 453.

- SHUKLA, P., ROSENDO-RIOS, V. Intra and inter-country comparative effects of symbolic motivations on luxury purchase intentions in emerging markets. *International Business Review* 30 (2021) 1.
- SHYAM SUNDAR, S., OELDORF-HIRSCH, A., XU, Q. The Bandwagon Effect of Collaborative Filtering Technology. In: *CHI '08 Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems*, 2008, s. 3453–3458.
- SIK-SIMON, R. ed. *Ochrana spotřebitele*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, 2014, ISBN 978-80-87488-13-3.
- SPÁČIL, J. Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře. *Právní rozhledy* 18/2004.
- SPINDLER, G., BÖRNER, F. (eds.) *E-Commerce Law in Europe and the USA*, Heidelberg: Springer, 2002.
- STECK, H. Item Popularity and Recommendation Accuracy. In *Proceedings of the Fifth ACM Conference on Recommender Systems*, 2011, s. 125–132.
- ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol.: *Občanský zákoník. Komentář, svazek I., 2. vyd.*, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020.
- TELEC, I. Posuzování obvyklé ceny u převodu nemovitostí. *Bulletin advokacie* 6 (2015), s. 16.
- THIEL, P. a MASTERS, B. *Od nuly k jedničce: úvahy o startupech, aneb jak tvořit budoucnost*. Brno: Jan Melvil, 2015.
- TICHÝ, L., ed. *Ochrana spotřebitele*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, 2014, ISBN 978-80-87488-13-3.
- TICHÝ, L. a KOCÍ, M. *Spotřebitelská kupní smlouva*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2013, ISBN 978-80-87488-12-6.
- TICHÝ, L. VEČL, T. *Vývoj evropského spotřebitelského práva (k návrhu směrnice o právech spotřebitele)*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2009.

TOBEŠ, Z. Právní úprava všeobecných obchodních podmínek v českém a německém právu in Princip rovnosti a princip ochrany slabšího. Sborník vědecké konference. Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, 2003.

TOMANČÁKOVÁ, B. Ochrana spotřebitele v praxi se vzory a příklady. 2. vyd. Praha: Linde, 2011. ISBN 978-80-7201-864-2.

TOMÍŠEK, J. Software jako věc v režimu nového občanského zákoníku. Revue pro právo a technologie. 2014, č. 9, s. 197-210.

TWIGG-FLESNER, Ch. The Europeanisation of Contract Law: current controversies in law. New York: Routledge, 2013.

VEČEŘA, J. Ochrana spotřebitele v České republice a Evropské unii: (včetně úpravy podle nového občanského zákoníku 2014): právní stav k 1.1.2013. Praha: Leges, 2013. Praktik (Leges). ISBN 978-80-87576-34-2.

VYMAZAL, L. Ochrana spotřebitele a její meze v obchodním závazkovém právu. Obchodněprávní revue. 2010, č. 2.

WAYNE FU, W., SIM, C. C. Aggregate Bandwagon Effect on Online Videos' Viewership: Value Uncertainty, Popularity Cues, and Heuristics. Journal of the American Society for Information Science and Technology 62 (2011) 12, s. 2382–2395.

WEATHERILL, S. EU Consumer Law and Policy, 2. vyd., 2005.

WEATHERILL, S. (ed.), The Involvement of EU Law on Private Law Relations, OUP, 2013.

WENDLAND, M. Sonderprivatrecht für Digitale Güter. Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 118 (2019), s. 204.

WINTR, J. Metody a zásady interpretace práva. Praha: Auditorium, 2013.

Zelená kniha k ochraně spotřebitele v Evropské unii, Brusel, ze dne 2. 10. 2001, KOM (2001) 531 v konečném znění.

ZHANG, Q. Research on Rights Protection of Consumer and Interests in E-Commerce-Taking Functional Department and Industry Association. Lecture Notes in Electrical Engineering book series (LNEE, vol. 209).

ZOULÍK, F. Soukromoprávní ochrana slabší smluvní strany. Právní rozhledy 3 (2002).

2. Seznam použitých internetových zdrojů

Akademický slovník cizích slov. Internetová jazyková příručka [online] (2008–2021). Praha: Ústav pro jazyk český AV ČR, [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://prirucka.ujc.cas.cz/>.

AliExpress expects to see a decrease in EU sales after the July 1 VAT reform. *Fonoa* [online]. 2021-09-16. Dostupné z: <https://www.fonoa.com/blog/aliexpress-expects-to-see-a-decrease-in-eu-sales-after-the-july-1-vat-reform>.

ALLEN, D., BERG, A., BERG, Ch., POTTS, J. Some economic consequences of the GDPR. *SSRN Electronic Journal* 39 (2018), s. 8. (dostupné z: https://www.researchgate.net/publication/325057114_Some_economic_consequences_of_the_GDPR).

Amazon in Europe. *Ecommerce News* [online]. Dostupné z: <https://ecommercenews.eu/amazon-in-europe/>.

AUJEZDSKÝ, J. Modernizační směrnice – nová regulace související s uživatelskými recenzemi. *MKA Nosko* [online]. 2022-03-20. Dostupné z: <https://www.mka-nosko.cz/posts/modernizacni-smernice-nova-regulace-souvisejici-s-uzivatelskymi-recenzemi/>.

BEAUREGARD, A., BASILE, K., CANONICO, E. *Home is where the work is: A new study of homeworking in Acas – and beyond*. 2013. Dostupné z: https://www.researchgate.net/publication/259053477_Home_is_where_the_work_is_A_new_study_of_homeworking_in_Acas_-_and_beyond#pf47 [cit. 2021-10-18].

BENSON, B.: *Cognitive bias cheat sheet, simplified*. [2017-01-08]. Dostupné z: <https://medium.com/thinking-is-hard/4-conundrums-of-intelligence-2ab78d90740f> [cit. 2020-11-01].

BLAŽEK, V. Co všechno byste měli vědět o internetových cookies?. *Avast* [online]. 2022-07-01. Dostupné z: <https://blog.avast.com/cs/vse-o-cookies-muz-ktery-povolil-vse>.

BLAŽEK, V. Státu chybí IT experti a právníci. Nabízí jim ale jen 20 tisíc měsíčně. *Ekonom: Právní poradce* [online]. 2016-05-10. Dostupné z: <https://pravnicradce.ekonom.cz/c1-65285160-statu-chybi-it-experti-a-pravnici-nabizi-jim-ale-jen-20-tisic-mesicne>.

COCHRANE, L., QUESTER, P.: Fear in Advertising, The Influence of Consumers' Product Involvement and Culture [2008-09-08]. *Journal of International Consumer Marketing*. Dostupné z: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1300/J046v17n02_02 [cit 2020-11-01].

Consumer Privacy Survey. *Cisco* [online]. 2019. Dostupné z: https://www.cisco.com/c/dam/global/en_uk/products/collateral/security/cybersecurity-series-2019-cps.pdf.

COVID-19 and e-commerce: a global review [online]. *UNCTAD*. Dostupné také z: <https://unctad.org/webflyer/covid-19-and-e-commerce-global-review>.

CREAVEN, E. New Deal for EU Consumers – The Omnibus Directive explained. *Lexology* [online]. 2021-10-28. Dostupné z: <https://ecommerce-europe.eu/news-item/omnibus-directive-enters-into-application-at-national-level/>.

Česku chybí tisíce IT odborníků. Seniorní vývojář si přitom může vydělat až 200 tisíc měsíčně. *E15* [online]. 2021-09-26. Dostupné z: <https://www.e15.cz/byznys/technologie-a-media/cesku-chybi-tisice-it-odborniku-seniorni-vyvojar-si-pritom-muze-vydelat-az-200-tisic-mesicne-1383866>.

ČTK. Statisticy se tvrdě opřeli do vlády: S daty to neumí, rozhoduje podle dojmů. *Novinky.cz* [online]. Dostupné z: <https://www.novinky.cz/clanek/domaci-data-chybi-politici-rozhoduji-na-zaklade-dojmu-a-prani-tvrdi-vedecti-statistici-40349565>.

ČTK. Vláda neumí získat data ke covidu. Opatření dělá podle dojmů, míní statisticy. *Deník.cz* [online]. 2021-02-01. Dostupné z: https://www.denik.cz/z_domova/cesko-koronavirus-opatreni-data-20210201.html.

Free Tibet. In: *Wikipedia: the free encyclopedia* [online]. San Francisco (CA): Wikimedia Foundation, 2001-. Dostupné z: https://en.wikipedia.org/wiki/Free_Tibet.

DEAN, B. Here's what we learned about organic click through rate. *Backlinko* [online]. 2022-10-14. Dostupné z: <https://backlinko.com/google-ctr-stats>.

DEAN, B. Web Browser Market Share In 2022: 85+ Browser Usage Statistics. *Backlinko* [online]. 2021-07-21. Dostupné z: <https://backlinko.com/browser-market-share>.

HADAŠ, J. K novelizaci zákona č. 40/1995 Sb. o regulaci reklamy. *Epravo.cz* [online]. 2015-09-10. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/k-novelizaci-zakona-c-401995-sb-o-regulaci-reklamy-98903.html>.

HLAVENKA, J. Mají české e-shopy právo na zisk?. *Lupa.cz* [online]. 2014-10-29. Dostupné z: <https://www.lupa.cz/clanky/jiri-hlavenka-maji-ceske-eshopy-pravo-na-zisk/>.

HORÁČEK, F. Mohou se zbláznit, hodnotí práci skladníků v Amazonu britský profesor. [2003-11-26] *iDNES.cz* Dostupné z https://www.idnes.cz/ekonomika/podniky/prace-ve-skladu-amazonu-je-na-hlavu.A131126_102321_ekoakcie_fih.

HORÁK, F., KOLARÍKOVÁ, L. Modernizace spotřebitelských pravidel. *Daňové a právní aktuality* [online]. 2020-07-08. Dostupné z: <https://danovky.cz/cs/modernizace-spotrebitelskych-pravidel>.

How Cookie Banners Backfired. *New York Times* [online]. 2022-01-29. Dostupné z: <https://www.nytimes.com/2022/01/29/business/dealbook/how-cookie-banners-backfired.html>.

CHARVÁT, O. Tesla prohrála soud v Německu a musí kupci vrátit peníze. Podle právníků auto prý vydrží jen 300 tisíc kilometrů. *Hospodářské noviny* [online]. 2022-08-15. Dostupné z: <https://archiv.hn.cz/c1-67101430-tesla-prohrala-soud-v-nemecku-a-musi-kupci-vratit-penize-podle-pravniku-auto-pry-vydrzi-jen-300-tisic-kilometru>.

CHURCH, N. F. *Gauging perceived benefits from 'working from home' as a job benefit*. 2015. Dostupné z http://www.ijbed.org/admin/content/pdf/i-9_c-96.pdf [cit. 2021-10-18].

Economic impact assesment of the proposed European General Data Protection Regulation. Final Report. Publikováno 2013-12-16 (dostupné z: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/about-deloitte/deloitte-uk-european-data-protection-tmt.pdf>).

Informace orgánů, institucí a jiných subjektů evropské unie, 2021/C 526/01 a 2021/C 526/02. *Úřední věstník Evropské unie* [online]. 2021-12-29. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2021:526:FULL&from=CS>.

JANSA, L. *Chyba v ceně zboží internetového obchodu*. Publikováno dne 13. 4. 2010 na pravoit.cz [cit. 2017-03-12].

JIA, J., WAGMAN, L. *The One-Year Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on European Ventures* [online]. 2020. Dostupné z: <https://datacatalyst.org/wp-content/uploads/2020/01/GDPR-report-2020.pdf>.

JOHNSON, J. Number of internet users in EU countries 2020. [2021-07-21] *Statista*. Dostupné na <https://www.statista.com/statistics/252753/number-of-internet-users-eu-countries/> [cit. 2021-10-02].

Ką daro išmanusis telefonas jums nežinant: trijų Kinijoje pagamintų 5G mobiliųjų įrenginių tyrimas. *Nacionalinis kibernetinio saugumo centras* [online]. 2021-09-21. Dostupné z: https://www.nksc.lt/naujienos/ka_daro_ismanusis_telefonas_jums_nezinant_triju_ki.html.

KMOCH, Š. *Ke zneužívání spotřebitelova práva odstoupit od smlouvy bez udání důvodu* [online]. 2017-01-23. Dostupné z: <https://www.stepankmoch.cz/ke-zneuzivani-spotrebitelova-prava-odstoupit-od-smlouvy-bez-udani-duvodu/>.

KOLM, J. The Impact of FOMO. [2015-03-09]. *StrategyOnline*. Dostupné z: <https://strategyonline.ca/2015/03/09/the-impact-of-fomo/> [cit. 2020-11-01].

Konjunkturální průzkum: Důvěra mezi podnikateli se meziměsíčně zvýšila, důvěra spotřebitelů dále klesá [online]. *BusinessINFO.cz*, 2022. Dostupné také z: <https://www.businessinfo.cz/clanky/konjunkturalni-pruzkum-duvera-mezi-podnikateli-se-mezimesicne-zvysila-duvera-spotrebitelu-dale-klesa%EF%BF%BC/>.

K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku [online]. *Bulletin advokacie*, 2015. Dostupné také z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/k-pojeti-dispozitivniho-prava-v-obcanskem-zakoniku>.

KUBÁTOVÁ, Z. Mall Group ani během boomu nevydělává. Zisk má přijít za rok. *Seznam Zprávy* [online]. 2020-11-03. Dostupné z: <https://www.seznamzpravy.cz/clanek/mall-group-ani-behem-boomu-nevydelava-akcionari-ztraci-trpelivost-127465>.

KUČERA, P., VOKURKOVÁ, K. E-shop není půjčovna. Pravidla pro vracení se zpřísní. *Aktuálně.cz* [online]. 2014-08-26. Dostupné z: <https://zpravy.aktualne.cz/finance/nakupovani/eshop-vcraceni-zbozi-odstoupeni-od-kupni-smlouvy/r~f1eef0502c6211e48975002590604f2e/>.

LEGAT, O. The Omnibus Directive – the new way to enhance protection of EU consumers. *EY* [online]. 2022-07-11. Dostupné z: https://www.ey.com/en_pl/law/omnibus-directive.

LERNER, J., LI, Y., VALDESOLO, P., KASSAM, K. Emotion and Decision Making. [2014-09-22]. *Annual Review of Psychology*. Dostupné z: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-psych-010213-115043> [cit. 2020-11-01].

LÍBAL, B., ŘITIČKA, O. Americký model opt-out u hromadných žalob zasahuje do práv na spravedlivý proces. *Česká justice* (10. 10. 2019) [online]. [cit. 2022-08-08]. Dostupné z: <https://www.ceska-justice.cz/blog/americky-model-opt-out-u-hromadnych-zalob-zasahuje-do-prav-na-spravedlivy-proces/>.

LIMBERGOVÁ, Z. Směrnice o digitálním obsahu a jejich implementace v právním řádu ČR, *Revue pro právo a technologie* 25 (2022) 13, s. 227–305, dostupné z: <https://journals.muni.cz/revue/article/view/20582>.

Lithuania urges people to throw away Chinese phones. *BBC News* [online]. 2021-09-22. Dostupné z: <https://www.bbc.com/news/technology-58652249>.

LOMAS, N. France Fines Google \$120M and Amazon \$42M for dropping tracking cookies without consent. *TechCrunch* [online]. 2020-12-10. Dostupné z: <https://techcrunch.com/2020/12/10/france-fines-google-120m-and-amazon-42m-for-dropping-tracking-cookies-without-consent/>.

LP/2021/553 Informácia o transpozičnom deficite a harmonograme jeho odstránenia. *Slov-Lex* [online]. 2021-11-24. Dostupné z: <https://www.slov-lex.sk/legislativne-procesy/SK/LP/2021/553>.

MCQUINN, A., CASTRO, D. The Economic Cost of the European Union’s Cookie Notification Policy. *Information Technology & Innovation Foundation* [online]. 2014-11-06. Dostupné z: <https://itif.org/publications/2014/11/06/economic-cost-european-unions-cookie-notification-policy/>.

MCQUINN, A., CASTRO, D. The Costs of an Unnecessarily Stringent Federal Data Privacy Law. *Information Technology & Innovation Foundation* [online]. 2019-08-05. Dostupné z: <https://itif.org/publications/2019/08/05/costs-unnecessarily-stringent-federal-data-privacy-law/>.

MEDVE, F. Leading online shops in Hungary in 2021, by e-commerce net sales. *Statista* [online]. 2022-06-20. Dostupné z: <https://www.statista.com/statistics/1096368/top-hungarian-online-shops-by-net-sales/>.

Meziroční růst spotřebitelských cen v české ekonomice v květnu dále výrazně akceleroval [online]. *kurzy.cz*, 2022. Dostupné také z: <https://www.kurzy.cz/zpravy/656762-mezirocni-rust-spotrebitelskych-cen-v-ceske-ekonomice-v-kvetnu-dale-vyrazne-akceleroval/>.

MOHSIN, M. 10 ONLINE SHOPPING STATISTICS YOU NEED TO KNOW IN 2021 [2021-06-20]. *Statista*. Dostupné na <https://www.oberlo.com/blog/online-shopping-statistics> [cit. 2021-10-02].

Neues Wohnungseigentumsgesetz 2020 – die wichtigsten Änderungen im Überblick [online]. *braitingerkollegen.de*, 2021. Dostupné z: <https://www.braitingerkollegen.de/neues-wohnungseigentumsgesetz-2020-die-wichtigsten-aenderungen-im-ueberblick/>.

NOVÁK, O. MALL Group se loni dostala do zisku, odbavila 14 milionů objednávek. *Lupa.cz* [online]. 2021-05-25. Dostupné z: <https://www.lupa.cz/aktuality/mall-group-se-loni-dostala-do-zisku-odbavila-14-milionu-objednavek/>.

Omnibus Directive enters into application at national level. *Ecommerce Europe* [online]. 2022-05-31. Dostupné z: <https://ecommerce-europe.eu/news-item/omnibus-directive-enters-into-application-at-national-level/>.

O'NEILL, T. A., HAMBLEY, L. A., GREIDANUS, N. S. *Predicting teleworker success: an exploration of personality, motivational, situational and job characteristics*. 2009. Dostupné z:

https://www.researchgate.net/publication/227839707_Predicting_teleworker_success_An_exploration_of_personality_motivational_situational_and_job_characteristics.

Operátoři jednájí ve shodě, domnívá se dTest. Požaduje prošetření [online]. *iDnes.cz*, 2017. Dostupné z: https://www.idnes.cz/mobil/mobilni-operatori/dtest-podnet-uohs-evropska-komise-setreni-drahe-sluzby-mobilnich-operatoru.A170727_133549_mobilni-operatori_LHR.

Over 800,000 online stores in Europe. *Ecommerce News* [online]. 2017-10-06. Dostupné z: <https://ecommercenews.eu/800000-online-stores-europe/>.

PETERS, L. Top online stores in Poland in 2021, by e-commerce net sales. *Statista* [online]. 2022-11-09. Dostupné z: <https://www.statista.com/forecasts/988477/poland-top-online-stores-poland-ecommercedb>.

PIERRE, J.: How Does Fear Influence Risk Assessment and Decision-Making? Overestimating threats and the effectiveness of interventions. [2020-07-15]. *Psychology Today*. Dostupné z: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/psych-unseen/202007/how-does-fear-influence-risk-assessment-and-decision-making> [cit. 2020-11-01].

Průměrná délka civilních i trestních řízení u obvodních soudů loni vzrostla. *Týden.cz* [online]. 2021-08-13. Dostupné z: https://www.tyden.cz/rubriky/domaci/prumerna-delka-civilnich-i-trestnich-rizeni-u-obvodnich-soudu-loni-vzrostla_553191.html.

SIK-SIMON, R., Kolektivní vymáhání spotřebitelských práv v Maďarsku a České republice, pracovní sešity Donau Institutu, 8 an. Dostupné z: <https://www.andrassyuni.eu/donauinstitut/publikationen/donauinstitut-working-papers/donauinstitut-working-papers-serie>.

SKLENSKÝ, Martin. Česká e-commerce stále roste. Vládne jí pětice obřích e-shopů. *Peak.cz* [online]. 2018-06-27. Dostupné z: <https://www.peak.cz/ceska-e-commerce-stale-roste-vladne-petice-obrich-e-shopu/2492/>.

Social Credit System. In: *Wikipedia: the free encyclopedia* [online]. San Francisco (CA): Wikimedia Foundation, 2001- [cit. 2022-12-08]. Dostupné z: https://en.wikipedia.org/wiki/Social_Credit_System.

STIEG, C. The psychological reason you get sucked into Black Friday sales. *CNBC* [online]. 2019-11-29. Dostupné z: <https://www.cnbc.com/2019/11/29/psychology-of-black-friday-shopping-phenomenon-and-crowds-explained.html>.

Startupy jsou motorem inovací. Ambiciózní desítka se ve Zlíně utká o vítězství v Creative Business Cupu [online]. *Czechcrunch*, 2021. Dostupné z: <https://cc.cz/startupy-jsou-motorem-inovaci-ambiciozni-desitka-se-ve-zline-utka-o-vitezstvi-v-creative-business-cupu/>.

Studentů ICT oborů po letech opět přibývá. Nebývalý zájem hlásí už střední školy. *Kurzy.cz* [online]. 2021-10-20. Dostupné z: <https://www.kurzy.cz/zpravy/614857-studentu-ict-oboru-po-letech-opet-pribyva-nebyvaly-zajem-hlasi-uz-stredni-skoly/>.

ŠTĚPÁNEK, A. Průkopník Ford. Tisícům zaměstnanců umožní trvalý home office. [21. 3. 2021] *Týdeník Hrot*. Dostupné na <https://www.tydenikhrot.cz/clanek/prukopnik-ford-tisicum-zamestnancu-umozni-trvaly-home-office> [cit. 2021-10-17].

ŠTĚPÁNEK, A. Výhodný home office. Google ročně ušetří přes miliardu dolarů. [30. 4. 2021] *Týdeník Hrot*. Dostupné na <https://www.tydenikhrot.cz/clanek/vyhodny-home-office-google-rocne-usetri-pres-miliardu-dolaru> [cit. 2021-10-17].

ŠVEJDA, V. Digitální novela občanského zákoníku a modernizace ochrany spotřebitele. *Právní prostor* [online]. 2022-06-08. Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/obcanske-pravo/digitalni-novela-obcanskeho-zakoniku-modernizace-ochrany-spotrebitele>.

Top 10 online stores in France. *Ecommerce News* [online]. Dostupné z: <https://ecommercenews.eu/top-10-online-stores-in-france/>.

Top 10 Ecommerce Sites in Germany. *Ecommerce guide* [online]. Dostupné z: <https://ecommerceguide.com/top/top-10-ecommerce-sites-in-germany/>.

VALÁŠEK, M. Co si vzít z varování před čínskými technologiemi? Telefon Huawei nechte v kapse, 5G síť si od něj ale nekupujte. *Hospodářské noviny* [online]. 2018-12-18. Dostupné z: <https://tech.hn.cz/c1-66394760-co-si-vzit-z-varovani-telefon-huawei-nechte-v-kapse-5g-site-si-od-nej-ale-nekupujte>.

VÁLOVÁ, I. Hromadná žaloba má ideologický kontext a nese riziko morálního hazardu, zaznělo na sympoziu. *Česká justice* (4. 7. 2017) [cit. 2022-08-08]. Dostupné z: <https://www.ceska-justice.cz/2017/07/hromadna-zaloba-ma-ideologicky-kontext-a-nese-riziko-moralniho-hazardu-zaznelo-na-sympoziu/>.

V Česku jsou ceny přemrštěné, mobilní tarify v zahraničí vyjdou výrazně levněji [online]. *novinky.cz*, 2019 [cit. 2022-11-20]. Dostupné z: <https://www.novinky.cz/internet-a-pc/mobil/clanek/v-cesku-jsou-ceny-premrstene-mobilni-tarify-v-zahranici-vyjdou-vyrazne-levneji-40269481>.

V Česku žije přes 30 tisíc dolarových milionářů. Co dělají s penězi? [online]. *Seznam Zprávy*, 2019. Dostupné z: <https://www.seznamzpravy.cz/clanek/v-cesku-zije-pres-30-tisic-dolarovych-milionaru-co-delaji-s-penezi-67003>.

Všudypřítomný jednotný digitální trh. *Evropský parlament* [online]. 2022. Dostupné z: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/cs/sheet/43/vsudypritomny-jednotny-digitalni-trh>.

WAGNER, M., MORISI, D.: Anxiety, Fear, and Political Decision Making. [2019-11-22, aktualizováno 2020-10-31]. *Oxford Research Encyclopedia of Politics*. Dostupné z: <https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-915> [cit. 2020-11-01].

Web browser. In: *Wikipedia: the free encyclopedia* [online]. San Francisco (CA): Wikimedia Foundation, 2001-. Dostupné z: https://en.wikipedia.org/wiki/Web_browser.

WELDON, E., GARGANO, G. M. Cognitive Loafing: The Effects of Accountability and Shared Responsibility on Cognitive Effort. *Sage Journal* [online]. Dostupné z: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0146167288141016>.

Who is prepared for the new digital age? [online]. *European Investment Bank*. Dostupné z: <https://www.eib.org/en/publications-research/economics/surveys-data/eibis-digitalisation-report.htm>.

Značka kvality dTest. *DTest* [online]. Dostupné z: www.dtest.cz/znacky/1/znacka-kvality-dtest.

ŽÁK, Č. Na trhu práce zoufale chybí IT odborníci. *Hospodářské noviny* [online]. 2017-03-13. Dostupné z: https://ictrvue.hn.cz/c3-65656020-0ICT00_d-65656020-na-trhu-prace-zoufale-chybi-it-odbornici.

3. Seznam použitých právních předpisů

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung ze 3. března 2010 (BGBl. I S. 254).

Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. 4. 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU ze dne 25. října 2011 o právech spotřebitelů, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES a zrušuje směrnice Rady 85/577/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES.

Směrnice EP a Rady 98/6/ES, ze dne 16. 2. 1998, o ochraně spotřebitelů při označování cen výrobků nabízených spotřebiteli.

Směrnice EP a Rady 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích).

Směrnice 2019/770/EU ze dne 20. 5. 2019 o některých aspektech smluv o poskytování digitálního obsahu a digitálních služeb.

Směrnice 2019/771/EU ze dne 20. 5. 2019 o některých aspektech smluv o prodeji zboží, o změně nařízení (EU) 2017/2394 a směrnice 2009/22/ES a o zrušení směrnice 1999/44/ES.

Směrnice EP a Rady 2005/29/ES, ze dne 11. 5. 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.

Směrnice EP a Rady 2011/83/EU, ze dne 25. 10. 2011, o právech spotřebitelů, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES a zrušuje směrnice Rady 85/577/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES.

Směrnice EP a Rady (EU) 2019/2161 ze dne 27. 11. 2019, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, 2005/29/ES a 2011/83/EU.

Směrnice EP a Rady (EU) 2019/2161 ze dne 27. 11. 2019, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, 2005/29/ES a 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů Unie na ochranu spotřebitele.

Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. 4. 1993, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

Usnesení vlády České republiky ze dne 18. července 2007, č. 816 k návrhu změn Legislativních pravidel vlády a Jednacího řádu vlády.

Zákon 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.

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

Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 60/2000 Sb., o ochraně olympijských symbolik, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách a o změně zákona č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů.

4. Seznam použité judikatury

Nález Ústavního soudu ze dne 14. 4. 2005, sp. zn. I. ÚS 625/03.

Nález Ústavního soudu ze dne 3. 8. 2011, sp. zn. II. ÚS 3381/10.

Nález Ústavního soudu ze dne 21. 4. 2009, sp. zn. II. ÚS 571/06.

Nález Ústavního soudu ze dne 5. 12. 2012, sp. zn. IV. ÚS 444/11.

Nález Ústavního soudu ze dne 20. 8. 2014, sp. zn. I. ÚS 173/13.

Nález Ústavního soudu ze dne 11. 8. 2015, sp. zn. I. ÚS 668/15.

Rozhodnutí Arbitrážní komise Rady pro reklamy z blíže neuvedeného dne měsíce října r. 2019, č. j. 015/2019/STÍŽ, dostupné z: https://www.rpr.cz/download/kauzy/2019/015-2019_SAZKAmobil_rozhodnuti.docx [cit. 2020-11-01].

Rozhodnutí GVH ze dne 28. 4. 2020, sp. zn. VJ/17/2018.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 5. 2000, sp. zn. 21 Cdo 992/99.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 3. 2009, sp. zn. 23 Cdo 4941/2008.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 12. 2010, sp. zn. 30 Cdo 3614/2009.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 10. 1. 2011, sp. zn. 23 Cdo 5184/2009.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 5. 2011, sp. zn. 30 Cdo 5226/2009.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 5. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5750/2015.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 5. 4. 2017, sp. zn. 28 Cdo 2373/2016.

Rozsudek Nejvyššího spolkového soudu (Bundesgerichtshofs, BGH) ze dne 24. 3. 2015, Az. VIII ZR 243/13, VIII ZR 360/13 a VIII ZR 109/14.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 7. 2010, č. j. 5 As 48/2009-76.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2010, č. j. 7 As 71/2010 – 97.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2011, sp. zn. 1 As 47/2010-71.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 1. 2014, č. j. 4 As 98/2013-88.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 6. 2014, č. j. 5 Afs 108/2013 – 72.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 9. 2019, č. j. 10 As 102/2018 – 45.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. srpna 2021, č. j. 2 As 381/2019 – 39.

Rozsudek SDEU ze dne 22. 11. 2001 ve věci C-541/99 a C-542/99.

Rozsudek SDEU ze dne 10. 4. 2008, sp. zn. C-412/06 ve věci Annelore Hamilton v Volksbank Filder, marg. č. 39–42.

Rozsudek SDEU ze dne 3. 9. 2009, sp. zn. C-489/09 ve věci Pia Messner v. Firma Stefan Krüger, marg. č. 20.

Rozsudek SDEU ze dne 15. 4. 2010, sp. zn. C-215/08 ve věci E. Friz GmbH proti Carstenu von der Heydenovi, marg. č. 44–45.

Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 27. 2. 2006, sp. zn. 3 Cmo 380/2005.

Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 18. 6. 2007, sp. zn. 3 Cmo 33/2007.

Rozsudek Vyššího zemského soudu v Düsseldorfu ze dne 18. 2. 2013, I-20 U 55/12, 20 U 55/12.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 18. 2. 2009, sp. zn. 23 Cdo 2749/2008.

Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 28. 8. 2012, sp. zn. 23 Cdo 500/2012.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 5. 2015, sp. zn. 30 Cdo 821/2015.

5. Seznam ostatních zdrojů

BBC Panorama. *Amazon: The Truth Behind the Click* [dokumentární film]. Režie Andi HEAD. UK, 2013.

Evropská komise. *Tisková zpráva, Další kroky směrem k evropské datové ekonomice*, Brusel, 10. ledna 2017, dostupné on-line z: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_cs.

Pracovní dokument útvarů Evropské Komise ze dne 25. 1. 2012, SEK (2012) 73 final (dostupné online z <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1596547968463&uri=CELEX:52012SC0073>).

Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru, Digitální smlouvy pro Evropu – Uvolnění potenciálu elektronického obchodu, publikováno dne 9. 12. 2015, ID COM (2015) 633.

Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a výboru regionů, Strategie pro jednotný digitální trh v Evropě, publikováno dne 6. 5. 2015, COM (2015) 192 final.

Sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě ze dne 24. 6. 2020, Ochrana osobních údajů jakožto pilíř posílení postavení občanů a přístup EU k digitální transformaci – dva roky uplatňování obecného nařízení o ochraně údajů, COM (2020) 264 final, dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0264&from=EN>.

Zpráva o návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993, směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů EU na ochranu spotřebitele (COM(2018)0185 – C8-0143/2018 – 2018/0090(COD)).

Slabší strana a spotřebitel v e-commerce

Abstrakt

Mezi vůdčí zásady soukromého práva patří zásada rovnosti a autonomie vůle. Pro uzavírání smluv v e-commerce je, vzhledem k takřka výlučné adhezni povaze kontraktace, vysoce relevantní právě otázka přístupu ke smluvní svobodě. Faktická nerovnost a omezení smluvní svobody zmíněné zásady narušuje, přičemž jednou z funkcí právního řádu je vznikuvší asymetrii v postavení osob vyvažovat, o což i zákonodárce, zejména ten evropský, dlouhodobě usiluje.

Ambicí tohoto pojednání je nejprve pomyslně poodstoupit a díky vlastní právní specializaci v oboru úsilí zákonodárce kriticky zhodnotit, což činím uceleněji v kapitolách č. 4 a 5. Pro tyto účely zasazuji relevantní právní úpravu (do které řadím i právní úpravu nepřímé ochrany spotřebitele jako je např. GDPR nebo ePrivacy směrnice) do širšího společenského kontextu světa e-commerce. Přitom postupuji systematicky. Nejprve se věnuji otázkám jako je pozice e-commerce v ekonomice, digitalizace a automatizace práce a v neposlední řadě dojde i na otázky datové ekonomiky. Následně rozvádím legislativní cíle ze strany zákonodárce a na základě zjištěných dat, obohacených o vlastní praktické zkušenosti, vyhodnocuji, zda se zákonodárci podařilo tyto cíle naplnit a zda přijímáním vybrané legislativy postupoval dle principů nejlepší praxe, tedy vhodně, účelně a hospodárně, tj. s minimalizací negativních vedlejších dopadů přijímané legislativy na společnost. Pozornosti neujde ani samotný pohled na proces, jak se zákonodárce rozhoduje - zda tak činí na základě kvalitních dat a analýz, což je v soukromé sféře světa e-commerce zlatým standardem, či spíše na základě pocitů, což je v soukromé sféře naopak díky snadné dostupnosti nepřehledného množství dat vnímáno jako eufemismus amatérismu. Zjištěné poznatky obohacuji o své praktické zkušenosti, což mi umožňuje upozornit na již zcela konkrétní nedostatky mnohdy až ledabylého legislativního přístupu zákonodárce a jím přijímané legislativy. Závěrem této části je řada námětů *de lege ferenda*.

Logicky navazujícím cílem práce je věnovat se konkrétní právní úpravě na ochranu spotřebitele a slabší strany e-commerce. Kritického pohledu na legislativu ani praktického vhledu záměrně nešetřím. Již u definic základních pojmů upozorňuji na problematické aspekty a je-li to možné, tak vždy se zaměřením na oblast e-commerce. V kapitole č. 6 shrnuji *status quo* obecného regulatorního rámce, který je pro e-commerce relevantní. Následně se na takřka 80 stranách textu věnuji aktuálním problematickým otázkám ochrany spotřebitele a slabší strany v e-commerce. A to jak otázky využití kognitivních zkreslení v online marketingu, ale i otázkám jako je zneužívání práv ze strany spotřebitelů. V poslední řadě se zabývám i rozbořem těch částí regulace omnibus

směrnice, která je pro e-commerce nejvýznamnější (*in concreto* se zde věnuji otázkám jako je komunikace slev, uživatelské recenze, administrativní přezkum smluv uzavíraných se spotřebitelem, dále otázkám souvisejícím s kontraktací a obsahem smluv v e-commerce a dalším). Postupem od obecného ke konkrétnímu docházím ke konzistentnímu závěru, že stav právní úpravy se postupem času zhoršuje a práce Komise nepřináší v e-commerce v souhrnu pozitivní výsledky.

Klíčová slova: ochrana slabší strany, ochrana spotřebitele, e-commerce právo

Weaker Party and Consumer in E-commerce

Abstract

The guiding principles of private law include the principles of equality and autonomy of the will. The question of access to freedom of contract is highly relevant for contracting in e-commerce, given the almost exclusively adhesive nature of contracting. Real inequality and restrictions on freedom of contract undermine these principles, and one of the functions of the law is to balance the resulting asymmetry in the legal position of persons, which is something that the legislator, particularly the European legislator, has long sought to do.

The ambition of this dissertation is first to take a notional step back and, thanks to my legal specialization in e-commerce law, to critically evaluate the legislator's efforts, which I do more comprehensively in Chapters 4 and 5. For these purposes, I place the relevant legislation (which includes indirect consumer protection legislation such as the GDPR or the ePrivacy Directive) in the broader social context of the world of e-commerce. In doing so, I proceed systematically. First, I address issues such as the position of e-commerce in the economy, digitization, automation of work, and, last but not least, the data economy. I then elaborate on the legislative objectives of the legislator and, based on the data collected, enriched by my own practical experience, I evaluate whether the legislator has succeeded in meeting these objectives. I also evaluate whether, in adopting the selected legislation, it has followed the principles of best practice, i.e., appropriately, efficiently, and economically, i.e., minimizing the adverse side effects of the adopted legislation on society. The process of how the legislator decides is also not overlooked - whether he does so based on quality data and analysis, which is the best practice standard in the private sphere of the e-commerce world, or instead based on feelings, which is perceived in the private sphere as a euphemism for amateurism due to the easy availability of a wealth of data. I enrich the findings with my practical experience, which allows me to point out the very concrete shortcomings of the often almost careless legislative approach of the legislator and the legislation he adopts. This section concludes with several *de lege ferenda* suggestions.

The logical follow-up to this work is to address specific legislation to protect consumers and the weaker side of e-commerce. I deliberately spare neither a critical look at the legislation nor practical insight. Already with the definitions of basic concepts, I point out problematic aspects and, where possible, always focus on e-commerce. In Chapter 6, I summarise the *status quo* of the general regulatory framework relevant to e-commerce. Then, in nearly 80 pages of text, I address current problematic issues of consumer protection and weaker parties in e-commerce. Both the

issue of the use of cognitive biases in online marketing and issues such as the abuse of rights by consumers. Lastly, I analyze those parts of the Omnibus Directive regulation that are most relevant to e-commerce (*in concreto*, I address issues such as the communication of discounts, user reviews, administrative review of consumer contracts, as well as issues related to contracting and the content of e-commerce contracts, among others). Moving from general to specific, I have concluded that the law is deteriorating over time and that the Commission's work is not producing positive results in e-commerce overall.

Keywords: weaker party protection law, consumer protection law, e-commerce law