

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE

PRÁVNICKÁ FAKULTA

RIGORÓZNÍ PRÁCE

Regulace reklamy v českém právním řádu

Regulation of Advertisement under Czech law

Konzultant: prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.

Zpracovatel: Mgr. Tomáš Fabian

Září 2011

ČESTNÉ PROHLÁŠENÍ

Prohlašuji, že jsem předkládanou rigorózní práci zpracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 29. září 2011

Mgr. Tomáš Fabian

PODĚKOVÁNÍ

Na tomto místě bych rád poděkoval prof. JUDr. Stanislavě Černé, CSc., konzultantce mé rigorózní práce, za cenné připomínky a podněty, kterými přispěla ke zpracování této rigorózní práce.

OBSAH:

ÚVOD.....	7
I. ČÁST	
1 REGULACE REKLAMY.....	9
1.1 Co je to reklama a proč je potřeba ji regulovat.....	9
1.2 Regulace reklamy v právním řádu České republiky a mimoprávní regulace	11
2 VÝVOJ PRÁVNÍ REGULACE REKLAMY.....	13
2.1 Počátky právní regulace reklamy.....	13
2.2 Zákon proti nekalé soutěži	16
2.3 Vývoj po 2. světové válce.....	19
II. ČÁST	
3 SOUKROMOPRÁVNÍ REGULACE REKLAMY.....	23
3.1 Přehled pozitivní právní úpravy práva proti nekalé soutěži.....	23
4 SUBJEKTY V NEKALÉ SOUTĚŽI	30
4.1 Soutěžitelé.....	30
4.2 Právní osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů.....	35
4.3 Osoby pomocné.....	36
4.4 Spotřebitelé	37
4.5 Jiné osoby dotčené nekalou soutěží	43
4.6 Další zákazníci	44
5 GENERÁLNÍ KLAUZULE.....	46
5.1 Význam generální klauzule.....	46
5.2 Znaky nekalé soutěže dle generální klauzule.....	49
6 REKLAMA V NEKALÉ SOUTĚŽI – KLAMAVÁ, SROVNÁVACÍ A NEKALÁ REKLAMA	59
6.1 Obecně o klamavé a srovnávací reklamě.....	59
6.2 Klamavá reklama	62
6.3 Srovnávací reklama.....	67
6.4 Klamavá a srovnávací reklama v právu ES	73

6.5	Souběh klamavé a srovnávací reklamy	76
6.6	Veřejnoprávní předpisy týkající se klamavé a srovnávací reklamy	77
6.7	Nekalá reklama	77
7	SOUVISEJÍCÍ SKUTKOVÉ PODSTATY A PŘÁVNÍ PŘEDPISY	78
7.1	Trestní zákoník	78
8	PŘÁVNÍ NÁSTROJE OCHRANY PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI	80
8.1	Soukromoprávní prostředky ochrany	80
8.2	Mimosoudní ochrana	89
 III. ČÁST		
9	VEŘEJNOPRÁVNÍ REGULACE REKLAMY	91
9.1	Zákon o regulaci reklamy	92
9.2	Zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání	97
9.3	Zákon o ochraně spotřebitele	105
9.4	Tiskový zákon	105
9.5	Zákon na ochranu zvířat proti týrání	106
9.6	Zákon o podmínkách výroby, šíření a archivování audiovizuálních děl	106
9.7	Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání	106
9.8	Zákon o spotřebitelském úvěru	112
9.9	Právní úprava šíření obchodních sdělení	114
9.10	Další právní předpisy	116
 IV. ČÁST		
10	PŘEDPISY EVROPSKÉHO PRÁVA TÝKAJÍCÍ SE REGULACE REKLAMY	118
10.1	Vývoj evropského práva se zaměřením na regulaci reklamy	118
10.2	Současný stav evropského práva se vztahem k regulaci reklamy	119
 V. ČÁST		
11	MOŽNOSTI SOUBĚHU SOUKROMOPRÁVNÍ A VEŘEJNOPRÁVNÍ OCHRANY	133
 VI. ČÁST		
12	MIMOPRÁVNÍ PROSTŘEDKY REGULACE REKLAMY	134

ZÁVĚR	138
PŘÍLOHY	140
SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY	144
SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK	156
SUMMARY	158
ABSTRAKT	160

ÚVOD

V této práci jsem si položil za cíl popsat a analyzovat současnou právní úpravu reklamy v České republice. Jak už z názvu práce vyplývá, jedná se o poměrně široký okruh právních předpisů soukromoprávní i veřejnoprávní povahy, které ani netvoří samostatné právní odvětví.

V první části své práce se obecně věnuji samotnému pojmu *reklama* a důvodům, které vedou k její regulaci. V následující části se pak podrobně věnuji historickému vývoji regulace reklamy na našem území, což je, dle mého názoru, zcela nezbytné pro pochopení všech souvislostí při výkladu současné právní úpravy či právní úpravy této problematiky *de lege ferenda*.

Svou práci jsem systematicky rozdělil do dvou, resp. tří bloků, přičemž první blok obsahuje podrobnou analýzu soukromoprávní regulace reklamy, která se z velké části nachází v obchodním zákoníku upravujícím právo proti nekalé soutěži. Právo proti nekalé soutěži je zajímavé zejména tím, že se zde ve vysoké míře uplatňuje možnost soudcovského uvážení, neboli *diskrece*. Jinými slovy tu existuje široký prostor pro úvahu soudu, který ve sporech z práva nekalé soutěže vyplňuje mezery v právu právě svými rozhodnutími. To lze, mimo jiné, ilustrovat na několika skutkových podstatách nekalé soutěže, jež byly na základě obecných zákonných ustanovení vytvořeny právě soudy. Z výše uvedeného vyplývá, že tato právní oblast má blízko k soudcovskému právu angloamerických právních systémů, tzv. *judge made law, case law*. Pro právníky zabývající se právem v rámci právních řádů kontinentálního typu to může skýtat mnohá nebezpečí, ale pokud se podaří využít přednosti, jež systém nabízí, lze zcela jistě docílit dobře fungujícího mechanismu tak, jak se to povedlo v Československu mezi světovými válkami. Vzhledem k tomu, že v této oblasti soudy hrají velice významnou roli, je mým cílem názorně ilustrovat

praktické problémy na reálných soudních rozhodnutích. V tomto bloku svého výkladu se rovněž chystám podrobně analyzovat změny v právní úpravě nekalé soutěže související s rekodifikací soukromého práva, resp. přijetí nového občanského zákoníku.

Druhým blokem mé práce je veřejnoprávní regulace reklamy, která je značně roztržena a kromě zákona o regulaci reklamy neexistuje předpis, který by uceleně řešil tuto problematiku v rámci veřejného práva. Z logiky věci nabízí obor veřejného práva jiné metody regulace, které usilují o dosažení odlišných cílů než je tomu v případě soukromoprávní regulace. Tento fakt se projevuje i v právní regulaci reklamy. V mé práci se proto budu rovněž zabývat možnostmi souběhu soukromoprávní a veřejnoprávní regulace reklamy.

Třetím a zároveň posledním, nicméně stejně důležitým, blokem mé práce je mimoprávní regulace reklamy, která je nedílnou součástí regulace reklamy a která se v souvislosti s regulací reklamy uplatňuje ve velké míře.

K výše uvedenému dále uvádím, že do právní regulace reklamy čím dál tím více zasahuje i právo Evropských společenství, a to zejména prostřednictvím směrnic, které jsou postupně transponovány do našeho právního řádu. Tato oblast byla evropskými legislativci zcela opomíjena. O to dynamičtější je vývoj práva Evropských společenství v této oblasti v posledních letech. Tento posun souvisí zejména se zaměřením Evropských společenství na zvýšenou ochranu spotřebitele. V právu Evropských společenství hraje významnou roli rozhodovací činnost Evropského soudního dvora, na jehož rozhodnutí v oblasti reklamy se rovněž zaměřím.

Stěžejním bodem mé práce pak je otázka budoucího vývoje regulace reklamy na našem území a vliv práva Evropských společenství na tuto problematiku.

1 REGULACE REKLAMY

1.1 Co je to reklama a proč je potřeba ji regulovat¹

Reklama je jedním z nejdůležitějších prostředků soutěžení, jejímž prostřednictvím se soutěžitelé snaží nad sebou získat výhodu, která by se následně projevila zejména zvýšením tržeb, případně i zisku za prodej svých výrobků a služeb. Reklama má jistě svá pozitiva – podněcuje soutěživost, podporuje informovanost spotřebitelů a podporuje technický vývoj. Nevýhodou může být fakt, že reklama zvýhodňuje velké podniky na úkor malých. Reklama je prostředkem, jak zaujmout pozornost spotřebitelů ohledně svého výrobku nebo služby, přičemž prostředky jakými lze tohoto cíle dosáhnout mohou být různé – od tzv. objektivní reklamy (prosté srovnávání objektivních kritérií různých výrobků a služeb až přes různé druhy subjektivní reklamy, která cílí na spotřebitelovy emoce, city, instinkty či podvědomí. Subjektivní reklama bývá často přehnaná nebo klamavá a tím zasahuje do svobody člověka, spotřebitele. Z tohoto důvodu je třeba osobnost člověka chránit a reklamu jako takovou určitým způsobem regulovat.

Vzhledem k tomu, že pojem *reklama* je výrazem mnohoznačným a každý si pod ním vybaví trochu něco jiného, je zřejmé, že definovat reklamu je úkolem nesnadným. Celá řada autorů a i jednotlivé zákony týkající se reklamy se o definici, zpravidla však jen pro účely samotného zákona,

¹ Regulací se rozumí ingerence do určité činnosti, jejímž smyslem je vytvoření určitých pravidel a mezí, pouze v jejichž rámci může být regulovaná činnost prováděna svobodně, ale jejichž překročení nelze akceptovat z důvodu ochrany zájmů, které byly pro stanovené případy vyhodnoceny jako důležitější a hodny vyšší ochrany. Musí tedy existovat rozumný (opodstatněný) vztah mezi použitými prostředky a sledovanými cíli. In Pouperová, O.: Regulace médií. Praha. Leges 2010, s. 97 a násl.

pokoušejí.² Obchodní zákoník výslovnou definici neuvádí, definuje totiž jen reklamu klamavou, resp. dovolenou srovnávací reklamu, lze ji však dovodit ze znění ustanovení § 45 ObchZ.³ Další vymezení reklamy potom, mimo jiné, obsahuje čl. 2 písm. a) Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě.⁴

² Legální definici reklamy můžeme nalézt v § 1 odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy: *"Reklamou se rozumí oznámení, předvedení či jiná prezentace šířená zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, pokud není dále stanoveno jinak."*

Dále také v § 2 odst. 1 písm. l zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání: *"Reklamou je jakékoliv veřejné oznámení, vysílané za úplaty nebo jinou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání, určené k podpoře prodeje, nákupu nebo pronájmu výrobků nebo služeb, včetně nemovitého majetku, práv a závazků."*

O definici reklamy se pokouší též Etický kodex reklamy:

"Reklamou se rozumí proces komerční komunikace, prováděný za úhradu jakýmkoliv podnikatelským subjektem nebo jiným subjektem jednajícím v jeho zájmu, jehož účelem je poskytnout spotřebiteli informace o zboží a službách (dále jen „produkt“) i činnostech a projektech charitativní povahy. Přitom se jedná o informace šířené prostřednictvím komunikačních médií, kterými se pro účely Kodexu rozumí televize, rozhlas, nosiče audiovizuálních děl, periodický tisk a neperiodické publikace, dopravní prostředky, plakáty a letáky, jakož i další komunikační prostředky umožňující přenos informací. Reklamou dle této definice zpravidla není takový přenos informací, který by jinak reklamou byl, pokud prodejce výhradně označuje místo, kde výrobek nabízí spotřebiteli."

Eliáš uvádí svou definici:

"Reklama se definuje jako forma hospodářské propagace, v níž se používají nejrůznější prostředky k hromadné nabídce zboží nebo služeb a také k podchycení pozornosti a vyvolání zájmu potenciálního zákazníka. Reklamu lze charakterizovat také jako (zpravidla placenou)formu neosobní prezentace výrobků nebo služeb prostřednictvím komunikačního média." In Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 312.

Ďoukálék nabízí svou definici reklamy:

"Za reklamu je možné považovat jakoukoliv placenou formu poskytování údajů o výrobcích, službách nebo ideách určené předem stanovené skupině obyvatelstva k podchycení její pozornosti a vyvolání zájmu ke koupi výrobků nebo služeb." In Ďoukálék, J.: Nekalosoutěžní jednání v reklamě. Obchodní právo, 2009, č. 7-8, s. 44.

³ Můžeme říci, že reklamou ve smyslu obchodního zákoníku se rozumí šíření údajů, tj. sdělení mluveným nebo psaným slovem, tiskem, vyobrazením, fotografií, rozhlasem, televizí či jiným sdělovacím prostředkem, o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech.

⁴ *"Reklamou je každé předvedení související s obchodem, živností, řemeslem nebo*

Eliáš dále rozlišuje reklamu *všeobecnou, značkovou, instituční, polemickou, zaváděcí a udržovací*.⁵

1.2 Regulace reklamy v právním řádu České republiky a mimoprávní regulace

Regulaci reklamy v České republice lze obecně rozdělit na regulaci právní a mimoprávní, přičemž regulaci právní lze dále systematicky rozdělit na regulaci reklamy prostřednictvím práva soukromého a prostřednictvím práva veřejného.⁶

Soukromoprávní regulace reklamy je obsažena zejména v obchodním zákoníku, který obsahuje právní úpravu nekalé soutěže, další úpravu obsahuje občanský zákoník a autorský zákon.

Veřejnoprávní regulace reklamy je značně roztržštěná, v první řadě je třeba zmínit zákon o regulaci reklamy jako základní veřejnoprávní kodex regulace reklamy (*lex generalis*), přičemž další specifické oblasti jsou regulovány ve zvláštních právních předpisech, které jsou ve vztahu k zákonu o regulaci reklamy *lex specialis*.

Mimoprávní regulace reklamy je prováděna prostřednictvím tzv. kodexů reklamy, které určují pravidla pro reklamu, přičemž tento kodex nemá charakter právního předpisu, ale spíše právně nezávazné (dobrovolné) samoregulace, na kterou dobrovolně přistoupí členové zájmových sdružení.

svobodným povoláním, jehož cílem je podpora odbytu zboží nebo poskytnutí služeb, včetně nemovitostí, práv a závazků."

⁵ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Brno. C. H. Beck 2007, s. 312-313.

⁶ "Veřejné právo vyjadřuje nadřazenost veřejné moci v zákonem vymezených případech vůči ostatním subjektům práva. Právo soukromé odpovídá vztahům rovnosti subjektů (včetně státu)." In Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: Teorie práva. Praha. ASPI Publishing 2004, s. 100.

Hlavními znaky samoregulace je její dobrovolnost a flexibilita.⁷

⁷ Na dodržování pravidel stanovených v tzv. etických kodexech zpravidla dohlíží zvláštní organizace. Řízení před jejími orgány a uložené sankce mají odlišný charakter od civilních nebo správních soudních sankcí, resp. řízení. Pro oblast reklamy je typická vysoká míra dobrovolné samoregulace.

2 VÝVOJ PRÁVNÍ REGULACE REKLAMY

2.1 Počátky právní regulace reklamy⁸

Vznik a vývoj regulace reklamy souvisí s rozvojem hospodářské soutěže, resp. volné soutěže, svobodného trhu a obchodu, který v Evropě počíná pádem staré feudální organizace v 18. století.

Vzhledem k sociálně politické situaci v 19. století nebyla regulace reklamy v popředí zájmu legislativců. V té době panující liberalismus, který vycházel z učení Adama Smithe, prosazoval absolutní svobodu obchodních vztahů s tím, že neviditelná ruka trhu sama vše bezpracně zařídí (známé též jako *laissez faire, laissez passer*). Společnost založená na volné soutěži je přesvědčená, že jednotlivec, veden svým egoistickým zájmem, se bude snažit, co nejlépe uspokojovat potřeby ostatních, jimž nabízí své zboží nebo svoji práci. Jednotlivec - podnikatel se bude snažit předčít druhé a, předpokládajíc rozumného zákazníka (morální lidskou osobnost), bude tak moci učinit jen zlepšením zboží nebo výkonu.

Po nějaké době se dospělo k názoru, že trh sám o sobě potřebnou ochranu neposkytne a vznikla proto potřeba určité zákonné regulace.

⁸ Snahy účinně regulovat trh lze pozorovat již v čínském trestním zákoníku *Ta tsing lü lü*, následně pak například v antickém Římě. Jednalo se o císařské zákazy vývozu železa do Persie, zbraní do zemí obývaných Germány. Nejznámějším počinem té doby je bezpochyby Diokleciánův edikt o cenách (*edictum Diocletiani de premis*). Těžišťem středověké evropské ekonomiky byl tradičně stát, který si na svém území udržoval monopolní postavení. Zde se postupem času vyvíjely organizované skupiny hájící zájmy svých členů (korporace, cechy, bratrstva, apod.). V podstatě se jednalo o státem aprobované kartely, jež působily v oblasti své specializace. Tyto organizace prováděly kontrolu nad dodržováním předpisů a prováděly i další veřejnoprávní činnosti. Dále zde existovala tzv. městská práva, která byla úzce spjata s cechovními organizacemi. Tato práva byla městům udělována z rozličných důvodů (za poskytnutí pomoci panovníkovi, politických i jiných důvodů). Důsledkem obojího byla deformace trhu, a tím i překážka dalšího rozvoje podnikání a volné hospodářské soutěže.

Zpočátku byla právní úprava ve vztahu k právu proti nekalé soutěži postavena na obecných občanskoprávních principech, zejména ve Francii, kde na základě dvou ustanovení *Code civil* (články číslo 1382 a 1383) byla poskytována ochrana proti nekalosoutěžnímu jednání.⁹ Přes obecnost zákona se však prostřednictvím kvalitních soudních rozhodnutí podařilo vytvořit dobře fungující systém.¹⁰

V Německu se dlouho pokládalo potírání nekalé soutěže za něco typicky francouzského, za něco, co je německému právu cizí.¹¹ Možná i proto se zde neprosadil princip obecné občanskoprávní úpravy, ale bylo shledáno nutným, aby se ochrana proti nekalosoutěžnímu jednání upravila zvláštním zákonem, který by určil jednotlivé skutkové podstaty nekalé soutěže. Říšský zákon z 27. května 1896 byl proto založen na taxativním výčtu jednotlivých nekalosoutěžních jednání, ale časem se ukázal, hlavně z důvodu nemožnosti postihnout jiná než tam uvedená jednání jako značně nevyhovující.¹² Neposkytoval totiž oporu pro postih nových nekalosoutěžních praktik. V roce 1909 byl proto nahrazen novým zákonem, který již byl založen na tzv. smíšeném principu, tedy na kombinaci generální klauzule a vybraných nekalosoutěžních skutkových podstat.

⁹ Tento systém byl poté inspirací pro mnohé evropské země, například Belgii a Itálii.

¹⁰ "Zůstává všeobecně uznávaným faktem, že francouzští soudcové z napoleonského *Code civil* (čl. 1382 a 1383) vytvořili znamenité praetorské právo soutěžní a sice dávno předtím než Německo si uvědomilo, že je nutností vytvořiti zvláštní zákon (došlo k němu v roce 1896), aby vůbec bylo možno potírati alespoň ty nejpustší výstřelky nekalé soutěže." In Hamann, L., Drábek, J., Buchtela, R.: Soutěžní právo československé. Praha. Právní knihkupectví a nakladatelství V. Linhart 1938, s. 21.

¹¹ Hamann, L., Drábek, J., Buchtela, R.: Soutěžní právo československé. Praha. Právní knihkupectví a nakladatelství V. Linhart 1938, s. 21.

¹² Výstižně to popsal F. Winter: "Chcete-li totiž něco zakázat zákonem, logicky vás napadne, že musíte ono zločinné jednání nejprve přesně definovat a pak s nějakou sankcí zakázat. Jenže marketingová kreativita účastníků trhu a konkurenčního zápasu je natolik široká a přichází se stále novými a novými nápady, že ji vlastně nelze úspěšně přesně definovat." In Winter, F.: Právo a reklama v praxi. Praha. Linde 2007, s. 14.

Právě tato zákonná úprava inspirovala zákonodárce v tehdejším Rakousku - Uhersku. Do té doby se právní regulaci reklamy věnovaly jen nepřímo některé zvláštní zákony zaměřené zejména na ochranu spotřebitelů.¹³ Ale již v samých počátcích obchodního práva na našem území zde existovala snaha o určité omezení nekalosoutěžního jednání.

Někteří významní právníci, např. Antonín Randa,¹⁴ zdůrazňovali, že nekalosoutěžní jednání je postihnutelné dle norem občanského práva, konkrétně dle § 26, jež se týká porušení dobrých mravů.¹⁵ Aplikace tohoto ustanovení na nekalosoutěžní jednání se v praxi neprosadilo.¹⁶

V rámci rakouskouherské monarchie zde došlo dokonce o pokus přijmout zvláštní zákonnou úpravu proti nekalé soutěži, a to hned třikrát (v letech 1895, 1901, 1906). Osnova zákona z roku 1901 byla inspirována německým říšským zákonem z roku 1896, návrh z roku 1906 byl pak již založen na tzv. smíšeném principu. Ani jeden z těchto návrhů se však nedočkal zákonné podoby.¹⁷ Zákon z roku 1906 tedy neobsahoval výčet zákonných zákazů konkrétního chování (*kazuistický princip*), ale jednalo se o kombinaci generální klauzule a nejčastějších skutkových podstat nekalosoutěžního jednání. České země byly, ještě jako součást Rakouska -

¹³ Například zákony na ochranu vzorků, známek, vynálezů, zákon autorský, zákon o výprodejích, zákon o obchodu s potravinami, zákon o obchodu s vínem, vinným moštem a neučištěným vínem.

¹⁴ Randa, A.: Soukromé obchodní právo rakouské (1908). Praha. Vysoká škola aplikovaného práva 2008, s. 116.

¹⁵ Zřejmé porušení *dobrých mravů* (ust. § 26) v hospodářském boji k patrné škodě soutěžníků, kterým se tím odnímá odbyt, tvoří podstatu nekalé soutěže. Při analogickém použití téměř úplně nepovšimnutého § 26. ob. zák. obč. považuje se každé jednání za nedovolené a zavazuje tudíž dle § 1295. ob. zák. obč. k náhradě škody, které odporuje "veřejnému pořádku a dobrým mravům".

¹⁶ V podstatě by se jednalo o francouzský model založený na *Code civil*, který se ve Francii setkal s mimořádným úspěchem. In Randa, A., Soukromé obchodní právo rakouské (1908). Praha. Vysoká škola aplikovaného práva 2008, s. 116-117.

¹⁷ Návrh z roku 1906 byl v roce 1907 schválen Poslaneckou sněmovnou, ale pro rozpuštění Říšské rady, nedošlo k projednání návrhu zákona Panskou sněmovnou.

Uherska, signatářem Pařížské unijní úmluvy z roku 1883. Po vyhlášení samostatnosti přistoupila Československá republika k Pařížské unijní úmluvě dne 5. října 1919 na základě vyhlášky č. 364/1921 Sb. z. a n. ve znění čtvrté revize z Washingtonu. Tato úmluva ukládala povinnost smluvním stranám poskytnout ochranu proti nekalosoutěžnímu jednání (zejména na základě článků 2 a 10bis). Obdobný závazek vyplýval z Madridské dohody ze 14. dubna 1891 o potlačení nesprávných označení původu zboží, ke které Československo přistoupilo vyhláškou č. 419/1921 Sb. z. a n. s účinností od 30. září 1921.

Mezi první významné veřejnoprávní normy regulující reklamu na našem území byl zákon o předstírání výprodejů přijatý v roce 1895, zákon o obchodu potravinami a některými předměty užitnými z roku 1896 a dále zákon č. 479 z roku 1921 upravující pravidla pro užívání znaku Červeného kříže.

2.2 Zákon proti nekalé soutěži¹⁸

Přijetí tohoto zákona předcházela diskuze o podobě zákona upravující komplexně ochranu proti nekalosoutěžnímu jednání. První osnova zákona byla zřetelně inspirována francouzskou koncepcí obecného zákazu

¹⁸ Pařížská unijní úmluva ve svém článku 10ter zavázala signatářské státy poskytnout ochranu před nekalou soutěží i příslušníkům ostatních členských států na svém území.

Československo bylo dále vázáno několika mezinárodními smlouvami, kde se zavázalo poskytnout ochranu některým výrobkům proti nekalosoutěžnímu jednání (např. smlouvy s Francií a Rakouskem). Důležitou roli hrála též skutečnost, že okolní státy (Maďarsko, Rakousko) již přijali zákony regulující nekalou soutěž. To vše působilo určitý tlak na československého legislativce, aby přijal speciální zákon upravující právo nekalé soutěže. Stalo se tak v roce 1927 přijetím zákona proti nekalé soutěži, zároveň tím (konečně) došlo k naplnění mezinárodních závazků vyplývajících z mezinárodních smluv (zákon proti nekalé soutěži byl však přijat až po Haagské konferenci, avšak nereflektoval změny, které se dotýkaly zejména čl. 10 Pařížské úmluvy. K ratifikaci této revize došlo až v roce 1933). Do doby přijetí zákona proti nekalé soutěži mohla být ochrana proti nekalosoutěžním aktivitám poskytována jen dle obecných ustanovení občanského, popř. obchodního zákoníku (viz např. rozhodnutí Vážný č. 2760, 3052 a 3134).

nekalosoutěžního jednání.¹⁹ Druhá koncepce, tentokrát inspirována novým zákonem německým z roku 1909, byla již založena na smíšeném principu.

Zákon byl publikován ve Sbírce zákonů a nařízení dne 28. července 1927 a účinnost nabyt 28. ledna 1928.²⁰ Systematicky je členěn do pěti hlav. První se týká ochrany soukromoprávní, druhá ochrany trestní, třetí ustanovení správních, hlava čtvrtá obsahuje ustanovení všeobecná a konečně hlava pátá ustanovení závěrečná. Těžiště celého zákona však tkví v ustanovení § 1, kde je upravena generální klauzule.

Jde o zákon komplexní a je relativně rozsáhlý (obsahuje 52 paragrafů). Účelem zákona proti nekalé soutěži byla represe nekalé soutěže. Zákon měl svými ustanoveními učinit opatření, aby se v soutěžním zápolení bojovalo jen prostředky čestnými, poctivými a mezi slušnými podnikateli (soutěžitelem se rozuměl jedině podnikatel).

Na zákon proti nekalé soutěži bezprostředně navazovalo vládní nařízení č. 30/1928 Sb. z. a n., kterým se stanoví korporace a orgány povolané pro smírčí řízení ve věcech nekalé soutěže a vydávají předpisy o řízení před nimi. Vládní nařízení vymezovalo, za jakých podmínek lze zahájit smírčí

¹⁹ Na základě návrhu by speciální panel znalců určil, zda se jedná o jednání v rozporu s tímto zákonem, resp. s dobrými mravy. Sepsali by o tomto posudek, který by dále předali politickému úřadu I. stolice. Pokud by tato instance shledala, že nedošlo k porušení zákona, tedy, že nejde o protiprávní jednání, předá případ politickému úřadu II. stolice. Rozhodnutí výše zmíněných orgánů potom měla být publikována ve věstníku Ministerstva obchodu. Tato netradiční koncepce byla odmítnuta, protože dle některých názorů, obecný zákaz jednání v rozporu s dobrými mravy neposkytuje dostatečně silný základ pro ochranu před nekalosoutěžním jednáním.

²⁰ Zákon proti nekalé soutěži je bezpochyby největším počinem prvorepublikového zákonodárství týkající se oblasti nekalé soutěže (platil v Československu až do roku 1950). Z koncepčního hlediska byl zajímavý i návrh z roku 1923 (vypracovaný F. Müllerem), který počítal pouze s generální klauzulí, která by obecně zakazovala soutěžní jednání v rozporu s dobrými mravy. Tento návrh byl jistě inspirován francouzskou úpravou. Nakonec však zvítězila německá koncepce spočívající v kombinaci generální klauzule s vybranými nekalosoutěžními jednáními. Návrh zákona zpracoval Skála (za kruhy úřední) a Hermann-Otavský (za kruhy vědecké).

řízení, zásady činnosti smírčích korporací a průběh řízení před nimi (neformální ústní jednání bez účasti veřejnosti) a dále potom náležitosti písemného vyhotovení výroku. V příloze vládního nařízení se pak nacházel seznam korporací oprávněných převzít smírčí řízení ve věcech nekalé soutěže. Později byla oblast práva nekalé soutěže ještě doplněna zákonem č. 75/1935 Sb. z. a n., o zákazu přídavků při prodeji zboží nebo provádění výkonů. Avšak i po vstupu zákona proti nekalé soutěži v platnost zůstala v účinnosti některá zvláštní ustanovení speciálních zákonů (patentový zákon, občanský zákoník, obchodní zákoník, aj.).

Relevantní pro pochopení pojmu nekalé soutěže dle zákona proti nekalé soutěži je hned úvodní ustanovení zákona, které znělo:

"Kdo dostane se v hospodářském styku v rozpor s dobrými mravy soutěže jednáním způsobilým poškoditi soutěžitele, může býti žalován, aby se zdržel takového jednání a odstranil závadný stav jím způsobený; věděl-li pak, nebo musil-li vědět, že jednání jeho jest způsobilé poškoditi soutěžitele, též, aby nahradil škodu tím způsobenou."

Další upřesnění zákon neobsahoval a v podstatě ponechával volný prostor k uvážení pro rozhodovací praxi, které jako vodítka sloužily konkrétní skutkové podstaty nekalosoutěžního jednání uvedené dále v zákoně. Jak jsem již výše zmínil, tento zákon prováděl Pařížskou unijní úmluvu a tehdejší právní nauka se shodovala, že i přes rozdílnou terminologii obou dokumentů, je zákon s Pařížskou unijní úmluvou v souladu.²¹

Ten, kdo se domáhal ochrany proti nekalé soutěži, mohl požadovat v žalobním návrhu odstranění závadného stavu nebo zdržení se rušivého jednání. O nekalou soutěž se jednalo již naplněním objektivních znaků

²¹ Hamann, L., Drábek, J., Buchtela, R.: Soutěžní právo československé. Praha. Právní knihkupectví a nakladatelství V. Linhart 1938, s. 60.

(generální klauzule, příp. i uvedených zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže). Další možností byla žaloba na náhradu škody, která však pro úspěch ve věci vyžadovala určitou míru zavinění.²²

Ve sbírce Vážný²³ bylo uveřejněno v době do dubna 1938, tedy za dobu 10 let účinnosti zákona proti nekalé soutěži, skoro 150 nálezů Nejvyššího soudu v Brně. V úř. sb. tr. bylo za tutéž dobu uveřejněno asi 60 nálezů trestněprávních. Asi 25 dalších nálezů bylo uveřejněno v Úř. sbírce, ve Sbírce ministerstva spravedlnosti, v časopisech Soutěž a Tvorba, Československá advokacie a další. Dalších asi 20 judikátů nikde neuveřejněných je autorům známo ponejvíce z právní praxe.

"Z obsahu těchto asi 250 judikátů lze si již vytvořit jasný úsudek, právě tak jako z četných rozhodnutí vrchních soudů. Úroveň judikátů zřejmě závisí v této oblasti od vynikajících kvalit jednotlivých soudců, ale též od okolností, jak strany dovedly svoji věc přednésti a důkazy nabídnouti."²⁴

2.3 Vývoj po 2. světové válce

Zákon proti nekalé soutěži platil až do roku 1950, kdy byl nahrazen ustanovením § 352 nového občanského zákoníku publikovaného pod č. 141/1950 Sb. obsahující jen zvláštní případ náhrady škody – náhradu škody způsobenou nekalou soutěží.²⁵ Tato úprava byla doplněna o trestněprávní

²² K trestnímu stíhání se vyžadoval zpravidla zlý úmysl, tedy vědomost skutkových náležitostí a vůle způsobit určitý škodlivý výsledek. Tyto trestné činy byly zpravidla kvalifikovány jako přečiny a zčásti jako přestupky a stíhaly se k soukromé žalobě občanskými trestními soudy. Správní delikty – přestupky – se stíhaly z úřední povinnosti správními úřady. In Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly). Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 42.

²³ Jedná se o významnou sbírku soudních rozhodnutí pojmenovanou po druhém prezidentovi Nejvyššího soudu.

²⁴ Hamann, L., Drábek, J., Buchtela, R., Soutěžní právo československé. Praha. Právní knihkupectví a nakladatelství V. Linhart 1938, s.29-30.

²⁵ Ustanovení § 352 občanského zákoníku zněl:

postih nekalé soutěže upravené v trestním zákoníku. Vzhledem k politické situaci v Československu se jednalo spíše o formální plnění mezinárodních závazků,²⁶ než o skutečnou aplikaci zákonné úpravy v praxi. Na tomto místě je vhodné podotknout, že i kvůli zjevnému deficitu zákonné úpravy hospodářská soutěž jako taková v podstatě neexistovala a pokud ano, tak ve značně zdeformované podobě. Hlavním důvodem tohoto neutěšeného stavu byl tehdejší politický režim na území Československa, kde bylo soukromé vlastnictví zcela potlačeno a nahrazeno státním monopolem a kde byla potlačována základní lidská práva, z nichž některá úzce souvisela s obchodem a svobodnou hospodářskou soutěží.

*"Nekalá soutěž (právem zakazovaná) totiž může fungovat jen tam, kde se vůbec vyskytuje hospodářská soutěž (právem uznávaná)."*²⁷

Odlišný názor však zastával např. Knap: *"Hospodářská soutěž je i v rámci socialistického hospodářského zřízení skutečností. Čím jiným je soupeření různých socialistických podniků a docilování lepších hospodářských výsledků, o lepší plnění plánu, o zkvalitňování výrobků a služeb a snižování jejich cen, o zdokonalování servisů a o další formy zlepšování uspokojování potřeb spotřebitelů? Na základě této soutěže se vytvářejí společenské soutěžní vztahy, které kromě zásadně pozitivních mohou vést k negativním jevům, i když, vzhledem k zásadní odlišnosti společensko-ekonomických*

"Odpovědnost za škodu způsobenou:

8. Při nekalé soutěži v hospodářském styku

Na tom, kdo se octne v hospodářském styku v rozporu s dobrými mravy soutěže jedním způsobitým poškodit soutěžitele, může se každý soutěžitel, který tímto jednáním utrpěl škodu, nebo jemuž škoda přímo hrozí, domáhat, aby se zdržel takového jednání a odstranil závadný stav jím způsobený. Kdo věděl, že jeho jednání je způsobitě poškodit soutěžitele, je povinen nahradit způsobenou škodu. Jde-li o jednání zaměstnance při provozu podniku, lze se zdržení a odstranění závadného stav domáhat i na podniku."

²⁶ Tato skutečnost byla dokonce výslovně uvedena v důvodové zprávě k zákonu.

²⁷ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C.H. Beck 2007, s. 291.

podmínek, nikoliv v té formě a rozsahu jako ve společenském systému kapitalistickém."²⁸ Ale i například Eliáš tvrdil: *"Dokonce i důsledný ekonomický dirigismus (typický také pro Československo 1948-1989) nemůže vytěsnit z národního hospodářství konkurenční aktivity; je s to jen deformovat jejich funkce."*²⁹

V roce 1964 byl přijat nový občanský a hospodářský zákoník. Nový občanský zákoník nahradil stávající občanský zákoník, avšak ustanovení § 352 bylo ponecháno v platnosti dle znění občanského zákoníku z roku 1950. Nový hospodářský zákoník obsahoval ustanovení § 119,³⁰ které upravovalo hospodářskou soutěž mezi *"socialistickými organizacemi"*.³¹ Tím došlo k tomu, že právo nekalé soutěže bylo upraveno ve dvou různých právních předpisech. Rozdíl byl snad jen v tom, že občanský zákoník upravoval vztahy mezi občany navzájem a mezi občany a tzv. socialistickými organizacemi, ale jen při uspokojování osobních potřeb občanů. Hospodářský zákoník na druhé straně upravoval jen vztahy při řízení a uskutečňování hospodářské činnosti již zmíněných socialistických organizací.

K určitému posunu však došlo na přelomu 60. a 70. let, kdy v návaznosti na politický vývoj v tehdejší Československu bylo přijato vládní nařízení č. 100/1966 Sb., o plánovitém řízení národního hospodářství, které

²⁸ Knap, K.: Právo hospodářské soutěže. Praha. Orbis, 1973, s. 55-56.

²⁹ Eliáš, K.: Nekalá soutěž a její právní regulace. Právník, 1990, č. 10, s. 909.

³⁰ Ustanovení § 19 hospodářského zákoníku bylo několikrát novelizováno. Mezi nejvýznamnější novely patří zákon č. 138/1970 Sb., zákon č. 165/1982 Sb., zákon č. 19/1988 Sb. a zákon č. 103/1990 Sb.

³¹ Ustanovení § 119 znělo: *"Organizace jsou povinny při zajišťování plánovaných úkolů spolupracovat a pomáhat si tak, aby byly co nejlépe zajištěny potřeby národního hospodářství. Zejména jsou povinny zavazovat se při uzavírání hospodářských smluv k dodávkám výrobků nebo prací v jakosti, sortimentu a ve lhůtách, které jsou z hlediska celého národního hospodářství pro plnění plánovaných úkolů nejvhodnější, a své závazky řádně plnit."*

umožnilo s účinností od 1. ledna 1967 socialistickým organizacím relativní samostatnost v otázkách vytváření tuzemských hospodářsko-právních vztahů a volby výrobního programu. Dále byl rozšířen okruh socialistických organizací oprávněných k prodeji na vnitřním trhu. Novela tohoto vládního nařízení provedená nařízením č. 169/1969 Sb. sice znamenala krok zpět v otázkách řízení ekonomiky, na druhé straně však v ustanovení § 83 přinesla samostatnou právní úpravu nekalé soutěže pro vztahy podléhající hospodářskému zákoníku. Nekalosoutěžní jednání zde bylo definováno jako jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže, způsobilé poškodit jiné soutěžitele. Úprava obsahově kopírovala generální klauzuli zařazenou do ustanovení § 352 občanského zákoníku z roku 1950, což výslovně potvrzovalo znění § 83 odst. 2 citovaného vládního nařízení.³² Posledním záchvěvem reformní vlny bylo vydání Knapovy knihy Právo hospodářské soutěže (1973). Neuspokojivý stav právní úpravy práva proti nekalé soutěži byl napraven až přijetím nového zákona o obchodních korporacích.

K přijetí právních předpisů upravující veřejnoprávní regulaci reklamy pak došlo přijetím zákona o rozhlasovém a televizním vysílání, zákona o ochraně spotřebitele a zejména zákona o regulaci reklamy v první polovině 90. let minulého století.

³² Havlín, M.: Historický vývoj právní úpravy nekalé soutěže. Právník, 1996, č. 9, s. 827.

3 SOUKROMOPRÁVNÍ REGULACE REKLAMY

Nejvýznamnější předpis týkající se soukromoprávní regulace reklamy je bezpochyby obchodní zákoník obsahující právní úpravu nekalé soutěže, další úpravu obsahuje rovněž občanský zákoník (ochrana osobnosti, soukromí, některé obecné otázky) a autorský zákon.

3.1 Přehled pozitivní právní úpravy práva proti nekalé soutěži

Nekalá soutěž je upravena primárně obchodním zákoníkem. Vedle toho tu je i trestněprávní úprava v Trestním zákoníku, konkrétně v ustanovení § 248. Je ale třeba vzít v potaz rozdílný charakter soukromého a veřejného práva. Proto zatímco úprava v obchodním zákoníku stojí na objektivní odpovědnosti, Trestní zákoník vyžaduje úmyslné zavinění.

Jak jsem již uvedl, právo hospodářské soutěže je upraveno primárně obchodním zákoníkem, a to v ustanoveních § 44 až 54. Česká republika tudíž nejde ve stopách prvorepublikové úpravy, kde k ochraně před nekalou soutěží sloužil speciální zákon. Na druhou stranu následuje koncepce zákona proti nekalé soutěži v tom smyslu, že se drží již osvědčeného smíšeného principu, kde generální klauzule tvoří těžiště celé právní úpravy nekalé soutěže. Zákon proti nekalé soutěži, zejména část o soukromoprávní ochraně, na něj navazující soudní rozhodnutí a odborná literatura mohou sloužit za vzor hodný následování i pro současnou teorii a praxi.

Obchodní zákoník se, až na několik spíše drobných změn, přiklonil k osvědčenému prvorepublikovému modelu. Výhodou je samozřejmě i to, že velká většina soudních rozhodnutí prvorepublikových soudů je použitelná i pro rozhodování současných soudních sporů. Jsou zde však určité rozdíly, které musí soud zohlednit při interpretaci prvorepublikové judikatury. Tyto odlišnosti zdůrazním v následujícím výkladu.

O kvalitě současné, a nepřímo i prvorepublikové, právní úpravy práva proti nekalé soutěži svědčí i to, že za celou dobu účinnosti obchodního zákoníku došlo až na jednu výjimku jen k několika drobným změnám v ustanoveních týkajících se práva proti nekalé soutěži.³³ Významnou změnu přinesl jen zákon č. 370/2000 Sb., o změně obchodní zákoníku, který rozšířil výčet zvláštní skutkové podstaty o srovnávací reklamu a zároveň doplnil ustanovení § 54 o druhý odstavec. Tato změna navazovala na Směrnici o klamavé a srovnávací reklamě. Další významnou změnou bylo zrušení celého ustanovení § 55 zákonem č. 151/2002. Toto ustanovení bylo nahrazeno ustanovením § 155 odst. 4 a § 116 odst. 2 OSŘ, takže se rozhodně o žádnou podstatnou změnu nejednalo.

Úprava práva proti nekalé soutěži je včleněna do struktury obchodního zákoníku. Jedná se o řešení v mezinárodním srovnání neobvyklé. Před přijetím obchodního zákoníku se vedla diskuze, jakým způsobem, resp. kam, zařadit soutěžní právo. Byly zde názory na úpravu celého soutěžního práva v samostatném zákoně (tzv. *princip kodexu*). To však bylo odmítnuto zejména z důvodu odlišnosti charakteru antimonopolního (kartelového) práva jako úpravy veřejnoprávní a oproti tomu práva proti nekalé soutěži s převažujícími soukromoprávními prvky.

Například Munková se přikláněla k úpravě práva proti nekalé soutěži v občanském zákoníku a správně argumentovala, že se v podstatě jedná o civilněprávní delikt (zpravidla ohrožovací): *"Je to občanský zákoník, který svými moderně formulovanými pevnými a všeobecně respektovanými soukromoprávními pravidly je s to vtisknout výrazný charakter celému*

³³ Celkem jsem zaznamenal 13 novelizací práva proti nekalé soutěži v obchodním zákoníku. Konkrétně se jedná o zákony č. 30/2000 Sb., č. 367/2000 Sb., č. 370/2000 Sb., 501/2001 Sb., č. 125/2002 Sb., 151/2002 Sb., 312/2002 Sb., č. 476/2002, č. 87/2003 Sb., č. 88/2003 Sb., č. 36/2008 Sb., č. 227/2009 Sb. a č. 152/2010 Sb.

právnímu řádu."³⁴

Z pragmatických důvodů nakonec zvítězila koncepce úpravy práva proti nekalé soutěži v rámci nového obchodního zákoníku.³⁵ Ale vládní návrh nového občanského zákoníku počítá s koncepcí navrhovanou Munkovou již v roce 1990 a tedy se zahrnutím práva proti nekalé soutěži do nového občanského zákoníku.

3.1.1 Nekalá soutěž dle obchodního zákoníku

Ustanovení § 44 ObchZ uvádí:

"Nekalou soutěží je jednání v hospodářské soutěži, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům. Nekalá soutěž se zakazuje."

Obchodní zákoník vychází ze znění Pařížské unijní úmluvy i zákona proti nekalé soutěži, ačkoliv používá odlišnou terminologii. Zákon navíc zdůrazňuje nejen právní ochranu soutěžitelů, ale i spotřebitelů.³⁶

³⁴ Munková, J.: K perspektivám rozvoje českého práva – příspěvek k úpravě práva hospodářské soutěže. Právní rozhledy, 1995, č. 4, s. 133.

³⁵ *"Vcelku neobvyklá forma vřazení této v podstatě samostatné problematiky a poměrně podrobně upravené materie do obchodního zákoníku byla zvolena proto, že naléhavost urychleného legislativního řešení kartelověprávní problematiky v souvislosti se zahájením přestavby ekonomiky k počátku r. 1991 a její převážně veřejnoprávní povaha na rozdíl od nekalé soutěže si vynutily opuštění myšlenky jednotné úpravy soutěžního práva v jednotném zákoně sdružujícím v sobě tzv. právo kartelové i právo na ochranu proti nekalé soutěži."* In Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 11. vydání. Praha. C. H. Beck 2009, s. 164.

³⁶ K tomu uvádí Eliáš: *"Právo proti nekalé soutěži chrání čistotu soutěžních vztahů s hlavním zřetelem k soutěžitelům a až na některé výjimky se nezajímá o ochranu spotřebitelů, které před poškozováním chrání právní normy jiné. Ač tedy právo postihující nekalou soutěž sleduje prioritně ochranu zájmů soutěžitelů, přihlíží rovněž k zájmům spotřebitelů a poskytuje jim (v omezené míře) možnost nekalosoutěžní delikty právními prostředky napadat."* In Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C.H. Beck 2007, s.295.

Návrh nového občanského zákoníku se přiklání k prvorepublikové terminologii. Podrobnější výklad o platné právní úpravě bude podán v následujících kapitolách.

3.1.2 Právní úprava de lege ferenda – rekodifikace soukromého práva

Jádro současné právní úpravy práva proti nekalé soutěži je systematicky zařazen do části první, hlavy páté obchodního zákoníku pod názvem hospodářská soutěž. V rámci dlouho diskutované rekodifikace soukromého práva v České republice je v nejpokročilejším stádiu vývoje nový občanský zákoník připravený pod vedením Eliáše.³⁷ Návrh zákona byl dne 8. června 2011 schválen v 1. čtení Poslaneckou sněmovnou a bude jej projednávat ústavně-právní výbor.³⁸

Jisté překvapení může vzbuzovat fakt, že se právní úprava proti nekalé

Jiný názor Knapa vztahující se však spíše k tehdejší tendenci o socializaci hospodářství, ale závěry lze i dnes považovat za aktuální: *"Závěr, že úkolem hospodářské soutěže je zejména též ochrana zájmů spotřebitelů, lze dnes již dnes považovat za téměř všeobecný; jednota není jen ve stanovisku, zda zde jde o ochranu přímou, či nepřímou. Přesto lze považovat názor, že i zájem spotřebitelů je předmětem přímé ochrany právem hospodářské soutěže, za převažující. Závažnost ochrany zájmu spotřebitelů v hospodářské soutěži vyplývá již ze skutečnosti, že jedním ze základních úkolů hospodářské soutěže je zajišťovat realizaci práva spotřebitele na svobodnou volbu (výběr) z různých alternativ."* In Knap, K.: Právo hospodářské soutěže. Praha. Orbis 1973, s. 77.

Večerková podobně tvrdí, že zákonodárce akcentuje zvýšenou právní ochranu spotřebitele. To dokládá i odkazem na novelizace ustanovení § 53 a § 54 odst. 2 z důvodu transpozice směrnice o klamavé a srovnávací reklamě, která též požaduje zvýšenou ochranu spotřebitele. In Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly). Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 43.

Pro srovnání již ve vládní důvodové zprávě k zákonu proti nekalé soutěži je uvedeno: *"Celkem lze říci, že na potírání nekalé soutěže má i obecnost zájem, často rovnocenný se zájmem kruhů soutěžitelských či bezprostředně dotčeného soutěžitele a že nelze zájmy obecnosti při poskytování ochrany dle zákona p.n.s. přehlížeti. Proto také ku klamavosti údaje atd. stačí, když i jen část obecnosti může býti údajem atd. oklamána."* In Vládní důvodová zpráva k zákonu proti nekalé soutěži, Poslanecká sněmovna, 1926, tisk č. 255.

³⁷ Součástí rekodifikačních prací jsou, kromě již zmíněného občanského zákoníku, také nový zákon o obchodních společnostech a družstvech a nový zákon o mezinárodním právu soukromém.

³⁸ Stav k 28. červnu 2011.

soutěži nachází v závěrečných pasážích návrhu nového občanského zákoníku. Snad by přicházelo do úvahy vyčlenit právní úpravu nekalé soutěže do speciálního zákona (dle osvědčeného vzoru prvorepublikového), či ponechat jej nadále v pozměněném obchodním zákoníku (to však shledávám jako řešení nesystematické). Důvodová zpráva k zákonu nám dává určité vysvětlení toho, co vedlo autory návrhu ke změně v zařazení právní úpravy nekalé soutěže:

"Návrh ustanovení o hospodářské soutěži je do osnovy zahrnut především proto, že hospodářská soutěž není omezena jen na podnikatele, nýbrž i na jiné soutěžitele a její úprava zasahuje i soukromá práva a povinnosti dalších osob (např. tzv. osob pomocných). Další podstatný důvod této systematické změny je v tom, že i za situace, kdy je právo hospodářské soutěže upraveno zvláštním zákonem (zák. č. 143/2001 Sb.), neobsahuje tato úprava soukromoprávní ustanovení, která je tudíž potřebné zařadit do občanského zákoníku. Obecná ustanovení o hospodářské soutěži jsou dnes obsažena systematicky zcela nevhodně v obchodním zákoníku (ustanovení § 41 až 43)."

Navrhovaná úprava nekalé soutěže je upravena v ustanoveních § 2927 až § 2941 a systematicky zařazena Části čtvrté ("Relativní majetková práva"), Hlavy třetí ("Závazky z deliktů"), Dílu druhého ("Zneužití a omezování soutěže"), Oddíl druhý ("Nekalá soutěž").

Na rozdíl od znění v obchodním zákoníku přibyla jedna pojmenovaná skutková podstata ("Dotěrné obtěžování"),³⁹ jež se v současnosti posuzuje

³⁹ Úprava se nachází v ustanovení § 2937 a zní následovně:

"Dotěrné obtěžování

(1) Dotěrné obtěžování je sdělování údajů o soutěžiteli, zboží nebo službách, jakož i nabídka zboží nebo služeb s využitím telefonu, faxového přístroje, elektronické pošty nebo podobných prostředků, ačkoli si takovou činnost příjemce zjevně nepřeje, nebo sdělování reklamy, při kterém její původce utají nebo zastře údaje, podle nichž ho lze zjistit, a neuvede, kde příjemce může bez zvláštních nákladů přikázat ukončení reklamy.

"jen" dle generální klauzule. Navržená ustanovení o klamavé a srovnávací reklamě jsou upravena tak, aby odpovídala Směrnici o klamavé a srovnávací reklamě.

Jistou zajímavostí je, že návrh zákona přebírá znění ustanovení § 52 ObchZ, ačkoliv je takové ustanovení v mezinárodním srovnání značně neobvyklé.⁴⁰ Důvodová zpráva to zdůvodňuje použitelností tohoto ustanovení na výrobky a služby, které jsou v reklamách označovány za biologicky nezávadné anebo šetrné pro životní prostředí.

Návrh zákona ponechává přenesení důkazního břemene na rušitele v podstatě beze změny. Domáhá-li se zákazník,⁴¹ aby soud rozhodl, že rušitel je povinen zdržet se nekalé soutěže nebo, aby odstranil závadný stav v případech stanovených v ustanoveních § 2927 až 2932 nebo § 2938, může soud rozhodnout, že se má za to, že se rušitel nekalé soutěže dopustil.⁴²

Zjevným, avšak veskrze formálním, nedostatkem je, že úvodní výčet pojmenovaných skutkových podstat v ustanovení § 2927 odst. 2 neodpovídá následnému rozvedení těchto skutkových podstat v jednotlivých ustanoveních.

(2) Rozesílá-li se reklama na elektronickou adresu, kterou podnikatel získal v souvislosti s prodejem zboží nebo poskytnutím služby, nejde o dotěrné obtěžování, pokud podnikatel tuto adresu používá k přímé reklamě pro vlastní zboží nebo služby a druhá strana reklamu nezakázala, ačkoli ji podnikatel při získání adresy i při každém jejím použití k reklamě zřetelně upozornil na právo přikázat bez zvláštních nákladů ukončení reklamy."

⁴⁰ Obvyklé úpravě nekalé soutěže se vymyká zcela nová skutková podstata jednání, které spočívá v tom, že jednající v soutěžním zájmu zkreslí podmínky soutěže tím, že uvede na trh výrobky nebo výkony, jimiž ohrozí zájmy ochrany zdraví a životní prostředí chráněné zákonem. In Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M., a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. Vydání. Praha. C. H. Beck 2009.

⁴¹ Toto ustanovení uvádí pojem *zákazník*, ačkoliv návrh zákona pracuje v jiných ustanoveních návrhu s termínem „spotřebitel“.

⁴² To vzbuzuje určité pochybnosti, artikulované např. Pospíšilem. In Pospíšil, M. – Dědič, J. (ed.): Právní úprava nekalé soutěže v novém občanském zákoníku. In Podnikatel a rekodifikace obchodního práva. Praha. Vysoká škola aplikovaného práva 2009.

Nedostatek shledávám též v tom, že skutková podstata klamavé reklamy vychází z pojetí obchodního zákoníku (resp. ze Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě), příhodné by bylo, kdyby došlo ke změně názvu na nekalou reklamu a zároveň rozšířit znění skutkové podstaty dle zákona proti nekalé soutěži, pod kterou lze zahrnout více nekalosoutěžních jednání, která se podobají klamavé reklamě a v současnosti jsou postihována zpravidla dle generální klauzule.

4 SUBJEKTY V NEKALÉ SOUTĚŽI

4.1 Soutěžitelé

Obchodní zákoník obsahuje v ustanovení § 44 obecný zákaz nekalé soutěže. Tento zákaz se však netýká jen podnikatelů, ale s ohledem na znění ustanovení § 41, také fyzických a právnických osob, i když nejsou podnikateli a účastní se hospodářské soutěže. Tyto osoby jsou zákonem označeny legislativní zkratkou *soutěžitelé*.

Mohu shrnout, že soutěžiteli jsou jednak podnikatelé (ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 ObchZ) a také další fyzické a právnické osoby, jež sice nejsou podnikateli, ale účastní se hospodářské soutěže. Obecně lze tedy říci, že pro to, aby určitá osoba byla posuzována jako soutěžitel, není podstatný charakter této osoby, ale to, zda vyvíjí určitou aktivitu v rámci hospodářské soutěže.⁴³ Právně významná je proto jen ekonomická aktivita těchto osob, bez ohledu na její intenzitu nebo trvalost. Tak je možné dovodit, že i neoprávněné podnikání (ustanovení § 3a ObchZ) je takovou aktivitou a lze na něj reagovat jen způsobem, jenž právo dovoluje.⁴⁴ Tohoto výkladu se přidržuje i rozhodovací praxe soudů.⁴⁵ Dále je třeba zdůraznit, že ačkoliv je i neoprávněný podnikatel považován za soutěžitele, je i tak oprávněn

⁴³ Hajn hovoří o "*existenci určitých ekonomických (podnikatelských) prvků v činnosti těchto subjektů*". In Hajn, P.: Právo nekalé soutěže. Brno. Masarykova univerzita 1994, s. 18.

⁴⁴ To brilantně zdůvodňuje Hajn: "*Účelem ustanovení proti nekalé soutěži je bránit nejen soutěžitele (a pochopitelně především soutěžitele legitimní), ale chránit i celkové soutěžní mravy. Proto lze doporučit, aby jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže bylo posuzováno v rámci úpravy soutěžního práva. Z toho hlediska by pak mohl být i nelegitimní soutěžitel oprávněn použít některých prostředků ochrany proti nekalé soutěži.*". In Hajn, P.: Právo nekalé soutěže. Brno. Masarykova univerzita 1994, s. 131.

⁴⁵ Viz rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3Cmo 703/1994 a sp. zn. 3Cmo 788/1994.

(aktivně legitimován) k ochraně vůči (oprávněným) soutěžitelům, jež poskytují ustanovení proti nekalé soutěži. Hajn dále rozlišuje soutěžní činnost dovolenou, nedovolenou (v prvorepublikové nauce označována jako *fušerství*) a nepovolenou⁴⁶ (nejde o nedovolenou, neboť právní předpisy nevyžadují žádné povolení).⁴⁷

Dle mého názoru je pak i soutěžitel, který je zároveň neoprávněným podnikatelem dle ustanovení § 3a ObchZ, aktivně legitimovaný k podání žaloby a může se tak domáhat ochrany před nekalou soutěží jiných soutěžitelů (oprávněných i neoprávněných). Svůj závěr opírám o skutečnost, že zákon dále nerozlišuje určité kategorie soutěžitelů, které by měly odlišná práva nebo povinnosti. Porušení předpisů ohledně neoprávněného podnikání bude potom posuzováno dle jiných zákonů (např. živnostenský zákon).⁴⁸

⁴⁶ To je i například rozdíl mezi prvorepublikovou a současnou právní úpravou. Dle zákona proti nekalé soutěži (zejm. ustanovení § 46) byl za soutěžitele považován jedinec podnikatel, dle současného obchodního zákoníku lze považovat za soutěžitele i nepodnikatele, za splnění určitých podmínek. Z toho samozřejmě vyplývá skutečnost, že dle prvorepublikové právní úpravy nemohl neoprávněný podnikatel (fušer) být soutěžitelem a dovolávat se ochrany práva proti nekalé soutěži.

Toto úzké pojetí soutěžitele se však předválečná právní teorie i praxe pokoušela překonat především tím, že pojem podnikatele vykládala značně široce. In Hajn, P.: Účastníci hospodářské soutěže. Právní rozhledy, 1998, č. 11, s. 538.

⁴⁷ Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno. Masarykova univerzita 2000, s. 50 an.

⁴⁸ Tento názor zastává Večerková In Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly). Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 59–60 a Raus In Raus, D.: Spory o nekalou soutěž a pasivní legitimace. Právní rádce, 1998, č. 4, s. 14.

Hajn naopak zdůrazňuje, že pro posouzení neoprávněného podnikatele a jeho aktivit je relevantní reálný stav, tj. *"...že se (i když nedovoleně) hospodářské soutěže účastní. Lze tedy shrnout, že dle Hajna je i neoprávněný podnikatel soutěžitelem, protože vyvíjí určitou soutěžní činnost. Jde tedy v každém případě o soutěžitele, který se však nemůže domáhat ochrany dle ustanovení zákona o nekalé soutěži, na rozdíl od subjektu oprávněně podnikajícího."* Hajn svůj závěr poukazuje na to, že sice nelze zcela odůvodnit textem zákona, ale lze jej opřít o starořímskou zásadu, že *"z bezprávi nemůže povstat právo"*. Další argument, který Hajn uvádí, je ten, že z textu zákona nijak nevyplývá, že by nedodržением takového příkazu (zákaz zneužití účasti v soutěži) přestal být soutěžitelem. Závěrem však dodává, že definitivní odpověď nám podá až ustálená soudní praxe. In Hajn, P.: Účastníci hospodářské soutěže. Právní rozhledy, 1998, č. 11, s. 538.

Z toho též vyplývá, že pojem soutěžitel je širší než pojem podnikatel.⁴⁹

Hajn navíc zdůrazňuje, že i nedovolené podnikání je účastí v hospodářské soutěži. Pak lze na ně ze strany podnikatelů, opírající svou činnost o potřebné oprávnění, reagovat jen způsobem zákonem dovoleným.⁵⁰ Žalovaný se proto logicky nemůže s úspěchem hájit tím, že svým nekalosoutěžním jednáním "pouze" reagoval na ne nekalou soutěžní činnost žalobce.

Určitou pochybnost může způsobovat i otázka, zda se osoba, jež neoprávněně podniká již touto svojí (nepovolenou) aktivitou porušuje ustanovení o nekalé soutěži. Tím se již zabývala prvorepubliková judikatura (viz citované rozhodnutí Vážný č. 10 820). Tehdejší i současná judikatura poskytuje na tuto otázku zápornou odpověď. Nekalou soutěží se nedopouští neoprávněným podnikáním, ale lze ji dosáhnout až další, navazující aktivitou. Jak již bylo zmíněno, postih neoprávněného podnikání nelze

Pro srovnání uvádím názor prvorepublikové právní nauky i praxe:

Rozhodnutí Vážný č. 10.820: *"Neoprávněný výkon živnosti aneb podniku, jejich výkon bez zákonitého oprávnění nelze o sobě podřaditi pod žádné z ustanovení zákona o nekalé soutěži. Tato citace se však vztahuje pouze k otázce, zda lze podnikání jako takové podřadit pod nekalosoutěžní jednání. V tom se toto rozhodnutí shodovalo s rozhodnutími současných soudů."*

K tomu je též relevantní názor prvorepublikové nauky: *"Nedbání předpisů o nastupování živností není samo o sobě jednáním proti dobrým mravům soutěže, právě tak jako není jím samo o sobě nesprávné přiznávání obratu k účelům daňovým, nedodržování smluv vůči dodavatelům, nedodržování kolektivních smluv. Soutěžní právo má přesně vyhraněný obor platnosti, vymezený dobrými mravy soutěže a nemůže suplovati či dokonce nahrazovati normy živnostenskoprávní, daňové, občanskoprávní, předpisy oblihační a pod."* In Hamann, L., Drábek, J., Buchtela, R.: Soutěžní právo československé. Praha. Právní knihkupectví a nakladatelství V. Linhart 1938, s. 68.

Z toho vyplývá, že dle praxe prvorepublikových soudů se ochrany dle práva proti nekalé soutěži dostávalo jen subjektům řádně podnikajícím, avšak za nekalosoutěžní delikty mohly být postihovány i subjekty jiné.

⁴⁹ V tom lze shledávat podstatný rozdíl mezi současnou a prvorepublikovou úpravou. Kde soutěžitel dle ustanovení § 46 odst. 1 ZPNS musel být zároveň i podnikatelem.

⁵⁰ Hajn, P.: Účastníci hospodářské soutěže. Právní rozhledy, 1998, č. 11, s. 539.

uložit dle norem o nekalé soutěži.

Další otázkou je, zda se nekalé soutěže mohou dopustit i osoby, které teprve žádají o podnikatelské oprávnění (zakladatelé obchodních společností).⁵¹ Tuto otázku vyřešilo rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 3 Cmo 36/1992.⁵²

Prvorepubliková úprava považovala za soutěžitele jen podnikatele. Současné znění se od tohoto pojetí odklání (viz předchozí výklad). Vyvstává tu tedy problém, jak posuzovat subjekty, jež nejsou podnikateli, ale vykonávají činnost podobnou činnosti podnikatelské, ale jen příležitostně, nebo svou činnost plánují až v budoucnu.⁵³ Určitou odpověď nám poskytuje judikatura.⁵⁴ Osobně se přikláním v obou případech k tomu, že lze mluvit o soutěžní činnosti, a proto lze jejich chování posuzovat dle předpisů o nekalé soutěži.

Soutěžitel nemůže existovat sám o sobě, samostatně. Toto postavení se může projevit jen ve vztahu k jiným soutěžitelům nebo ke spotřebitelům.⁵⁵ A to nejen vůči ostatním osobám, jež nabízejí stejné zboží nebo služby. Osoby jsou totiž navzájem v soutěžním vztahu, pokud nabízejí zboží či

⁵¹ Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, Brno. Masarykova univerzita 2000, s. 58.

⁵² "Soutěžní vztah však bude dán i při jednání soutěžitele vůči jinému, který se sice určitou obchodní činností dosud nezabývá, avšak vzhledem ke všem okolnostem lze výkon takové činnosti u něho postupem doby s největší jistotou předpokládat." In Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Praha. C. H. Beck 2000, s. 64. K tomu též rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3Cmo 328/1994.

⁵³ Hajn používá termín "řádný soutěžitel ad hoc". In Hajn, P.: Účastníci hospodářské soutěže. Právní rozhledy, 1998, č. 11, s. 540.

⁵⁴ Například již citované usnesení Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3Cmo 703/1994 nebo rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 36/1992. In Macek, J.: Soutěžitel a soutěžní vztah v nekalé soutěži. Právo a podnikání, 1996, č. 7-8, s. 29 an.

⁵⁵ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C.H. Beck 2007, s. 299-300.

služby vzájemně zaměnitelné. Soutěžitelé budou vždy tam, kde existuje trh. Pro vznik soutěžních vztahů však nepostačuje samotná skutečnost, že operují na trhu. Proto soutěžní vztah může vzniknout pouze mezi osobami, které si buď na straně nabídky nebo poptávky konkurují. Z toho pak také vyplývá, že vždy musí existovat alespoň dva soutěžitelé, abychom vůbec mohli hovořit o hospodářské soutěži.

Soutěžní vztah může existovat pouze na *relevantním trhu*. Tento trh je určen předmětem, časem a prostorem vymezeným tak, aby si jednotlivé tržní nabídky konkrétních osob mohly navzájem konkurovat.

Dále bych rád zdůraznil, že o soutěžní vztah nejde jen v případech, kdy několik osob nabízí identické zboží nebo služby.⁵⁶ Takto úzce chápaný soutěžní vztah by vedl k ohrožení osob, které se fakticky nacházejí v konkurenčním vztahu tím, že nabízejí zboží nebo služby podobné, právní nauka hovoří o *zaměnitelnosti*. Zaměnitelnost lze chápat velice široce. K tomu přistupuje omezení v tom smyslu, že o konkurující nabídky (o soutěžní vztah) může jít jen tehdy, pokud si porovnávané nabídky skutečně mohou konkurovat, tzn. potenciální zákazník k nim přistupuje jako k nabídkám v podstatě rovnocenným (jako k alternativám). Vzhledem k vývoji vědy a techniky v moderní společnosti se vzdálenosti zkracují a tím se prostor, na němž se vyskytují zaměnitelné nabídky, neustále zvětšuje.

Dalším relevantním prvkem determinující trh je čas. Ten poukazuje na to, že soutěžní vztah může vzniknout jen a pouze pokud je dána časová relace vstupu jednotlivých soutěžitelů na relevantní trh a jejich nabídky se mohou setkat v určitý časový moment a tím být potenciálním zákazníkem vnímány jako alternativy.

⁵⁶ K tomu rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3Cmo 328/94: "*Hospodářskou soutěž nelze zúžit pouze na soupeření přímo si konkurujících výrobců či poskytovatelů služeb pravidelně (nikoli ojediněle) stejné či obdobné výrobky nebo služby nabízejících.*"

Obecně vyjádřeno: hospodářskými soutěžiteli jsou všichni ti, mezi nimiž na základě objektivní povahy jejich výrobků či služeb nebo na základě vlastní aktivity (například reklamní) dojde na trhu k hospodářskému zájmovému střetu zájmů.⁵⁷

Tento soutěžní vztah vzniká fakticky (ne na základě práva), ale od svého vzniku již má svůj právní význam.⁵⁸ Aby se jednalo o nekalou soutěž, musí být žalovaný soutěžitelem v době nekalosoutěžního jednání, pokud tomu tak nebylo, nejde o nekalou soutěž. Okolnost, že se stal soutěžitelem později, je bez právního významu.⁵⁹

4.2 Právní osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů

V ustanovení § 54 ObchZ se vyskytuje slovní spojení *právní osoba oprávněná hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů*. Právní nauka ve vztahu k těmto osobám zdůrazňuje materiální hledisko. Není proto až natolik relevantní, co má daná konkrétní právní osoba uvedeno ve stanovách, ale to, zda tuto činnost fakticky vykonává.⁶⁰ Logický výklad hovoří pro to, že tyto právní osoby nemohou uplatňovat nároky z jakéhokoliv nekalosoutěžního jednání, ale jen z těch deliktů, v kterých figurují osoby, které je právní osoba oprávněná hájit. Tato právní osoba je potom oprávněna podávat některé druhy žalob a domáhat se nároku zdržovacího a odstraňovacího (viz ustanovení § 54 odst. 1 ObchZ).

⁵⁷ Hajn, P.: Právo nekalé soutěže. Brno. Masarykova univerzita 1994, s. 19.

⁵⁸ Soutěžení vzniká mezi osobami, které si hospodářsky konkurují, z ekonomických příčin; nikoliv z důvodu, že by snad zákon těmto subjektům právo soutěžit povolil. In Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo 5. vydání. Praha. C.H. Beck 2007, s. 300.

⁵⁹ Viz rozhodnutí Krajského obchodního soudu v Praze sp. zn. 2Cm 24/1994 ze dne 25. února 1997.

⁶⁰ K tomu viz též Ondřejová, D.: Právní osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů v nekalosoutěžních sporech. Právní fórum, 2010, č. 2.

Tato kategorie osob byla zařazena mezi osoby oprávněné z práva nekalé soutěže z důvodu odstranění ekonomických nerovností mezi rušitelem a dotčenou osobou. Osoba nemusí být přímo členem právnické osoby, ale její práva musí být nekalosoutěžním jednáním přímo dotčena. Právnická osoba oprávněná hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů má tedy v tomto ohledu specifické postavení mezi osobami oprávněnými z práva proti nekalé soutěži.

Za zmínku rovněž stojí fakt, že vedle obchodního zákoníku upravuje právnické osoby oprávněné hájit zájmy spotřebitele rovněž zákon o ochraně spotřebitele, jehož ustanovení § 25 odst. 1 stanoví, že právní postavení sdružení stanoví zvláštní zákony. Dle poznámky pod čarou měl zákonodárce na mysli zejména občanský zákoník a zákon č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, ve znění pozdějších předpisů. Nejvýznamnějším rozdílem oproti úpravě v obchodního zákoníku je, že zákon o ochraně spotřebitele považuje za sdružení spotřebitelů a jiných právnických osob založených k ochraně spotřebitele i sdružení bez právní subjektivity. Rozdílné jsou však i pravomoci těchto sdružení – mají tzv. iniciační právo a právo na odpověď (viz ustanovení § 26 ZOS) a sdružení uvedená v ustanovení § 25 odst. 2 ZOS se dále mohou domáhat zdržovacího nároku u soudu.⁶¹

4.3 Osoby pomocné

Právní úprava práva proti nekalé soutěži se primárně věnuje postihu soutěžitelů (viz předcházející výklad). V obchodním zákoníku jsou však dva případy, kdy určité ustanovení směřuje proti osobám od soutěžitelů odlišných, mluvíme o osobách pomocných.⁶²

⁶¹ K tomu viz též čl. 3 směrnice ES 98/27/ES, o žalobách na zdržení se jednání v oblasti ochrany zájmů spotřebitelů.

⁶² S tímto pojmem pracuje brněnská učebnice In Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a

Za prvé se jedná o členy statutárních orgánů nebo jiných orgánů soutěžitele a dále též o osoby, které jsou v zaměstnaneckém (nebo obdobném) vztahu vůči soutěžiteli v případě podplácení dle ustanovení § 49 písm. b) ObchZ.

Za druhé jde o skutkovou podstatu porušení obchodního tajemství (ustanovení § 51 ObchZ), jehož se dopustí osoby, které se dozvěděly o obchodním tajemství (způsobem uvedeným v písm. a) nebo b) uvedeného ustanovení) a neoprávněně je zpřístupnily další osobě, nebo je využily ve svůj prospěch.

4.4 Spotřebitelé

Jak již bylo zmíněno v předcházejících kapitolách, autoři zabývající se právem proti nekalé soutěži přiznávají spotřebitelům různou důležitost. Obecně lze uvést, že přímá právní ochrana spotřebitele je jednou z významných novinek, díky níž můžeme odlišit prvorepublikovou právní úpravu od té současné.⁶³ Knap proto správně upozorňuje, že tento faktor lze třeba mít na zřeteli při nahlížení do tehdejší literatury a judikatury.⁶⁴

Obchodní zákoník pojem spotřebitele nijak nevymezuje, jen deklaruje ochranu spotřebitelů prostřednictvím předpisů o nekalé soutěži (ust. § 44 ObchZ) a přiznává jim aktivní legitimaci ve sporech z nekalé soutěže (§ 54 odst. 2 ObchZ).⁶⁵ Nezbyvá proto než na základě § 1 odst. 2 ObchZ použít obecnou občanskoprávní úpravu. Občanská zákoník pracuje s termínem spotřebitel zejména v Hlavě páté ("spotřebitelské smlouvy"). V § 52 odst. 3

kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. C. H. Beck 2007, s. 302. Večerková se drží trochu jiného členění a o těchto tzv. pomocných osobách se nezmiňuje.

⁶³ Jisté náznaky ochrany spotřebitele lze pozorovat již v úvodu zmíněném vládním nařízení č. 100/1966 Sb. (zejm. ustanovení § 83).

⁶⁴ Knap, K.: Právní ochrana hospodářské soutěže. Praha. ARCH 1993, s. 12.

⁶⁵ V ustanovení § 262 odst. 4 obchodního zákoníku se zmiňují *ustanovení směřující k ochraně spotřebitele*, toto ustanovení se však týká obchodních závazkových vztahů.

OZ se nachází legální definice spotřebitele:

"Spotřebitelem je fyzická osoba, která při uzavírání a plnění smlouvy nejedná v rámci své obchodní nebo jiné podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého podnikání."

Ustanovení § 2 odst. 1 ZOS a § 3 písm. a) ZOSU pak obsahuje následující definici spotřebitele:

"Spotřebitelem je fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání."

Z podané definice vyplývá, že se může jednat jen o osobu fyzickou, která však nejedná při uzavírání spotřebitelských smluv v rámci své podnikatelské činnosti. Nemůže tedy v žádném případě jít o podnikatele (ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 ObchZ), o osobu, která podniká (ustanovení § 2 odst. 1 ObchZ), ani o osobu, která jedná v rámci své obchodní činnosti.

Nutno dodat, že ještě do 1. srpna 2010 český právní řád zahrnoval pod pojem *spotřebitel* i nepodnikající právnické osoby, což bylo v rozporu s právem ES a tento nesoulad byl napraven až zákonem č. 155/2010 Sb., který změnil, mimo jiné, definici spotřebitele v občanském zákoníku i zákoně o ochraně spotřebitele tak aby odpovídala právu ES.⁶⁶

Spotřebitelskými smlouvami se potom rozumí (ustanovení § 52 odst. 1 občanského zákoníku):

"Spotřebitelskými smlouvami jsou smlouvy kupní, smlouvy o dílo, případně jiné smlouvy, pokud smluvními stranami jsou na jedné straně spotřebitel a

⁶⁶ Právo ES, resp. judikatura ESD, považuje za spotřebitele tradičně jen fyzické osoby. Viz například rozsudek ESD C 541 a 542/99 – Cape Snc. Idealservice Srl a Idealservice MN RE Sas v. OMAI ze dne 22. listopadu 2001.

na druhé straně dodavatel."

Právní postavení spotřebitele v rámci úpravy práva proti nekalé soutěži lze dovést jen nepřímou, zejména ze znění ustanovení § 41 ObchZ, kde je zcela jasné, že spotřebitel je osoba odlišná od soutěžitele, hlavně protože *nerozvíjí soutěžní činnost*.

Oproti soutěžiteli má spotřebitel znatelnou výhodu v některých sporech z nekalé soutěže. Jeho výhodnější postavení vyplývá z ustanovení § 54 odst. 2 ObchZ. Pokud totiž vznikne v uvedených případech spor, kde žalobcem bude soutěžitel, musí rušitel prokázat, že se jednání nekalé soutěže nedopustil. Dochází tedy k obrácení důkazního břemene.

Večerková přichází se zajímavou otázkou, a to, zda se spotřebitel může také sám dopustit nekalé soutěže? Vychází z toho, že každá nekalosoutěžně jednající osoba musí splnit tři podmínky:

1. jednání v hospodářské soutěži,
2. které je v rozporu s dobrými mravy a
3. je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům.

Poslední dvě podmínky lze jistě naplnit. Večerková dovozuje, že pokud by se pojem soutěžitel vykládal široce⁶⁷, lze za mimořádných okolností dospět k tomu, že se i takovýto spotřebitel může dopustit nekalé soutěže. Tento závěr aplikuje i na případ, kdy by se jeden spotřebitel dopustil nekalé soutěže na jiném spotřebiteli.⁶⁸ S touto konstrukcí lze v zásadě souhlasit. Zároveň k tomu poznamenávám, že v praxi se bude jistě jednat o jev zcela

⁶⁷ Viz předchozí výklad o soutěžitelích ad hoc, vznikající soutěžitel, fušer, atd.

⁶⁸ Večerková, E.: *Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly)*. Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 66.

výjimečný. O to zajímavější by jistě bylo, jak by takovou situaci vyřešil soud.

Do právní úpravy postavení spotřebitele v právu proti nekalé soutěži promluvila v nedávné době Směrnice o nekalých obchodních praktikách, která byla posléze transponována do českého právního řádu (více viz kapitola 10.2.4).

4.4.1 Průměrný spotřebitel a pojetí spotřebitele v judikatuře Evropského soudního dvora a českých soudů

Pro posouzení, zda v konkrétním případě došlo k porušení práva proti nekalé soutěži musí soudce posoudit, zda byla ohrožena nebo porušena spotřebitelova práva. Pro takové posouzení se v praxi vyvinulo hledisko tzv. průměrného (modelového) spotřebitele.⁶⁹ Tento pojem není přímo definován právními předpisy ES, ani českým právním řádem, ale byl postupně vytvářen na základě dlouhodobé rozhodovací praxe soudů a až poté byl tento pojem užit v právních předpisech ES (avšak dodnes schází jeho normativní definice a tak je obsah tohoto termínu vykládán v rámci rozhodovací soudní praxe).⁷⁰

Právní teorie tradičně rozlišuje empirický a normativní model spotřebitelského chování. Empirický model spotřebitelského chování byl převážně užíván zejména v zemích ovlivněných německou právní kulturou a tato metoda je založena na tom, že se soudce snaží zjistit, jak spotřebitelé

⁶⁹ Právní teorie i praxe používá jednotně pojem *průměrný spotřebitel*, ale např. Hajn preferuje spíše pojem "běžný spotřebitel" (v souladu se směrnicí o nekalých obchodních praktikách). In Hajn, P.: Oslabená ochrana spotřebitelů? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 2, s. 45. Návrh nového občanského zákoníku pak raději užívá pojmu "průměrný jednotlivec".

⁷⁰ Základ koncepce "průměrného spotřebitele" byl dán rozhodnutím ESD sp. zn. C-210/96 ve věci Gut Springenheide.

reálně reagují na určité poskytnuté informace, resp. jak by reagovat mohli. Tyto informace a přesná data proto byla často získávána prostřednictvím sociologických a dalších výzkumů. K právní kvalifikaci určité reklamy jako nekalé reklamy pak postačovalo, aby taková reklama byla způsobilá oklamat 5 až 15% osob, na něž se taková reklama obracela. Postupem času se však nároky na spotřebitele a jeho vnímavost snižovaly.

Na druhé straně normativní model spotřebitelského chování byl rozšířen zejména v zemích latinské právní kultury, kde si soudci kladli otázku, jak by se spotřebitel v určité situaci chovat měl a dle toho poté posuzovali, zda je v daném případě dána celková způsobilost ke klamání spotřebitelů, či nikoliv. V porovnání s německým modelem je spotřebitel vnímán příznivěji a počítá s jeho přirozenou inteligencí či pozorností. Následně docházelo a i v současnosti dochází k formálnímu i faktickému sblížení právního pojetí spotřebitele v zemích Evropské unie, mimo jiné prostřednictvím směrnic týkající se regulace reklamy (k tomu blíže viz kapitola 10.2).⁷¹

4.4.1.1 Spotřebitel v pojetí práva ES

S pojmem průměrného, resp. běžného, spotřebitele pracuje Směrnice o nekalých obchodních praktikách (viz preambule, bod 18.), dále pak rozlišuje určité specifické skupiny spotřebitelů, které jsou svým charakterem *obzvláště zranitelní* nekalými obchodními praktikami, a proto je žádoucí, aby se dopady obchodní praktiky posuzovaly z pohledu průměrného člena dané skupiny, zejména s ohledem na jejich příliš nízký nebo vysoký věk.⁷² Na preambuli navazuje ustanovení článku 5 odst. 2 a 3 Směrnice o nekalých obchodních praktikách, která stanovují, že pokud nekalá obchodní praktika

⁷¹ S použitím Hajn, P.: Ochrana spotřebitele proti klamavé reklamě – k rozhodovací praxi Evropského soudního dvora. Právní fórum, 2004, č. 2.

⁷² K tomu podobně viz též rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, sp. zn. 20Cdo 194/2005.

cílí na přesně vymezenou skupinu spotřebitelů, je nutné přihlédnout k hledisku průměrného člena takové skupiny, nikoliv jen na obecně určeného průměrného spotřebitele.⁷³

Evropský soudní dvůr se ve své rozhodovací praxi přiklonil spíše k normativnímu pojetí spotřebitelského chování. V recentní judikatuře ESD lze shledávat jistý posun ve vnímání spotřebitele prostřednictvím konstrukce tzv. evropského spotřebitele, který je natolik inteligentní a pozorný, aby rozpoznal běžné reklamní klamání a nedal se jednoduše zlákat k nákupu zboží nebo služeb.⁷⁴ Tento posun ve vnímání průměrného spotřebitele dopadá i na právní řád České republiky a dochází k postupnému procesu sjednocování, což je potvrzováno i rozhodnutími českých soudů.⁷⁵ Obecně lze tedy říci, že nastal posun ve vnímání spotřebitelského chování, a to od modelu empirického k modelu normativnímu. To jistě zjednoduší dokazování ve sporech z nekalé soutěže. Negativně naopak vnímám to, že může potenciálně docházet k bezdůvodnému zamítání žalob s poukazem na to, že spotřebitel se měl chovat pozorněji.

4.4.1.2 Judikatura českých soudů

Dle rozhodnutí českých soudů se za průměrného spotřebitele považuje *"spotřebitel, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory (jak je vykládáno*

⁷³ Směrnice o nekalých obchodních praktikách tak dokonce rozlišuje průměrného spotřebitele a průměrného člena určité skupiny, což umožňuje postihnout určitá jednání citelně postihující právě členy určité skupiny obyvatelstva.

⁷⁴ Například rozhodnutí ESD sp. zn. C-261/81 ve věci Walter Rau Lebensmittelwerke v. De Smedt.

⁷⁵ Například rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Odo 229/2006 ze dne 30. května 2007 a sp.zn. 32 Cdo 4661/2007 ze dne 23. října 2008.

ESD".⁷⁶ Dle současné rozhodovací praxe se *míra jeho pozornosti* má posuzovat přísněji než dříve (již nejen povrchní či zběžná pozornost, ale i rozumná míra pozornosti a opatrnosti).⁷⁷

4.5 Jiné osoby dotčené nekalou soutěží

Tato skupina osob se utvořila v právu proti nekalé soutěži až relativně nedávno, až v roce 2000. Do té doby totiž § 54 ObchZ zněl:

"Právo, aby se rušitel protiprávního jednání zdržel a aby odstranil závadný stav, může mimo případy uvedené v § 48 až 51 uplatnit kromě soutěžitele též právnická osoba oprávněná hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů."

Zde nám zákonodárce dává jasně najevo, že kromě soutěžitelů a spotřebitelů zde nejsou žádné jiné osoby, které by byly oprávněny k ochraně z práva proti nekalé soutěži.⁷⁸ V souvislosti se subjekty v nekalé soutěži se ještě před novelizací obchodního zákoníku vedla diskuze, zda vedle dotčených soutěžitelů a právnických osob oprávněných hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů patří mezi aktivně legitimované subjekty i subjekty jiné. Někteří autoři je zcela odmítali, jiní aktivní legitimaci těmto netradičním subjektům přiznávali. Tento svůj závěr opírali zejména o gramatický výklad ustanovení § 53 ObchZ.⁷⁹

Jednoznačné řešení přinesla až novela obchodního zákoníku provedená

⁷⁶ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, sp. zn. 33 Cdo 98/2008 ze dne 17. března 2010.

⁷⁷ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Cdo 229/2006 ze dne 23. října 2008 nebo sp. zn. 23 Cdo 2749/2008 ze dne 18. února 2009.

⁷⁸ Ani o tomto závěru však právní nauka nebyla zcela jednoznačně přesvědčena. Například Hajn a Munková se přikláněli k extenzivnímu výkladu, naopak Knap a Eliáš k restriktivnímu. Pojetí obou skupin je dobře popsáno v Rausově článku. In Raus, D.: Spory o nekalou soutěž a aktivní legitimace. Právní rádce, 1998, č. 3, s. 12.

⁷⁹ Pojem *netradiční subjekty* používá např. Ryška. In Ryška, M.: K ochraně netradičních subjektů ve sporech vyplývajících z nekalé soutěže. Právní rozhledy, 1997, č. 8, s. 418

zákonem č. 370/2000 Sb., která změnila znění tohoto zákonného ustanovení. Tuto změnu lze proto interpretovat jako vůli zákonodárce, aby tyto *další osoby* požívaly stejnou ochranu, jakou měly před novelizací jen soutěžitelé a právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů. Tento výklad potvrzuje i právní nauka.⁸⁰

Zmíněné osoby zákon dále nijak nerozvádí, právní teorie však dovozuje, že jde např. o osoby, kterých se dotkly určité formy zabraňovací soutěže (náhodní účastníci aktivit, k nimž dochází v souvislosti s konkurenčním bojem).

4.6 Další zákazníci

Zákon č. 152/2010 Sb. ze dne 21. dubna 2010, který novelizoval právní úpravu nekalé soutěže obsaženou v obchodním zákoníku, a to tak, že, mimo jiné, rozšířil osobní působnost generální klauzule o tzv. další zákazníky. Z důvodové zprávy k tomuto zákonu je zřejmé, že zákonodárce tak učinil zejména s ohledem na nárůst tzv. katalogových podvodů.⁸¹

Změnou definice generální klauzule došlo k tomu, že do kategorie *dalších zákazníků* budou nadále spadat osoby, které nelze jednoznačně považovat za spotřebitele či soutěžitele, ale tyto osoby budou mít právo domáhat se ochrany poskytnutého právem proti nekalé soutěži. Z důvodové zprávy k zákonu lze dále dovodit, že zákazník je pojmem širším než je spotřebitel,

⁸⁰ Např. Večerková, E.: *Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly)*. Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 66 a také Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: *Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo*. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 392 a mnoho dalších autorů.

⁸¹ Důvodová zpráva k zákonu zmiňuje potřebu rozšíření okruhu subjektů oprávněných k použití prostředků ochrany proti nekalým soutěžním jednáním i na obecněji pojaté subjekty. Díky takovému opatření pak v budoucnu nevznikne pochybnost o tom, zda pod subjekty oprávněné z nekalé soutěže spadají i subjekty, které nejsou podnikateli.

protože zahrnuje i podnikající osoby.⁸²

Tzv. další zákazníci mohou uplatňovat veškeré právní nároky z nekalé soutěže uvedené v obchodním zákoníku, přičemž i u zákazníků by bylo možné dovést stejný závěr jako jsem uvedl výše u spotřebitelů, ohledně jejich (neomezené) aktivní legitimace (opět za splnění podmínek stanovených v ustanovení § 53 ObchZ).

Zákazníci mohou ve sporech z nekalé soutěže vystupovat jen samostatně, vzhledem k tomu, že nejsou uvedeny ve výčtu v ustanovení § 54 odst. 1 ObchZ.

⁸² Přestože pojem zákazník *per definitionem* v sobě obsahuje i termín spotřebitel, zákon jej dále uvádí výslovně zvlášť.

5 GENERÁLNÍ KLAUZULE

5.1 Význam generální klauzule

Smíšenou metodu neboli generální ustanovení a na něj navazující vybrané skutkové podstaty používal již zákon proti nekalé soutěži a ač jsou zde určité rozdíly v terminologii oproti znění v obchodním zákoníku, lze v podstatě říci, že se zásadně neliší.

Jelikož jde o ustanovení značně obecné a nekonkrétní, lze jej vykládat velice pružně. Začleněním generální klauzule do právní úpravy nekalé soutěže se docílilo toho, že pokud se určité chování nedá subsumovat pod výslovně uvedené skutkové podstaty, aplikuje se přímo právě tato generální klauzule, která díky obecným znakům zajišťuje to, že subjekty nebudou obcházet vyjmenované skutkové podstaty jednáním jiným, skutkovým podstatám podobným, avšak pod ně nepodřaditelným.⁸³

Vztah těchto skutkových podstat a generální klauzule je vztahem kumulativním. Nejde tedy v žádném případě o vztah speciality, protože výčet skutkových podstat v ustanovení § 44 odst. 2 ObchZ pouze doplňuje a rozvádí základní ustanovení v odstavci prvním. To znamená, že pro to, aby určité jednání mohlo být postihnutelné dle ustanovení o nekalé soutěži, musí v každém případě naplňovat typové znaky generální klauzule, i pokud jej nelze zařadit pod konkrétní skutkovou podstatu. Z toho tedy vyplývá, že zde existuje mnoho jednání, která se budou postihovat "jen" podle generální

⁸³ "Protože si podnikatelská invence vždy najde způsob, jak škodit konkurenci nekalými jednáními výslovně nezakázanými." In Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. C. H. Beck 2007, s. 306.

Hajn tento jev pojmenovává termínem "*perverzní tvořivost*". Zároveň dodává, že i kdyby zákonodárce zapověděl sto nežádoucích soutěžních postupů, napadití konkurenti bojující o hospodářské přežití, objeví způsob sto prvy až x-tý, u nichž by pak bylo tím spornější, zda jsou dovoleny nebo zakázány. In Hajn, P.: Generální klauzule proti nekalé soutěži. Právní rádce, 1996, č. 8, s. 9.

klauzule a která pak zpravidla právní nauka dále zobecňuje a zařazuje je do *nepojmenovaných* skutkových podstat, protože je nelze podřadit pod zákonem vyjmenované skutkové podstaty.

Dalším důvodem, proč soudy mohou nalézat nové skutkové podstaty je to, že výčet v obchodním zákoníku je příkladný ("*zejména*"). Je tedy jasné, že zákonodárce počítal s tím, že soudy budou nalézat a postihovat další skutkové podstaty, v obchodním zákoníku výslovně neuvedené.

S čistě kazuistickou úpravou jsou v Evropě nedobré zkušenosti, protože osoby stále nacházely nové způsoby, jak tyto úzce vytyčené skutkové podstaty obcházet. Dalším důvodem nevhodnosti takové úpravy je to, že hospodářská soutěž je pojmem dynamickým, tzn. stále se vyvíjely a vyvíjejí nové druhy soutěžního boje, které se však vymykaly skutkovým podstatám uvedeným v právních předpisech a z tohoto důvodu bylo takové jednání právně nepostihnutelné, ač by to bylo z pohledu práva vhodné.

Dle mého názoru se, zejména z výše uvedených důvodů, vyvinula metoda generální klauzule, která je schopná dynamicky reagovat na nové způsoby soutěžního boje a tím zaručuje, že každé chování vykazující určité znaky bude postižitelné dle norem práva proti nekalé soutěži. Touto svojí funkcí také zároveň naplňuje smysl a podstatu práva proti nekalé soutěži.

Je vhodné zdůraznit jednu z významných funkcí generální klauzule. Generální klauzule totiž člení soutěžní jednání na dovolené a nedovolené, protože ne každé soutěžní jednání, ač může být další osobě nepříjemné nebo ho dokonce může subjektivně cítit jako újmu, je považováno za nekalosoutěžní. Vždy bude záviset na tom, zda jsou splněny všechny podmínky generální klauzule.

Generální klauzule je obsažena v ustanovení § 44 odst. 1 ObchZ a zní:

"Nekalou soutěží je jednání v hospodářské soutěži nebo v hospodářském styku, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a je způsobilé přivodit

újmu jiným soutěžitelům, spotřebitelům nebo dalším zákazníkům. Nekalá soutěž se zakazuje."

Z tohoto ustanovení jasně plynou podmínky, které zákonodárce vyžaduje pro to, aby se určité jednání dalo kvalifikovat jako nekalosoutěžní. Musí jít o takové jednání, které:

1. se uskutečňuje v hospodářské soutěži nebo v hospodářském styku,
2. odporuje dobrým mravům soutěže a
3. je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům, spotřebitelům nebo dalším zákazníkům.

Při kumulativním naplnění těchto podmínek lze posuzovat určité jednání jako jednání v rozporu s právem proti nekalé soutěži.⁸⁴

K tomu však přistupuje další nezbytný předpoklad, na nějž správně upozorňuje Munková a totiž, že bez dovětku odstavce ("*Nekalá soutěž se zakazuje.*") by sice určité jednání mohlo být považováno za nekalosoutěžní, avšak to by samo o sobě nepostačovalo k tomu, aby se poškozenému dostalo ochrany, a aby rušitel jednající v rozporu se zákonem byl náležitě potrestán. Jinými slovy, bez tohoto zákonného zákazu by nešly uplatnit právní prostředky ochrany, které nám nabízí ustanovení § 53 ObchZ.⁸⁵

Zákonem č. 152/2010 Sb. došlo k doplnění právní úpravy nekalé soutěže uvedené v obchodním zákoníku o ustanovení § 55, které nově stanovuje, že:

"Smlouva, její část nebo jednotlivé ustanovení, při jejímž uzavření byl

⁸⁴ K tomu též rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 4941/2008 ze dne 26. března 2009.

⁸⁵ Munková, J.: Právo proti nekalé soutěži. Komentář. 3. vydání. Praha. C. H. Beck 2008, s. 43.

porušen zákaz nekalé soutěže (§ 44 až 52), je od počátku neplatná."

Dle mého názoru tento závěr již vyplýval z dříve přijatého zákazu nekalé soutěže uvedeného v ustanovení § 44 odst. 1 ObchZ ve spojení s ustanovením § 39 OZ (dle ustanovení § 1 odst. 2 a § 266 an. ObchZ) a jedná se tedy o ustanovení nadbytečné.

Při posuzování určitého jednání by se mělo tedy nejdříve zjistit, zda jsou naplněny všechny znaky uvedené v generální klauzuli. Pokud, byť jen jeden schází, nelze v tomto případě hovořit o nekalé soutěži. Jsou-li však všechny tyto znaky dány, jde již o nekalou soutěž, kterou následně lze dle okolností daného případu subsumovat pod určitou skutkovou podstatu. V případě, že posuzované nekalosoutěžní jednání žádné z vyjmenovaných skutkových podstat nevyhovuje, je tento nekalosoutěžní delikt posuzován "pouze" dle generální klauzule.

Jednání v rozporu s ustanovením generální klauzule, jakož i následné naplnění některé ze skutkových podstat, je považováno za civilní delikty ohrožovací.⁸⁶ Jde o to, že postiženému nemusí reálně vzniknout újma, ale postačuje, že mu újma hrozí.

5.2 Znaky nekalé soutěže dle generální klauzule

5.2.1 Jednání v hospodářské soutěži nebo v hospodářském styku

Definice hospodářské soutěže je nejednoznačná. Ačkoliv se mnozí autoři pokoušejí o co nejpřesnější definici hospodářské soutěže, podstatné je to, jakou výšeč jednání lze zahrnout do hospodářské soutěže a které osoby se takového jednání mohou dopustit. Jinými slovy které osoby mohou být

⁸⁶ Tento závěr vyplývá zejména z posledního, třetího, znaku generální klauzule.

subjekty soutěžních vztahů.⁸⁷

Z ustanovení § 41 ObchZ můžeme učinit závěr, že okruh osob, jenž může potencionálně promlouvat do soutěžních vztahů, je dle obchodního zákoníku chápán velice široce. Munková zcela správně poukazuje na to, že nemusí jít jen o jednání, jehož cílem by bylo dosažení zisku. *Hospodářský prospěch* lze totiž chápat v souvislosti s hospodářskou soutěží extenzivně. Munková uvádí jako příklad odstranění konkurenta formou cenového podbízení, jestliže lze z okolností případu dovozovat, že mezi osobami je soutěžní vztah.⁸⁸ Hajn také uznává široké chápání soutěžního vztahu, ale zároveň upozorňuje na to, že soutěžní vztah nelze vnímat jako vztah bezbřehý. *"Ne každý případ, kdy jeden hospodářský subjekt způsobí újmu hospodářskému subjektu druhému (a omezí tím jeho soutěžní vyhlídky), se dá kvalifikovat jako soutěžní jednání ve smyslu právě vyloženém a může být řešen podle ustanovení o nekalé soutěži."* Hajn dále zdůrazňuje, že je třeba vztah soutěžní odlišovat od vztahu závazkového, protože cílem práva proti nekalé soutěži není postihnout všechny protiprávní postupy, ale jen nekalé soutěžní praktiky.⁸⁹

V této části mé práce jsem se doposud věnoval zejména osobám a soutěžnímu vztahu, jež je při nekalé soutěži doprovází. Je tu však ještě další prvek – *soutěžní záměr*. Tento element není výslovně uveden v generální klauzuli, ale jeho význam lze dovodit výkladem. Musí tedy jít o soutěžní jednání, které je vedeno určitou pohnutkou, motivem, jímž je zpravidla dosažení zisku

⁸⁷ *"Více či méně scholastických definic hospodářské soutěže je celá řada. Definovat přesně tak mnohostranný a složitý jev, jakým je soutěž, je možné jen na vysokém stupni abstrakce, což ovšem zase znamená praktickou nepoužitelnost takové definice."* In Bejček, J.: Pojem soutěže a soutěž jejich cílů. Právní praxe v podnikání, 1996, č. 5, s. 6.

⁸⁸ Munková, J.: Právo proti nekalé soutěži. Komentář. 3. vydání. Praha. C. H. Beck 2008, s. 43.

⁸⁹ Hajn, P.: Právo nekalé soutěže. Brno. Masarykova univerzita 1994, s. 6.

(příp. obecně hospodářského prospěchu).⁹⁰

Z charakteru hospodářské soutěže a navazujících soutěžních vztahů lze dovodit, že nelze předem přesně říci, jaké osoby budou subjekty soutěžního vztahu. Jde o vztahy značně dynamické a proměnlivé a je proto nutné zjišťovat s ohledem na konkrétní okolnosti případu *ad hoc*. Okruh těchto osob můžeme jen obecně charakterizovat jako osoby, které jsou nějakým způsobem dotčené nekalou soutěží, přičemž není vyloučeno, aby jménem těchto osob jednali např. zákonní zástupci (např. zaměstnanci) soutěžitele.⁹¹

Dle Nejvyššího soudu pro posouzení, zda se jedná o jednání v hospodářské soutěži, není rozhodující místo, kde se podnikání uskutečňuje, ani charakter podnikání soutěžitelů, nýbrž skutečnost, zda jednání jednoho soutěžitele (tj. kteréhokoliv účastníka hospodářské soutěže) zasahuje do sféry činnosti soutěžitele druhého.⁹²

Novelou provedenou zákonem č. 152/2010 Sb. došlo k rozšíření věcné působnosti generální klauzule a to tak, že zahrnuje i jednání v hospodářském styku, tedy nejen v hospodářské soutěži.⁹³ Dále byla též rozšířena osobní působnost generální klauzule, k tomu dále viz kapitola 5.

⁹⁰ Soutěžní pohnutku nelze zaměňovat za úmysl – viz rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 4941/2008 ze dne 26. března 2009.

⁹¹ Viz rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 2343/2009 ze dne 20. září 2009: "*V posuzovaném případě tak může jít o nekalosoutěžní jednání druhého žalovaného, i když druhý žalovaný nejednal "vlastním jménem", nýbrž jako zákonný zástupce (zaměstnanec) svého zaměstnavatele (jiného soutěžitele), neboť i v rámci zastoupení mohl druhý žalovaný naplnit soutěžní záměr. Skutečnost, že druhý žalovaný jednal jako zaměstnanec jiného soutěžitele, není, jak nesprávně dovodil odvolací soud, rozhodující pro posouzení soutěžního vztahu druhého žalovaného k žalobkyni...Soutěžní vztah mezi žalobkyní a druhým žalovaným by nebyl naplněn, pokud by druhý žalovaný pouze plnil své pracovní úkoly, aniž by sledoval výše uvedený soutěžní záměr.*"

⁹² Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 1345/2009 ze dne 28. května 2010.

⁹³ Jedná se o pojem širší, než je hospodářská soutěž, ale mělo by jít o jednání soutěžitele v rámci jeho podnikání, jehož účelem by mělo být prosazení se v určité podnikatelské oblasti (v rámci hospodářské soutěže). Stejný názor má i Hajn In Hajn, P.: Právní válka o Valašské království. Právo a byznys, 2011, č. 1, s. 51.

5.2.2 Rozpor s dobrými mravy soutěže

Podstatou tohoto znaku nekalé soutěže je odlišit obecný pojem *dobré mravy* od pojmu *dobré mravy soutěže*.⁹⁴ Zákonodárce, jistě úmyslně, pozměnil obecně známý termín, protože důsledky, pro posuzování určitého jednání jako nekalosoutěžního, jsou velice významné. *"Dává tím zřetelně najevo, že při konkurenčních jednáních platí pravidla jiné morálky než normativní příkazy dobrých mravů v obecném slova smyslu."*⁹⁵

Obdobná úprava se nacházela již v zákoně proti nekalé soutěži a i navazující soudní judikatura se přikláněla k výše uvedenému výkladu.⁹⁶

Důvody jsou zcela jistě dány charakterem hospodářské soutěže, která je založená na konfliktech, střetech a soubojích konkurentů, kteří se snaží o zničení konkurenta a ovládnutí trhu. Vzhledem k řečenému, je logické, že v hospodářské soutěži lze běžně narazit na jednání, která se přičí dobrým mravům v obecném slova smyslu, ale přesto nebudou v rozporu s dobrými mravy soutěže. Tento pojem není nikde v zákoně definován, jednak proto, že to není dost dobře možné, jednak by to bylo i zbytečné. Je totiž nesporné, že soudy musejí určité jednání posuzovat konkrétně, na základě zjištěných okolností případu. Eliáš tento problém výstižně popsal: *"Dobrymi mravy soutěže se nerozumí a priori (nebo ex post) konstruovaná hypotetická morální pravidla, ale faktická morálka existující buď v obchodě vůbec, nebo alespoň*

⁹⁴ Výklad pojmu *dobré mravy* viz například Nesnídal, J.: Dobré mravy – právní povinnost. Právní rádce, 1999, č. 3, s. 12-13.

⁹⁵ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 308.

⁹⁶ Viz například rozhodnutí čis. 12336 Vážný: *"V onom směru jest rozlišovati mezi dobrými mravy vůbec a mezi dobrými mravy soutěže. Jsou jednání, jež jsou sice podle zásad obecné morálky nezávadná, mohou však býti závadná s přísnějšího hlediska dobrých mravů soutěže; naproti tomu nesmí však ani při obchodním styku ani při soutěži jednání a zvyklosti odporovati požadavkům občanské morálky."* Dále také např. rozhodnutí čis. 12334 Vážný. In Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Praha. C. H. BECK 2000, s. 368-370.

*v příslušném obchodním odvětví."*⁹⁷

Lze také říci, že ne každé porušení zásad poctivého hospodářského styku musí být v rozporu s dobrými mravy soutěže. V rozporu je jen to porušení, které je způsobilé hospodářskou soutěž deformovat a potlačit tak její pozitivní funkci a tím i vylučuje samotnou funkci a smysl práva proti nekalé soutěži.

Zákon nevyžaduje, aby jednání, které je shledáno v rozporu s dobrými mravy, bylo zahrnuto zaviněním. Zcela postačuje, jsou-li naplněny objektivní znaky uvedené v zákoně. Z hlediska důkazního řízení před soudem je nutno podotknout, že závěr, zda se jedná o jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže, je závěrem právním.⁹⁸

Je třeba zdůraznit, že pojem dobré mravy soutěže se nekryje s obchodními zvyklostmi. Jsou zde totiž obchodní zvyklosti značně pochybné, které však dosud nebyly nikterak právně postihnuty a to jen z toho důvodu, že tyto praktiky zatím nikdo nezažaloval. Dle klasického principu *kde není žalobce, není ani soudce*.

5.2.3 Způsobilost přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům

Tento znak, stejně jako oba předchozí, není zákonem definován. Pojmy *soutěžitel* a *spotřebitel* jsem již vysvětlil v kapitole 4.

Ze slovního vyjádření "*...způsobilé...*" lze dovodit, že se jedná o ohrožovací

⁹⁷ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 308.

⁹⁸ K tomuto závěru došel již prvorepublikový Nejvyšší soud v rozhodnutí čis. 10521 Vážný: "*Otázka, zda jde o rozpor s dobrými mravy soutěže, jest otázkou právní, nikoli skutkovou. Řeší ji proto soudy podle svého mravního a právního, zákonům odpovídajícímu přesvědčení, nikoli znalci.*" In Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Praha. C. H. Beck 2000, s. 338.

delikt. Nedochozí tak k postihu jen nekalosoutěžního jednání, které jinou osobu poškodí, ale také již tehdy, je-li jen způsobilé přivodit újmu, samozřejmě pokud zároveň naplňuje i ostatní zákonné znaky. Lze si představit mnoho jednání, která mohou *být způsobilá přivodit újmu*, avšak pro nesplnění ostatních podmínek (byť jen jedné), je nelze považovat za nekalou soutěž. Zákon výslovně vyžaduje, aby další osobě újma alespoň hrozila. Toto pojetí má značný preventivní význam. Subjekty hospodářské soutěže si totiž musí uvědomovat, že mohou být postiženi za jednání, která naplňují znaky nekalé soutěže, aniž by vznikla jakákoliv újma.⁹⁹

O tom, zda jednání je či není v rozporu s dobrými mravy soutěže a zda je či není způsobilé přivodit újmu soutěžiteli, spotřebiteli nebo zákazníkovi rozhoduje výhradně soud.¹⁰⁰

Zákonodárce úmyslně použil v ustanovení § 41 odst. 1 ObchZ termín *újma* a ne *škoda*. Újma je totiž pojmem podstatně širším a lze za ní považovat i penězi nevyčíslitelné statky (nemateriální újmu jako např. ohrožení dobré pověsti soutěžitele, porušování práva na soukromí, atd.). Večerková usuzuje, že za nemateriální újmu lze považovat vše, co omezuje spotřebitelův komfort, resp. vše, co mu bere čas a klid.¹⁰¹

Je zcela nezbytné vždy při uplatňování nároku na náhradu škody vyčíslit rozsah škody. To znamená, že v případech "pouze" hrozící újmy lze v žalobě požadovat jen nároky na zdržení se, odstranění protiprávního stavu nebo požadovat přiměřené zadostiučinění.

⁹⁹ "Principiálně není podstatné, zda nekalý soutěžitel sledoval dosažení nějakého prospěchu nebo zda toho prospěchu dosáhl (to může mít význam jen pro míru jeho postihu)". In Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. C. H. Beck 2007, s. 309.

¹⁰⁰ Viz též rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 1057/2009 ze dne 30. října 2009.

¹⁰¹ Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly). Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 140-141.

Dále dodávám, že znění dle zákona proti nekalé soutěži je v podstatě shodné s obchodním zákoníkem. Shledávám zde jen dvě výraznější odchylky. První spočívá v tom, že obchodní zákoník mluví též o soutěžitelích, na něž zákon proti nekalé soutěži vůbec nepamatuje, je tedy založen na širším pojetí soutěžitele. Druhá odlišnost je ta, že zákon proti nekalé soutěži mluví o *způsobilosti poškoditi*, což v sobě zahrnuje jen škodu materiální, kdežto obchodní zákoník pracuje s pojmem *újma*, který zahrnuje též nehmotnou újmu. Tyto odchylky musíme brát do úvahy zejména při aplikaci prvorepublikové judikatury.

5.2.4 Samostatné používání generální klauzule

Jak jsem již v úvodu této kapitoly zmínil, pro posouzení určitého jednání jako nekalosoutěžního je v každém případě potřeba, aby takové jednání naplnilo znaky generální klauzule. Až následně je možné jej podřadit pod určitou skutkovou podstatu. Existuje tu však mnoho případů, kdy takové jednání pod žádnou z vyjmenovaných skutkových podstat nezapadá. Nezbude nám potom nic jiného, než takové jednání posuzovat "jen" podle generální klauzule. Hajn k tomu uvádí, že česká žalobní praxe se obecně raději opírala o speciální (pojmenované) skutkové podstaty nekalé soutěže, neboť to vyžadovalo méně náročný způsob právní argumentace. I soudy nižších stupňů bývaly někdy rezervované, pokud měly posuzovat žalobní návrhy pouze dle ustanovení generální klauzule. Taková rozhodnutí korigovala až rozhodnutí odvolacích instancí, viz např. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze 3 Cmo 253/97.¹⁰²

Právní nauka na základě ustálené soudní praxe vytvořila několik nových skutkových podstat. Zejména se jedná o časté, opakující se případy naplňující znaky generální klauzule. Právní teorie tyto případy systematizuje a tím

¹⁰² Hajn, P.: Jak postihnout nekalé jednání vůči soutěžitelům nebo spotřebitelům (O smyslu evropských směrnic). *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 9, s. 243.

vlastně vytváří nové skutkové podstaty. V těchto případech mluvíme o *soudcovských* skutkových podstatách nebo také též o skutkových podstatách *nepojmenovaných*.

Večerková¹⁰³ s Hajnem¹⁰⁴ shodně roztrídili soudcovské skutkové podstaty takto:

1. Porušení nejrůznějších norem práva veřejného či soukromého, jehož důsledkem je zisk neoprávněné soutěžní výhody,
2. Nepřiměřené formy lákání zákazníků,
3. Nepřiměřené formy obtěžování zákazníka,
4. Obchodní praktiky těžící z pocitu vděčnosti,
5. Obchodní praktiky těžící ze soucitu,
6. Reklama těžící z toho, že vyvolává přehnaný, neodůvodněný strach,
7. Zneužití lidské záliby ve hře,
8. Obchodní systémy označované jako lavina, hydra, sněhová koule,
9. Používání laiků k náborové činnosti pro určité druhy zboží či služeb,
10. Různé formy zabraňovací soutěže,
11. Různé formy skryté reklamy,
12. Zneužití nositelů společenské autority k reklamní činnosti,

¹⁰³ Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly). Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 115-117.

¹⁰⁴ Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno. Masarykova univerzita 2000, s. 129-131.

13. Ohrožování svobody spotřebitelova rozhodnutí,

14. Parazitní kořistění z výkonů soutěžitelových.

Munková¹⁰⁵ uvádí seznam nepojmenovaných, ale v zahraničí vcelku běžně reprobovaných jednání:

1. Nesprávné údaje při výprodejích,
2. Údaje o dodávkové povinnosti,
3. Různé formy diskriminačního bojkotu,
4. Nepřiměřené lákání zákazníků,
5. Lavina,
6. Skrytá reklama.

Tato jednání jsou také uvedena v zákoně č. 36/2008 Sb., který novelizoval zákon o ochraně spotřebitele. Jedná se o jednání ve vztahu ke spotřebitelům, lze je však vztáhnout též na vztahy dle generální klauzule.

Eliáš také upozorňuje na přílohu č. 1 Směrnice o nekalých obchodních praktikách, kde je obsažen seznam 23 klamavých praktik a 8 praktik agresivních.¹⁰⁶ Tento seznam je významný zejména z toho pohledu, že výslovně uvádí mnohá nekalosoutěžní jednání, která byla do té doby "jen" soudcovskými skutkovými podstatami postižitelnými podle generální klauzule. Eliáš zdůrazňuje, že to má význam ve státech, kde je postih podle

¹⁰⁵ Munková J.: Právo proti nekalé soutěži. Komentář. Praha. C. H. Beck 2008, s. 49-50.

¹⁰⁶ Tato směrnice byla provedena do českého právního řádu právě výše zmíněným zákonem č. 36/2008 Sb.

samostatné generální klauzule méně častý (např. v České republice).¹⁰⁷

Obecně se dá říci, že generální klauzule má svůj význam též ve vztahu k právu Evropských společenství. V posledních letech dochází k postupné právní úpravě práva proti nekalé soutěži, a to zejména prostřednictvím směrnic. Právě obecná ustanovení typu generální klauzule potom umožňují národním soudům reagovat na úpravu přijatou evropskými směrnicemi ještě před tím, než bude právní úprava evropských směrnic promítnuta do národního právního řádu.

K vymezení soudcovských podstat lze říci, že se nejedná o seznam statický a už vůbec ne neměnný. Jsou jednání, která byla dříve postihována právem proti nekalé soutěži, ale stala se již jednáními dovolenými a naopak.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 348-351.

¹⁰⁸ Eliáš uvádí tendence ve změně pojetí přetahování zákazníků a zaměstnanců, nebo také tzv. nasycení trhu. Tato jednání byla dříve daleko citlivěji postihována, než tomu tak je v současnosti. In Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. C. H. Beck 2007, s. 358-360.

6 REKLAMA V NEKALÉ SOUTĚŽI – KLAMAVÁ, SROVNÁVACÍ A NEKALÁ REKLAMA

6.1 Obecně o klamavé a srovnávací reklamě

Základní právní úprava klamavé reklamy závaznou pro Českou republiku se nachází jednak v ustanovení § 45 ObchZ a jednak ve Směrnici o klamavé reklamě, ve znění Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě, která významně novelizovala předcházející směrnici tak, aby zahrnovala i srovnávací reklamu. Tato směrnice byla dále kodifikována souhrnně pro klamavou i srovnávací reklamu v Kodifikované směrnici o klamavé a srovnávací reklamě. Po přijetí Směrnice o nekalých obchodních praktikách došlo k rozštěpení právní úpravy do dvou oblastí. S tím, že v současnosti k ochraně spotřebitelů slouží Směrnice o nekalých obchodních praktikách a k ochraně podnikatelů pak slouží úprava ve Směrnici o klamavé a srovnávací reklamě.

Skutkovou podstatu nekalé reklamy znal již prvorepublikový zákon proti nekalé soutěži.¹⁰⁹ Avšak jeho široké pojetí v sobě zahrnovalo i další,

¹⁰⁹ Ustanovení zákona proti nekalé soutěži o nekalé reklamě znělo:

"2. Nekalá reklama.

§ 2

(1) Kdo veřejně učiní nebo rozšiřuje o poměrech vlastního nebo cizího podniku údaje, které jsou způsobilé oklamati a zjednati tím podniku tomu na úkor jiných soutěžitelů přednost při soutěži, může býti žalován, aby se zdržel těchto údajů a odstranil závadný stav.

(2) Náleží sem zejména údaje o jakosti a množství zboží nebo výkonu, o pramenech nákupních, místech a poměrech odbytových, poměrech majetkových a úvěrových, o způsobu výroby nebo stanovení cen zboží nebo výkonů, o výrobních nebo obchodních metodách, o vyznamenáních nebo oprávněních, osobních poměrech, trvání nebo rozsahu podniku, o podnětu, příčině nebo účelu prodeje nebo výkonu nebo o stavu zásob. Údajem rozumí se i vyobrazení nebo jakékoli zařízení, které má slovní, písemný nebo tištěný údaj nahraditi a je k tomu způsobilé.

(3) Při posuzování, zdali údaj je způsobilý oklamati, dlužno přihlížeti i k dodatkům (na př. "druh", "typ", "způsob" a pod.), výpustkám, zkratkám, jakož i k zevnější úpravě. Způsobilé

v současném obchodním zákoníku samostatně uvedené nekalosoutěžní delikty (např. klamavé označení zboží a služeb, vyvolání nebezpečí záměny, zlehčování).

Současná úprava klamavé a srovnávací reklamy se nachází v několika právních předpisech jak soukromoprávní, tak i veřejnoprávní povahy. Mezi nejvýznamnější veřejnoprávní předpisy regulující reklamu patří zákon o regulaci reklamy, tiskový zákon, zákon o rozhlasovém a televizním vysílání, zákon o ochraně spotřebitele (blíže viz kapitola 9). Soukromoprávní úpravu reklamy upravuje zejména obchodní zákoník, občanský zákoník a autorský zákon.

K tomu se připojuje *Etický kodex reklamy* vydaný Radou pro reklamu. Kodex nenahrazuje právní regulaci reklamy, ale navazuje na ni doplněním etických zásad.

oklamati mohou být i údaje správné, hledíc k jejich zvláštní úpravě.

(4) Veřejně byl učiněn údaj i tehdy, stal-li se ve sděleních pro větší okruh osob, zejména v nápisech na zboží nebo jeho obalech, ve vyhláškách, obchodních oběžnicích, cenících a tiskopisech.

(5) Věděl-li jednající nebo musil-li vědět, že údaje jeho jsou způsobilé oklamati a zjednati tím soutěžiteli na úkor jiných soutěžitelů přednost při soutěži, může být žalován i o náhradu škody.

(6) O údajích nesoucích se k původu zboží platí ustanovení o nesprávném označování původu zboží (§ § 4 až 9).

§ 3

(1) Byly-li údaje uvedené v § 2 uveřejněny v rozšiřovaném tiskopise, mohou být žalováni o náhradu škody ti, kdož spolupůsobili při redakci, vydání, tisku nebo při obvyklém rozšiřování tiskopisu, jedině tehdy, věděli-li, že údaje jsou způsobilé oklamati a zjednati tím soutěžiteli přednost na úkor jiných soutěžitelů.

(2) Je-li z obsahu nebo ze způsobu uveřejnění patrné, že uveřejnění stalo se za úplaty, může být žalován za podmínek § 2, odst. 5, o náhradu škody jedině původce. Původcem jest, kdo proto, aby zpráva byla tiskem uveřejněna, zprávu sepsal nebo v tom obsahu, jak byla uveřejněna, ji objednal nebo dal informaci v takové zprávě použitou, pokud zpráva souhlasí s informací.

(3) Těchto předpisů jest přiměřeně použití na údaje rozšiřované světelnou nebo zvukovou reklamou.”

Základní právní úpravu reklamy obsahuje obchodní zákoník v ustanoveních § 44 odst. 1, § 45 a § 50a. Regulaci reklamy v obchodním zákoníku lze teoreticky rozdělit na *reklamu nekalou*, ta splňuje podmínky generální klauzule nebo jiného ustanovení nekalé soutěže (zlehčování dle ustanovení § 50 ObchZ, parazitování na pověsti dle ustanovení § 48 ObchZ, vyvolání nebezpečí záměny dle ustanovení § 47 ObchZ), ale zároveň ji nelze podřadit pod skutkovou podstatu uvedenou v ustanovení § 45 ObchZ nebo v § 50a ObchZ.¹¹⁰ Další skupina nekalosoutěžní reklamy splňuje podmínky generální klauzule a zároveň vyhovuje vymezení klamavé nebo srovnávací reklamy v § 45 a § 50a ObchZ. Nekalá reklama v sobě zahrnuje daleko více nekalosoutěžních jednání než reklama klamavá nebo srovnávací, je tedy pojmem širším. Hajn k tomu dále upozorňuje, že v některých případech bude hranice mezi oběma druhy nekalosoutěžní reklamy těžko rozpoznatelná. Například pokud v sobě bude nekalá reklama zahrnovat určité prvky klamavé reklamy.¹¹¹ Večerková proto navrhuje, aby se klamavá reklama upravila zejména v tom smyslu, že by nově došlo k přejmenování skutkové podstaty na nekalou reklamu a následně by plnila funkci jakési *malé generální klauzule*.¹¹² Toto řešení je logické, protože za současného stavu právní úpravy by mělo být postihováno daleko více jednání dle generální klauzule než dle ustanovení o klamavé reklamě, což podle mého názoru nelze považovat za příznivou praxi. Lze si povšimnout, že i v dalších skutkových podstatách uvedených v obchodním zákoníku jsou obsaženy prvky nekalosoutěžní reklamy (např. parazitování na pověsti, zlehčování). Pokud by však v obchodním zákoníku existovala široce formulovaná

¹¹⁰ Právní nauka používá pro tento typ nekalosoutěžní reklamy termín *nekalá reklama*. Tedy termín, který používal již zákon proti nekalé soutěži, v jehož pojetí byla nekalá klamavá reklama posuzována velice široce.

¹¹¹ Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno. Masarykova univerzita 2000, s. 142.

¹¹² Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly). Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 228.

skutková podstata nekalé reklamy, dala by se většina nekalosoutěžních jednání týkající se reklamy subsumovat pod toto ustanovení, včetně nových forem nekalé reklamy. Touto úpravou bychom se také přiblížili úpravě obsažené již dříve v zákoně proti nekalé soutěži.

Nutno však podotknout, že i přesto, že zákonodárce pojal skutkovou podstatu klamavé reklamy relativně úzce, lze i jiné nepatřičné formy stíhat dle ustanovení generální klauzule. Tento princip mimo jiné platil i o srovnávací reklamě před novelou obchodního zákoníku.

6.2 Klamavá reklama

Skutková podstata klamavé reklamy je obsažena v ustanovení § 45 ObchZ. Pro kvalifikaci určitého jednání pod toto ustanovení, je potřeba, aby takové jednání kumulativně splňovalo všechny zákonem stanovené podmínky. Jedná se o to, aby byly současně dány tyto pojmové znaky:

1. šíření údajů o vlastním nebo cizím podniku, o jeho výrobcích či výkonech, které je
2. způsobilé vyvolat klamnou představu a
3. zjednat tím vlastnímu nebo cizímu podniku v hospodářské soutěži prospěch na úkor jiných soutěžitelů či spotřebitelů.

6.2.1 Způsob šíření

Obchodní zákoník *údaj* nijak nedefinuje. Dle Hajna jím lze rozumět *jakoukoliv výpověď soutěžitele o určitých skutečnostech nebo hodnocení týkající se vlastního nebo cizího podniku, vlastních nebo cizích výrobků, nebo kterou je možno použít k účelům reklamy a která je objektivně způsobilá*

*vyvolat o nich klamnou představu.*¹¹³

Ustanovení § 45 odst. 2 ObchZ vymezuje, co se rozumí šířením údajů. Na první pohled se jedná o uzavřený výčet způsobů šíření jednání. Hajn kritizuje poslední bod výčtu - *jiný sdělovací prostředek* - pro jeho neurčitost. Nakonec se však přiklání k tomu, že lze pod tento pojem zahrnout jakýkoliv jiný prostředek, jímž si lidé vyměňují informace.¹¹⁴ Osobně souhlasím se stanoviskem Večerkové, která považuje výčet uvedený v ustanovení § 45 odst. 2 ObchZ, který zahrnuje jiné obdobné způsoby šíření údajů, za demonstrativní. Tato *pojistka* bude zahrnovat například i komunikaci gesty, posunky, prostřednictvím uměleckého představení, protože tyto formy komunikace nelze zahrnout pod předchozí body výčtu.¹¹⁵

Zákon nerozlišuje, zda by mělo jít o veřejné, nebo o neveřejné šíření údajů. V tomto případě lze výkladem dovodit, že skutkovou podstatu klamavé reklamy lze naplnit obojím způsobem.¹¹⁶

Dle mého názoru však nepůjde o klamavou reklamu tehdy, když by docházelo k předávání údajů (způsobilých způsobit újmu) např. neveřejně v rámci rodiny, protože by se potom nejednalo o jednání proti dobrým mravům soutěže. Tím by pak nebyla naplněna nezbytná podmínka generální klauzule pro postih nekalé soutěže.

V souladu se Směrnicí o nekalých obchodních praktikách, blíže popsanou v kapitole 10.2.4, pak musí být vykládána i ustanovení obchodního zákoníku

¹¹³ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář, 11. vydání. Praha. C. H. Beck 2009, s. 176.

¹¹⁴ Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno. Masarykova univerzita 2000, s. 143.

¹¹⁵ K tomu viz rozhodnutí Vážný č. 16965.

¹¹⁶ Na rozdíl od ustanovení § 2 odst. 1 ZPNS, které požadovalo, aby došlo k veřejnému šíření údajů, k tomu navíc ustanovení § 2 odst. 4 ZPNS vymezovalo, co se rozumí veřejným šířením údajů.

ohledně klamavé reklamě. To mimo jiné znamená, že klamavou reklamou může být i opomenutí uvedení určitých údajů, resp. uvedení údajů nejasným, nesrozumitelným nebo nejednoznačným způsobem (viz čl. 7 - Klamavá opomenutí).¹¹⁷

6.2.2 Objekt šířených údajů

Objekt je vymezen již v samotné definici klamavé reklamy. Objektem klamavé reklamy může být vlastní nebo cizí podnik, výrobky vlastního nebo cizího podniku a výkony vlastního nebo cizího podniku. Aby byla naplněna skutková podstata klamavé reklamy, musí dojít k šíření údajů alespoň o jednom z vyjmenovaných objektů. Znovu dodávám, že nekalá soutěž se postihuje bez ohledu na zavinění.

Podle mého názoru je termín *podnik* uvedený v tomto zákonném ustanovení zvolen nešťastně. Nejde o subjekt právních vztahů, nemá totiž samostatnou právní subjektivitu. Podnik je vymezen v ustanovení § 5 ObchZ jako soubor hmotných, jakož i osobnostních a nehmotných složek podnikání. K podniku náleží věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které patří podnikateli a slouží k provozování podniku nebo vzhledem k své povaze mají tomuto účelu sloužit. Dále je řečeno, že se jedná o věc v právním smyslu, konkrétně o věc hromadnou. Jde tedy o předmět právních vztahů. Pojem *podnik* používal již zákon proti nekalé soutěži a domnívám se proto, že byl pouze mechanicky převzat do obchodního zákoníku, ačkoliv se obsah pojmu významně změnil. Proto bych se přikláněl k tomu, aby pojem *podnik* byl nahrazen pojmem *soutěžitel*, který přesněji vystihuje smysl a účel zákonného ustanovení.

¹¹⁷ K tomu též Hajn, P.: Jak vykládat klamavá opomenutí v reklamě? (Aneb dobře rozhoduje, kdo dobře rozlišuje). Obchodněprávní revue, 2009, č. 4, s. 97.

6.2.3 Druh šířených údajů

Obchodní zákoník nikterak tyto údaje nespécifikuje. Zákon proti nekalé soutěži vyjmenovával druhy údajů, avšak jednalo se o výčet demonstrativní, takže spíše jen naznačoval, jaké druhy údajů jsou postihnutelné dle ustanovení zákona proti nekalé soutěži o nekalé reklamě. Na základě znění ustanovení § 45 ObchZ lze jen rozlišovat údaje *způsobilé vyvolat klamnou představu* (pravdivé i nepravdivé) a údaje, jež mohou uvést v *omyl* (jen pravdivé).

6.2.4 Způsobilost údajů vyvolat klamnou představu

Zakázány jsou klamavé údaje. Není rozhodující, zda jsou pravdivé nebo nepravdivé.¹¹⁸ Způsobilost údajů vyvolat klamnou představu nesmí být zaměňováno za nepravdivé údaje. V mnohých případech půjde o údaje pravdivé, přesto způsobilé vyvolat klamnou představu. Lze si představit i údaj nepravdivý, ale nezpůsobilý vyvolat klamnou představu. Půjde zejména o případy běžného reklamního přehánění, na němž je v podstatě reklama postavena. Jako klamavé lze interpretovat i údaje naprosto pravdivé, ale je zavádějící způsob, jakým jsou učiněny.¹¹⁹ Jde o způsobilost vyvolat klamnou představu. Bude se pak jednat o nekalou soutěž i tehdy, když k vlastnímu klamání vůbec nedojde, ale bude objektivně způsobilé tento následek způsobit. Je třeba dodat, že určitá míra přehánění není v reklamě ničím neobvyklým, ba naopak.¹²⁰ Naopak i pravdivý údaj může být klamavý, pokud

¹¹⁸ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 315.

¹¹⁹ K tomu též rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 1267/2008 ze dne 17. února 2010: "*Uvedení pravdivé informace nelze považovat za jednání naplňující znaky § 45 obch. zák., a že by tato informace byla klamavá v tom smyslu, že by mohla uvést v omyl vzhledem k okolnostem a souvislostem, za nichž byla učiněna; popisovala-li jen daný stav v konkrétních časových a místních souvislostech.*"

¹²⁰ V nauce se mluví o reklamě barnumské nebo dryjáčnické.

je vzhledem k okolnostem a souvislostem za nichž byl učiněn, způsobilý vyvolat *omyl* (ustanovení § 45 odst. 3 ObchZ).

Vždy je třeba klamavost posuzovat z pohledu průměrného člověka. Soud by tedy měl brát do úvahy běžné znalosti, které se dají u průměrného člověka předpokládat. K pojetí průměrného člověka (spotřebitele) viz kapitola 4.4.1.

Večerková upozorňuje na rozdíl ve zněních obchodního zákoníku a zákona proti nekalé soutěži. Zákon proti nekalé soutěži pracoval s formulací *údaje, které jsou způsobilé*, kdežto obchodní zákoník požaduje *šíření údajů, které je způsobilé*. Tato změna v praxi znamená to, že samotné *učinění* klamavého údaje nepostačuje. Klamavé reklamy se nedopustí ani tehdy, když údaj sám o sobě je způsobilý vyvolat klamavou představu, ale nedošlo k šíření tohoto údaje takovým způsobem, aby mohl být způsobilý vyvolat klamnou představu.¹²¹

V tomto případě bych se přikláněl spíše k současné právní úpravě, protože samotné *učinění* údaje není zpravidla způsobilé vyvolat klamnou představu. Rozdíl je totiž v tom, že nepostačuje *učinění* údaje, ale je třeba jej i odpovídajícím způsobem šířit, což podle mého názoru představuje i účel ochrany tohoto zákonného ustanovení.

6.2.5 Způsobilost zjednat vlastnímu nebo cizímu podniku v hospodářské soutěži prospěch na úkor jiných soutěžitelů či spotřebitelů

Tuto podmínku lze rozdělit na dvě části, které však musejí být splněny současně.

¹²¹ Večerková, E.: *Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly)*. Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 240.

- (a) způsobilost zjednat vlastnímu nebo cizímu podniku¹²² v hospodářské soutěži prospěch.

Tento znak podstatně odlišuje skutkovou podstatu klamavé reklamy od ustanovení generální klauzule. Opět se jedná "jen" o způsobilost, tudíž žádný prospěch reálně vzniknout nemusí. Prospěch může mít různorodou povahu, zpravidla se uvádí zisk lepšího postavení na trhu, získání nových zákazníků, ale Hajn uvádí, že se může též jednat o prospěch nehmotné povahy. Vždy se však musí jednat o prospěch, jež má být získán v hospodářské soutěži na úkor jiných soutěžitelů či spotřebitelů.

- (b) na úkor jiných soutěžitelů či spotřebitelů.

Ačkoliv je použito jiné slovní vyjádření, v podstatě má toto ustanovení stejný význam jako jedna z podmínek pro naplnění generální klauzule.

6.3 Srovnávací reklama

Zákon proti nekalé soutěži pojem *srovnávací reklama* neznal, ale z materiálního hlediska se mohla nekalosoutěžní srovnávací reklama posuzovat dle skutkové podstaty nekalé reklamy, zlehčování nebo nesprávného označování původu zboží, zneužívání podnikových značek a zevnějších zařízení podniku, příp. dle generální klauzule.

Právní teorie dále rozlišuje srovnávací reklamu:¹²³

1. kritizující (soutěžitel zdůrazňuje lepší vlastnosti svých výrobků a služeb a porovnává je s horšími parametry výrobků a služeb

¹²² I v tomto případě je dle mého názoru užít pojem *podnik* nešťastně a navrhol bych *de lege ferenda* jeho nahrazení pojmem soutěžitel.

¹²³ Večerková, E.: *Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly)*. Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 257 a také Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: *Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo*. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 354.

konkurenčního soutěžitele),

2. opěrnou (používá se zejména při uvádění nových výrobků na trh a snaží se vymezit vůči tradičním, již zavedeným, výrobkům a službám),
3. osobní (zdůrazňuje některé osobní vlastnosti soutěžitelů a jejich podniků).

Se srovnávací reklamou dále souvisí reklama superlativní, která většinou splňuje znaky obvyklého reklamního přehánění, pokud však používá objektivně zjistitelné a přezkoumatelné údaje, je třeba na ni aplikovat požadavky na srovnávací reklamu.

Dalším druhem reklamy jsou případy, kdy výrobky nebo služby nejsou srovnávány s konkurenčními výrobci nebo poskytovateli služeb a nelze je tedy považovat za případy srovnávací reklamy, jedná se o případy:

- (a) vnitřní srovnávací reklamy (zavedení výrobci porovnávají své výrobky a služby se svými staršími výrobky nebo službami),
- (b) systémové srovnávací reklamy (jedná se o srovnávání s dosud dosaženým stavem techniky a vědy, přičemž je zdůrazňován dosažený pokrok),
- (c) reklama s abstraktním srovnáním (případy, kdy soutěžitel srovnává svůj výrobek s tzv. běžným prostředkem).

V ani jednom z výše uvedených případů se nejedná o nekalosoutěžní jednání (pokud v druhém případě nedojde k identifikaci soutěžitele a jeho výrobků), eventuálně se může za určitých okolností jednat o reklamu klamavou.

Jak již bylo výše uvedeno, do našeho právního řádu se skutková podstata

srovnávací reklamy dostala v roce 2001 na základě harmonizační novely provedené zákonem č. 370/2000 Sb.¹²⁴

Skutková podstata srovnávací reklamy je obsažena v ustanovení § 50a ObchZ. K transpozici této skutkové podstaty do obchodního zákoníku došlo na základě doplnění Směrnice o klamavé reklamě o Směrnici o klamavé a srovnávací reklamě, která již zahrnovala i srovnávací reklamu.

Obchodní zákoník obsahuje zásadní zákaz srovnávací reklamy jakožto jedné z forem nekalé soutěže (ustanovení § 44 odst. 1, druhá věta obchodního zákoníku). Právní úprava v ustanovení § 50a ObchZ přitom obsahuje výjimku z takto stanoveného zákazu, a to při kumulativním splnění taxativně určených podmínek stanovených v ustanovení § 50a odst. 2 ObchZ.¹²⁵

Ustanovení § 50a odst. 1 ObchZ dále definuje, co se rozumí srovnávací reklamou:

*"Jakákoliv reklama, která výslovně nebo i nepřímo identifikuje jiného soutěžitele nebo zboží nebo služby nabízené jiným soutěžitelem."*¹²⁶

Z výše uvedené definice srovnávací reklamy vyplývá, že skutková podstata srovnávací reklamy dle obchodního zákoníku je naplněna jen v případě, týkali se srovnávání jiného soutěžitele a tento soutěžitel je adresátů reklamy

¹²⁴ Do roku 2001 byla srovnávací reklama považována za zákonem zakázanou praktiku, posuzovanou dle ustanovení o klamavé reklamě, příp. dle generální klauzule, k tomu např. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp.zn. 3Cmo 516/95, 3Cmo 91/97.

¹²⁵ Právní teorie je názorově rozdělena na skupinu, jež tvrdí, že: (i) srovnávací reklama je přípustná (Pelikánová, Plíva, Kotásek, Večerková) a (ii) srovnávací reklama je zakázána jako jedna z forem nekalé soutěže, ustanovení § 50a odst. 2 ObchZ poté obsahuje podmínky, při jejichž kumulativním splnění je srovnávací reklama přípustná (Hajn, Munková).

¹²⁶ Tato definice srovnávací reklamy se vztahuje jak na přípustnou, tak i na nepřípustnou srovnávací reklamu.

nějakým způsobem identifikovatelný, a to i nepřímo.¹²⁷

K pojmu *nepřímo* lze říci, že jiný soutěžitel nemusí být označen obchodní firmou, ale prostřednictvím pro něj typických znaků. Z definice dále vyplývá, že srovnávací reklama v podstatě ani nemusí nikoho a nic srovnávat, obchodní zákoník totiž nestanovuje nic o obsahu reklamního sdělení.¹²⁸

Dle Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě je srovnávací reklama přípustná, avšak za přesně stanovených (taxativně vyjmenovaných) podmínek, tuto koncepci převzal i obchodní zákoník. Nepřípustnou je tedy srovnávací reklama, která naplňuje všechny znaky generální klauzule a zároveň nesplňuje některou z podmínek přípustnosti (jak jsou popsány níže) a jako taková je tedy dle ustanovení § 44 odst. 1 a 2 ObchZ zakázána.¹²⁹ Evropský soudní dvůr k tomu uvedl, že podmínky kladené na srovnávací reklamu se musí vykládat co možná nejpříznivějším způsobem pro

¹²⁷ Pasivně legitimovaným je tedy pouze soutěžitel a ne jakýkoliv podnikatel jako tomu může být u jiných skutkových podstat nekalé soutěže. V takovém případě by se mohlo jednat například o naplnění skutkové podstaty parazitování na pověsti dle ustanovení § 48 ObchZ. Definice se dále nevztahuje na tzv. vnitřní srovnání.

¹²⁸ Předpokladem tedy není negativní vymezení vůči jinému soutěžiteli. K tomuto pojmu se rovněž vztahuje rozhodnutí ESD C-112/99 ze dne 25. října 2007 ve věci Toshiba Europe GmbH et Katun Germany GmbH, ve kterém soud dovodil, že postačuje, že existuje komunikace v jakékoliv formě, která ať již výslovně, nebo nepřímo, poukazuje na jiné soutěžitele nebo na jejich výrobky či služby. Přitom nezáleží na tom, zda existuje srovnání mezi výrobky a službami zadavatele reklamy a jeho konkurentem. Ještě dále jde rozhodnutí ESD C-381/05 ze dne 19. dubna 2007 ve věci De Landtsheer Emmanuel SA ca Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Veuve Clicquot Ponsardin SA, ve kterém ESD uvádí, že i pouhý poukaz na druh výrobků, bez přímého pojmenování podniku nebo výrobku lze považovat za srovnávací reklamu, pokud umožňuje poznat, že se uvedené sdělení vztahuje konkrétně na tento podnik nebo na nabízené zboží či služby. Irelevantní je pak skutečnost, že lze takto identifikovat několik zadavatelů reklamy nebo jejich zboží či služby. Judikatura ESD připouští, aby byly ve srovnávací reklamě uvedeny ochranné známky konkurentů, za podmínky, že nedojde k vyvolání nebezpečí záměny nebo zlehčování takových ochranných známek konkurenta nebo k tomu, že by zadavatel reklamy nepoctivě těžil z dobrého jména konkurentovy ochranné známky (blíže viz rozhodnutí ESD C-112/99 ze dne 25. října 2007 ve věci Toshiba Europe GmbH et Katun Germany GmbH).

¹²⁹ V demonstrativním výčtu uvedeném v ustanovení § 44 odst. 2 ObchZ by mělo být spíše uvedeno "nepovolená (zakázaná) srovnávací reklama" než "srovnávací reklama, vzhledem k tomu, že srovnávací reklama je za podmínek stanovených v obchodním zákoníku povolena".

posuzovanou reklamou.¹³⁰

6.3.1 Přípustnost srovnávací reklamy¹³¹

Obchodní zákoník taxativně stanovuje v ustanovení § 50 odst. 2 podmínky, které je třeba kumulativně splnit, aby se jednalo o přípustnou srovnávací reklamou.¹³²

- (a) nejedná se o klamavou reklamou nebo neuzívá klamavé obchodní praktiky dle zvláštního právního předpisu,¹³³
- (b) srovnává výrobky nebo služby, které uspokojují stejné potřeby nebo určené ke stejnému účelu,
- (c) objektivně srovnává jeden nebo více základních znaků daného zboží nebo služeb, které jsou pro ně důležité, ověřitelné a charakteristické, mezi nimiž může být i cena,
- (d) nevede k vyvolání nebezpečí záměny na trhu mezi tím, jehož výrobky nebo služby reklama podporuje, a soutěžitelem nebo mezi jejich podniky, zbožím nebo službami, ochrannými známkami, firmami nebo jinými zvláštními označeními, která se pro jednoho nebo druhého z nich stala příznačnými (jak je uvedeno v ustanovení § 47 ObchZ),
- (e) nezlehčuje nepravdivými údaji podnik, zboží nebo služby soutěžitele

¹³⁰ Rozhodnutí ESD C-112/99 ze dne 25. října 2007 ve věci Toshiba Europe GmbH et Katun Germany GmbH.

¹³¹ Z pohledu mezinárodního srovnání je jistě zajímavý přehled států s uvedením (ne)přípustnosti srovnávací reklamy, který je přiložen jako Příloha 2 této práce.

¹³² Ustanovení § 50a odst. 2 ObchZ stanovuje podmínky přípustnosti určitého způsobu reklamního srovnávání, neurčuje však, zda je přípustná nebo nepřípustná konkrétní srovnávací reklama.

¹³³ Toto ustanovení bylo rozšířeno o *klamavé obchodní praktiky podle zvláštního právního předpisu* zákonem č. 36/2008 Sb. a zákonodárce tím měl na mysli klamavé obchodní praktiky upravené v zákoně o ochraně spotřebitele.

ani jeho ochranné známky, firmu či jiná zvláštní označení, která se pro něj stala příznačnými, ani jeho činnost, poměry či jiné okolnosti, jež se jej týkají, tj. nejedná se o zlehčování ve smyslu § 50 ObchZ,

- (f) se vztahuje na výrobky, pro které má soutěžitel oprávnění užívat chráněné označení původu, vždy jenom na výrobky se stejným označením původu,
- (g) nevede k nepoctivému těžení z dobré pověsti¹³⁴ spjaté s ochrannou známkou soutěžitele, jeho firmou či jinými zvláštními označeními, která se pro něj stala příznačnými, anebo z dobré pověsti spjaté s označením původu konkurenčního zboží,
- (h) nenabízí zboží nebo služby jako napodobení nebo reprodukci zboží nebo služeb označovaných ochrannou známkou nebo obchodním jménem nebo firmou.

Nedůslednou transpozicí Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě došlo k tomu, že právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů a spotřebitelů nejsou v případech srovnávací reklamy aktivně legitimovány (narozdíl od klamavé reklamy), což je v rozporu s čl. 4 odst. 1 této směrnice.

Evropský soudní dvůr ve svých rozhodnutích dále uvádí, že by zadavatel reklamy měl být schopen prokázat správnost skutkových tvrzení obsažených v posuzované reklamě. To však neznamená, že by to měl prokazovat pouze ve správním nebo soudním řízení. Zadavatel reklamy je totiž povinen umožnit ověření správnosti jím uváděných údajů i přímo spotřebitelům (adresátům reklamy) a proto by měl v reklamě uvést, jakým způsobem lze zjistit srovnávané údaje, aby mohl spotřebitel ověřit, nebo nechat ověřit

¹³⁴ Těžení ve smyslu protiprávního jednání.

správnost takových údajů odborníkem.¹³⁵

6.3.2 Zvláštní nabídka

Ustanovení § 50a odst. 3 ObchZ dále stanovuje, že každé srovnání odkazující na zvláštní nabídku, musí vždy jasně a jednoznačně uvést datum, kdy nabídka skončí nebo kdy začne působit, případně uvést, že zvláštní nabídka je platná jen do *vyprodání zásob*.¹³⁶

6.4 Klamavá a srovnávací reklama v právu ES

V úvodu této kapitoly jsem již zmínil, že došlo k harmonizaci právní úpravy klamavé a srovnávací reklamy prostřednictvím směrnic ES. Tuto potřebu vyjádřila již v roce 1975 Evropská komise v *Programu ochrany spotřebitele*. V roce 1984 byla pak přijata Směrnice o klamavé reklamě. Následně byla změněna Směrnicí o klamavé a srovnávací reklamě. Celá úprava byla posléze kodifikována v Kodifikované směrnici o klamavé a srovnávací reklamě. Směrnice zavazují členské státy jen co do výsledku a zahrnují v sobě povinnost harmonizovat právo členských států s právem ES, přičemž prostředky jakými se tohoto cíle dosáhne, nechává na členských státech (článek 249 odst. 3 SES).

To, že se tato oblast dostala do popředí zájmu práva ES, má několik příčin; o důvodech, které k tomuto rozhodnutí Evropské společnosti vedlo, pojednávají především úvodní ustanovení směrnice.¹³⁷ Již z podstaty samotné

¹³⁵ K tomu rozhodnutí ESD C-356/04 ze dne 19. září 2006 ve věci Lidl Belgium GmbH & Co. KG ca Etablissements Franz Colruyt NV.

¹³⁶ Nepřípustná je i reklama, která by určovala délku reklamní akce *do vyprodání zásob*, ale zásoby budou tak malé, že zvláštní nabídka se stane pouze záminkou k přilákání spotřebitelů do prodejny. Takové jednání by pak bylo postižitelné dle generální klauzule, příp. dle ustanovení o klamavé reklamě.

¹³⁷ Při pojednání o důvodech a účelu přijetí právní úpravy klamavé reklamy na úrovni práva ES budu vycházet z původního znění Směrnice o klamavé reklamě.

reklamy vyplývá, že se jedná o činnost, která se může dotýkat území více států. Právní úprava klamavé reklamy byla na počátku 80. let v jednotlivých členských státech značně rozdílná a tyto rozdíly v zákonné úpravě snižovaly ochranu spotřebitele. Na druhé straně bránily provádění reklamních kampaní mimo území státu, a tím ovlivňují volný pohyb zboží a služeb.¹³⁸ Účel směrnice je potom vyjádřen v článku 1: *"Účelem této směrnice je chránit spotřebitele, osoby provozující obchod, živnost, řemeslo nebo vykonávající svobodné povolání, jakož i zájmy široké veřejnosti proti klamavé reklamě a jejím nekalým účinkům."* Směrnice je tedy pojata velice široce, protože zahrnuje všechny osoby, jichž se může reklama dotknout, k tomu se navíc připojuje i veřejný zájem. *"Odlišně od koncepce ochrany soutěže proti vylučování, omezování a narušování tedy byl za objekt nutnosti primární ochrany před nekalou soutěží stanoven spotřebitel a sekundárně s ním i další subjekty, které se hospodářské soutěže účastní a jimž by nekalosoutěžní jednání spočívající v realizaci klamavé reklamy mohlo způsobit újmu."*¹³⁹

Samotná harmonizace se měla rozpadat do dvou fází. V první měla být harmonizovaná vnitrostátní úprava nekalé soutěže a následně v druhé fázi se dle návrhů Komise mělo pracovat na harmonizaci klamavé reklamy, případně i srovnávací reklamy.

Nutno dodat, že směrnice stanovuje pro klamavou reklamu jen určitý minimální standard ochrany, s tím, že jednotlivé členské státy mohou být ve svých úpravách přísnější. K rozdílům mezi zněním Směrnice o klamavé reklamě a ustanovení § 45 ObchZ lze říci, že obchodní zákoník obsahuje jen několik podstatných rozdílů. Za prvé můžu uvést znak obsažený v ustanovení

¹³⁸ V Kodifikované směrnici o klamavé a srovnávací reklamě se k výše uvedeným důvodům přidává to, že *"klamavá a nedovolená srovnávací reklama může vést k narušení soutěže v rámci vnitřního trhu"*.

¹³⁹ Raus, D.: Reklama klamavá a reklamka srovnávací v komunitární a české soutěžní legislativě. Právní rozhledy, 2000, č. 7, s. 291.

§ 45 odst. 1 *"zjednat...prospěch na úkor jiných soutěžitelů či spotřebitelů"*. Tuto podmínku směrnice neobsahuje. Další rozdíl může být shledáván ve znění ustanovení § 45 odst. 3 ObchZ, kdy směrnice tuto záležitost výslovně neupravuje, ale i přesto lze výkladem dojít v podstatě ke stejným závěrům.¹⁴⁰ Jinak, i přes odlišné jazykové vyjádření, mohu uzavřít, že podstatné rozdíly mezi předpisy neshledávám a právní úprava klamavé reklamy v obchodním zákoníku může být považována za úpravu v souladu se směrnicí.¹⁴¹

Co se týče klamavé reklamy, stanovuje směrnice minimální standardy na základě objektivních kritérií, dle kterých se posoudí, zda je reklama klamavá (bod 7. úvodního ustanovení a článek 8 bod 1. Kodifikované směrnice o klamavé a srovnávací reklamě).¹⁴² Jednotlivé členské státy tedy mohou být ve svých právních úpravách náročnější a stanovit přísnější kritéria, a to jak z pohledu vyšší ochrany spotřebitelů, tak i z pohledu subjektů *"provozujících obchod, řemeslo, průmysl nebo svobodné povolání"*.

Tato koncepce se podstatně liší od úpravy srovnávací reklamy v této směrnici. Směrnice si totiž výslovně klade za cíl stanovit přesné podmínky dovolené srovnávací reklamy, která může být oprávněným prostředkem informování spotřebitele, a vyloučit tak jednání, která by mohla narušit soutěž a *"tyto podmínky dovolené reklamy by měly zahrnovat kritéria objektivního srovnání znaků zboží a služeb"* (viz body 6., 8., 9. a 11. úvodního ustanovení a článek 8 bod 1. směrnice). Co se týče srovnávací reklamy, tak směrnice vychází z tzv. úplné harmonizace problematiky srovnávací reklamy, což znamená, že členské státy nemohou přijmout

¹⁴⁰ Podle kritérií směrnice se totiž posuzuje klamavost údajů, bez ohledu na pravdivost či nepravdivost takových údajů. Lze tedy říci, že v důsledku by měl být konkrétní případ rozhodnut dle obchodního zákoníku i dle směrnice obdobně.

¹⁴¹ Důvodem je i to, že si právní úprava klamavé reklamy nového obchodního zákoníku brala za vzor obsah směrnice.

¹⁴² Dále budu komentovat jen právní úpravu klamavé reklamy ve znění Kodifikované směrnice o klamavé a srovnávací reklamě.

přísnější úpravu týkající se srovnávací reklamy a dle Evropského soudního dvora musejí být podmínky kladené na srovnávací reklamu vykládány nejpříznivějším způsobem pro tuto reklamu.¹⁴³

Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě ve svém druhém článku definuje základní pojmy, jako *reklama*, *klamavá reklama*, *srovnávací reklama* a další. Článek 3 potom příkladmo uvádí kritéria, která je potřeba při posuzování, zda je reklama klamavá, vzít do úvahy. Významný je článek 5, který stanovuje povinnost členských států, aby zajistily účinné prostředky pro boj proti klamavé reklamě. Směrnice dává členským státům možnost, aby osoby nebo organizace, které mají dle předpisů oprávněný zájem na potírání klamavé reklamy, buď podaly žalobu, nebo napadly takovou reklamu u správního orgánu, případně podaly podnět k zahájení soudního řízení. Dále se dodává, že rozhodnutí, kterou cestou bude možné vymáhat práva z klamavé reklamy je čistě na rozhodnutí členských států. Směrnice potom dále rozvádí způsoby rozhodnutí, kterými mohou orgány rozhodnout.¹⁴⁴ Článek 7 stanovuje povinnost zadavatelů reklamy, aby prokázali správnost skutkových tvrzení obsažených v reklamě a pokud takový důkaz není předložen, je možné je považovat za nesprávná.

6.5 Souběh klamavé a srovnávací reklamy

Rozlišovat případy, kdy se jedná o klamavou nebo srovnávací reklamu je důležité zejména s ohledem na to, že právo ES neumožňuje členským státům upravit odchylně podmínky přípustnosti srovnávací reklamy. Na druhé straně je na volbě členských států, zda zachovají, nebo dokonce zpřísní právní regulaci klamavé reklamy. Nelze však vyloučit případy, kdy

¹⁴³ Viz rozhodnutí ESD C-112/99 nebo C-381/05. In Ondřejová, D.: Srovnávací reklama z pohledu práv na označení. Právní fórum, 2011, č. 5, s. 203.

¹⁴⁴ V terminologii obchodního zákoníku je to zdržení se, odstranění závadného stavu a případně též předběžné opatření.

se bude jednat zároveň o klamavou i o srovnávací reklamu. Evropský soudní dvůr dovodil, že případná přísnější pravidla regulující klamavou reklamu nemohou být aplikována na reklamu srovnávací (pokud jde o formu a obsah srovnání).¹⁴⁵ Z výše uvedeného tedy lze dovodit, že pokud určitá reklama bude srovnávací reklamou, bude třeba v každém případě aplikovat ustanovení týkající se srovnávací reklamy, pokud jde o formu a obsah srovnání.

6.6 Veřejnoprávní předpisy týkající se klamavé a srovnávací reklamy

Jak jsem již v úvodní části této kapitoly zmínil, vedle obchodního zákoníku jsou tu další předpisy upravující, byť i nepřímě, klamavou a srovnávací reklamu. Mezi takové předpisy veřejnoprávní povahy beze sporu patří zákon o regulaci reklamy, tiskový zákon, zákon o rozhlasovém a televizním vysílání a zákon o ochraně spotřebitele. K tomu viz dále kapitola 9.

6.7 Nekalá reklama

O nekalou reklamu se jedná v případech, kdy určitá reklama splňuje podmínky stanovené v generální klauzuli, ale nespĺňuje zvláštní podmínky některé ze skutkových podstat nekalé soutěže, zejména klamavé nebo srovnávací reklamy. Z výše uvedeného vyplývá, že se jedná o nepojmenovanou skutkovou podstatu a zahrnuje tak daleko více případů než například klamavá reklama.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Rozsudek ESD C-44/01 ze dne 8. dubna 2003 ve věci Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG et Haurtlaier Handelsgesellschaft GmbH.

¹⁴⁶ De lege ferenda by bylo vhodné i účelné přejmenovat skutkovou podstatu klamavé reklamy na nekalou reklamu, přičemž by zároveň došlo k rozšíření této skutkové podstaty tak, jak tomu bylo dříve v zákoně proti nekalé soutěži (viz kapitola 2.2). Takové ustanovení by pak mohlo plnit funkci tzv. malé generální klauzule.

7 SOUVISEJÍCÍ SKUTKOVÉ PODSTATY A PRÁVNÍ PŘEDPISY

Určité aspekty soukromoprávní regulace reklamy jsou obsaženy i v dalších skutkových podstatách práva proti nekalé soutěži uvedených v obchodním zákoníku jako např. parazitování na pověsti, zlehčování, porušení obchodního tajemství nebo vyvolání nebezpečí záměny, určité dílčí otázky rovněž upravuje i autorský zákon.¹⁴⁷ Vzhledem k tomu, že primární účel těchto ustanovení není přímo právní regulace reklamy jako takové, rozhodl jsem se o těchto normách dále nerozepisovat a omezit se na sdělení o jejich existenci.

7.1 Trestní zákoník

Do trestního zákoníku účinného od 1. ledna 2010, je zařazeno ustanovení § 248 upravující trestný čin porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže. Ze znění tohoto ustanovení vyplývá, že trestní zákoník postihuje všechny zvláštní skutkové podstaty práva proti nekalé soutěži dle obchodního zákoníku, ale v porovnání s právní úpravou účinnou do 31. prosince 2009 došlo k omezení trestního postihu nekalé soutěže především z důvodu vypuštění neurčitého pojmu "zvyklosti soutěže".¹⁴⁸ Z uvedeného vyplývá, že trestní zákoník nepostihuje jednání naplňující

¹⁴⁷ K možnosti souběhu ochrany poskytované autorským zákonem a právem proti nekalé soutěži viz Hajn, P.: K souběhu práva autorského a práva proti nekalé soutěži (Jak také chápat „acquis communautaire“). Právní rozhledy, 2011, č. 15.

¹⁴⁸ Za účinnosti zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů, se nekalá soutěž spadala pod skutkovou postatu nekalé soutěže (§ 149) a dále po novelizaci zákonem č. 175/1990 Sb. také pod ustanovení § 127, který obsahoval skutkovou podstatu trestného činu porušování závazných pravidel hospodářského styku. Nutno podotknout, že souběh trestných činů je vyloučen, protože ustanovení § 127 je speciální ke skutkové podstatě trestného činu dle ustanovení §149 trestního zákona.

"pouze" generální klauzuli nekalé soutěže. Podle Šámala to však neznamená, že by se ustanovení § 44 odst. 1 ObchZ vůbec neuplatnilo, neboť skutkové podstaty nekalé soutěže upravené v ustanoveních § 45 až 52 ObchZ a taxativně vypočtené v § 248 odst. 1 písm. a) až i) trestního zákoníku nemají ke generální klauzuli poměr *legis specialis*, ale z jejich znaků vycházejí a tyto konkretizují a rozvádějí. Jde tedy o bližší vymezení jednotlivých podmínek postihu ve vztahu ke konkrétní podstatě nekalosoutěžního jednání. V tomto smyslu musí úmyslné jednání pachatele trestného činu posuzovaného podle ustanovení § 248 odst. 1 trestního zákoníku vždy naplňovat i znaky generální klauzule dle obchodního zákoníku, avšak samotné jejich naplnění bez toho, aby byla naplněna i některá konkrétní skutková podstata nekalosoutěžního jednání ve smyslu § 248 odst. 1 písm. a) až i) trestního zákoníku, byť by byly splněny ostatní znaky tohoto ustanovení, k vyvození trestní odpovědnosti za její porušení nepostačuje.¹⁴⁹

Trestný čin porušení pravidel v hospodářské soutěži tak v sobě kombinuje dřívější skutkové podstaty trestných činů nekalé soutěže a porušování závazných pravidel hospodářského styku dle starého trestního zákona účinného do 31. prosince 2009.

¹⁴⁹ Šámal P.: Nekalá soutěž a možnosti jejího postihu podle platné právní úpravy a za účinnosti nového trestního zákoníku. Právní rozhledy, č. 2009, č. 15, s. 535.

8 PRÁVNÍ NÁSTROJE OCHRANY PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

8.1 Soukromoprávní prostředky ochrany

Systematicky lze soukromoprávní prostředky ochrany před nekalou soutěží rozdělit na ochranu poskytovanou soudy, kterou lze dále dělit na předběžná opatření, rozhodnutí ve věci samé a na ochranu mimosoudní, kterou poskytují například ustanovení § 5 a 6 OZ. Zvláště uvádím nárok na uveřejnění rozsudku, protože jeho úprava je koncentrována do občanského soudního řádu.

Obecně se dá říci, že předběžná opatření jsou ve sporech z nekalé soutěže jevem častějším než je obvyklé v jiných právních oblastech. Předběžné opatření slouží k tomu, aby byly předběžně, a tudíž prozatímně upraveny poměry účastníků.¹⁵⁰ Předběžná opatření lze použít zejména v případech, kdy je oprávněná obava, že bude ohrožen výkon rozhodnutí.¹⁵¹ Smyslem předběžného opatření ve sporech z nekalé soutěže je především to, aby se již v nekalosoutěžním jednání nepokračovalo. Je pak věcí žalobce, aby vhodně formuloval petit v návrhu na vydání předběžného opatření.¹⁵²

¹⁵⁰ Obdobně vidí smysl institutu Svobodová: "Tímto smyslem je rychlá a pružná úprava poměrů účastníků (hovořím-li o úpravě poměrů účastníků, pak mám na mysli i ta předběžná opatření, která jsou navrhována pro obavu z ohrožení výkonu rozhodnutí), prostředkem k jeho dosažení je (nebo spíš mělo by být) rozhodnutí soudu, vydané dostatečně rychle a kvalitně, které je exekucním titulem." In Svobodová, I.: K předběžným opatřením v obchodních věcech. Právní rozhledy, 1997, č. 9, s. 463.

¹⁵¹ Winterová, A. a kol.: Civilní právo procesní. 4. aktualizované vydání. Praha. Linde 2006, s. 358.

¹⁵² To činí v praxi mnohdy potíže, protože se nemůže jednat o *petit* natolik široký, aby jen opakoval zákonný zákaz, na druhé straně jej jistě není vhodné formulovat úzce, a tak z něj vyjmout obdobné případy nekalé soutěže, které mohou nastat nebo již nastaly. Eliáš např. názorně dokládá na příkladech, jak vhodně formulovat petit. In Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha.

S předběžným opatřením je spojeno riziko, které se dotýká obou stran sporu. Riziko navrhovatele takového opatření spočívá v odpovědnosti za způsobenou škodu v zákoně stanovených případech (§ 77a OSŘ). Tomu, proti kterému opatření směřuje, zase způsobuje určitou újmu. Z toho vyplývá, že v rámci rozhodování o předběžném opatření nedochází k rozhodování o tom, komu svědčí právo, ale jde hlavně o to, aby došlo k zachování pokojného stavu a ve věci samé se rozhodlo až následně.

Jak jsem již zmínil, právní prostředky ochrany proti nekalé soutěži musejí především zabránit tomu, aby nekalá soutěž pokračovala. K tomu obchodní zákoník nabízí nárok na *zdržení se jednání*. Dalším vhodným prostředkem je potom nárok na *odstranění závadného stavu*. Dále lze uplatnit nárok na *přiměřené zadostiučinění*, které se přiznává zpravidla v penězích, ale lze uvažovat i o jiných formách. Tento nárok lze uplatnit při vzniku újmy nemajetkového charakteru, tedy v případech, kdy rušitel zasáhl do nemajetkových sfér žalobce. V neposlední řadě lze u soudu uplatnit *nárok na náhradu škody* a vydat *bezdůvodné obohacení*. Často používaným nárokem je i uplatnění práva na *uveřejnění rozsudku*.

8.1.1 Předběžné opatření

Pro právní spory z nekalé soutěže se použije úprava předběžného opatření v občanském soudním řádu, jedná se zejména o ustanovení § 74 an. a § 102 OSŘ. O návrhu na předběžné opatření rozhoduje předseda senátu usnesením, a to bezodkladně, nejpozději však do 7 dnů od podání návrhu (ustanovení § 75c odst. 2 OSŘ). V právu proti nekalé soutěži neexistuje speciální úprava předběžného opatření, ale obecná úprava byla dotvořena soudní praxí.¹⁵³

C. H. Beck 2007, s. 375-377.

¹⁵³ Viz rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3Cmo 248/96: "Podle § 74 a násl. OSŘ může soud využít prostředku předběžného opatření, je-li třeba, aby poměry účastníků byly

Pojmovým znakem předběžného opatření je jeho *dočasnost*, řeší právní vztahy mezi účastníky řízení prozatímně. Další nezbytnou náležitostí návrhu na předběžné opatření je jeho *přiměřenost*, a to jak ve vztahu k tvrzené závažnosti porušení práva proti nekalé soutěži, tak i újmě kterou tento návrh, pokud bude schválen soudem, žalovanému způsobí. V této fázi se dokazování neprovádí, jen se osvědčují důvody pro rozhodnutí o předběžném opatření.¹⁵⁴

Ke vztahu návrhu na předběžné opatření a žaloby lze říci, že návrh na vydání předběžného opatření by neměl kopírovat *petit* žaloby. Tato odlišnost návrhu předběžného opatření od návrhu rozsudku je dána charakterem a podmínkami předběžného opatření jako dočasného prostředku úpravy vztahů. Nelze také připustit, aby již předběžným opatřením dosáhl oprávněný toho, čeho lze dosáhnout při normálním běhu věci, až po proběhlém řízení pravomocným rozsudkem.¹⁵⁵

V případech, kdy předběžné opatření zanikne z důvodů jiných, než proto, že bylo návrhu vyhověno, je navrhovatel povinen nahradit škodu a jinou újmu tomu, komu tímto předběžným opatřením taková újma vznikla (ustanovení § 77a OSŘ). K zajištění náhrady škody a jiné újmy je navrhovatel povinen složit u soudu jistotu ve výši 10 000 Kč, resp. v obchodních věcech

zatímně upraveny. Je nepochybné, že tohoto prostředku soud může využít v těch případech, kdy hrozí nebezpečí z prodlení. Zda jde o takový případ, zákon ponechává k úvaze soudu, pokud se však soud rozhodne použít uvedeného prostředku, musí mít rozhodné okolnosti osvědčeny."

K tomu též rozhodnutí ze sbírky Vážný č. 11810:

"Řízení o prozatímním opatření není určeno k tomu, aby v něm odpůrce uplatňoval námitky proti nároku. Rozhodnutí o prozatímním opatření závisí jen na osvědčení ohrožení a po případě na osvědčení nároku, jež má obojí podati strana ohrožená." In Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Praha. C. H. Beck 2000, s. 122-124, 349-351.

¹⁵⁴ K tomu rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3Cmo 143/94.

¹⁵⁵ Macek, J.: Ochrana proti jednání nekalé soutěže předběžným opatřením soudu. Právní praxe v podnikání, 1995, č. 9, s. 14-15. Tato zásada platí s výjimkou návrhu předběžného opatření na zdržení se určitého jednání a žaloby na zdržení se určitého jednání. Viz rozhodnutí Vrchního soudu v Praze 3Cmo 1952/1994.

50 000 Kč, pokud tak neučiní, předseda senátu návrh na vydání předběžného opatření odmítne (ustanovení § 75b odst. 1 OSŘ).¹⁵⁶

8.1.2 Ochrana dle obchodního zákoníku

Nároky z nekalé soutěže jsou uvedeny v ustanovení procesního charakteru, a to v ustanovení § 53 ObchZ. Osoby, jejichž práva jsou nekalou soutěží porušena nebo ohrožena (zákon jim přiznává aktivní legitimaci) se mohou domáhat proti rušiteli: *zdržení se jednání, odstranění závadného stavu, přiměřeného zadostiučinění, náhrady škody, vydání bezdůvodného obohacení.*

Ze zákonného ustanovení vyplývá, že všechny tyto nároky lze uplatnit samostatně, popřípadě i v kombinacích dle potřeb v konkrétním případě. Samozřejmě lze uplatnit některý z uvedených nároků a posléze samostatnou žalobou požadovat náhradu škody, vydání bezdůvodného obohacení, přiměřené zadostiučinění.¹⁵⁷

8.1.2.1 Nárok na zdržení se jednání

Zákonné ustanovení přiznává tento nárok *"osobám, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena"*. Na tomto základě mohou osoby podat žalobu na zdržení se toho jednání, které vedlo k nekalé soutěži. Z jazykového výkladu můžeme dovodit, že by dotčené osoby měly v žalobním návrhu uvést to konkrétní jednání, které k nekalé soutěži vedlo. Přičemž nezáleží na tom, zda došlo k porušení nebo jen ohrožení práv. Dle Eliáše by však soudy měly v těchto případech rozhodovat tak, že by měly

¹⁵⁶ K vhodné formulaci petitu u návrhu na vydání předběžného opatření viz Macek, J.: Zamyšlení nad žalobami či návrhy na vydání předběžného opatření ve sporech z nekalé soutěže z hlediska formulace petitů. Soudní rozhledy, 1999, č. 12, s. 393-395.

¹⁵⁷ K tomu viz rozhodnutí Vrchního soudu v Praze 3 Cmo 1511/1994.

zakázat i variace jednání, která by vedla k nekalé soutěži. Protože pokud se někdo dopustil nekalé soutěže v určité podobě, hrozí nebezpečí, že se dopustí pozměněných variant tohoto jednání, jež s ním nejsou zcela totožné pro některé detaily svého provedení. Mají však identickou nekalosoutěžní podstatu.¹⁵⁸ To však musí žalobce nejprve uvést v *petitu* žaloby a až na tomto základě může soud takto rozhodnout. K tomu je třeba dodat, že nárok na zdržení se nekalosoutěžního jednání směřuje především k zamezení budoucího opakování tohoto protiprávního stavu.

8.1.2.2 Odstranění závadného stavu

Tento nárok směřuje k odstranění závadného stavu vyvolaného nekalosoutěžním jednáním. Nárok na odstranění závadného stavu je třeba odlišovat od nároků na navrácení v předešlý stav nebo náhradu škody. *"Odstranění závadného stavu pak spočívá především v odstranění příčin závadného stavu a nikoliv následků, v odstranění překážek, které blokují obnovení zákonného stavu, existujícího před činem."*¹⁵⁹

8.1.2.3 Přiměřené zadostiučinění

Přiměřené zadostiučinění plní zejména funkci satisfakční, kdy nahrazuje nemateriální újmu způsobenu nekalou soutěží. Zadostiučinění může být poskytnuto i v penězích. Účelem tohoto nároku je nahradit nemajetkovou újmu, kterou nelze vyčíslit v rámci náhrady škody, která směřuje jen k náhradě majetkové újmy. Je tedy vždy nutné rozlišovat majetkovou a nemajetkovou složku újmy a dle toho uplatňovat příslušné nároky.¹⁶⁰ Pro

¹⁵⁸ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 387.

¹⁵⁹ Macek, J.: K právním prostředkům ochrany proti jednání nekalé soutěže. Obchodní právo, 1993, č. 5, s. 16.

¹⁶⁰ *"Ale zásadně je nutno oblast materiální újmy a imateriální újmy rozlišovat a zásadně*

přiznání nároku postačí, že žalovaný se nekalosoutěžního jednání dopustil a jeho následkem je nemateriální újma žalobce. Naopak náhrada škody presumuje vznik majetkové újmy.

Ze znění ustanovení § 53 ObchZ lze pak logicky usoudit, že přednost bude mít nemajetková satisfakce, majetková (v penězích) pak přistupuje až následně, pokud je nemateriální zadostiučinění nedostatečné.¹⁶¹ Nutno dodat, že obchodní zákoník konkrétní prostředky, jak přiměřeného zadostiučinění docílit, neposkytuje. Bude tedy vždy nutné přihlédnout k okolnostem případu a dle konkrétních skutečností rozhodnout např. o uveřejnění opravného stanoviska, omluvy.

Tento nárok má však i sankční charakter, slouží k "potrestání" toho, kdo se dopustil nekalé soutěže. S tím je spojen i význam (generálně i speciálně) preventivní, kdy tento nárok může sloužit jako jeden z faktorů, na základě kterého se určité osoby mohou rozhodovat, zda se jim nekalá soutěž "vyplatí".

V každém případě musí jít o *přiměřené* zadostiučinění. Co je přiměřené musí soud posoudit na základě okolností konkrétního případu. Obecně lze říci, že by přiznaný nárok neměl být ani likvidační pro žalovaného, ani zdrojem nepřiměřeného obohacení žalobce. Určitou představu uvádí žalobce v petitu. Soudu tak poskytuje horní strop částky, o které může rozhodnout, tj. nemůže

není přípustné, aby vzniklá materiální újma byla nahrazena z titulu přiměřeného zadostiučinění poskytnutého v penězích, a je nutno trvat na tom, že má být vypořádána z titulu náhrady škody popř. bezdůvodného obohacení." K tomu viz rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3Cmo 684/95. In Tomsa, M., Macek, J.: Příspěvek k otázkám přiměřeného zadostiučinění v penězích v případech nekalé soutěže, porušení obchodního tajemství a při neoprávněném užívání obchodního jména. Právní praxe, 1998, č. 4, s. 206.

¹⁶¹ Tedy zejména v případech, kdy zásah do nemateriální sféry dotčeného soutěžitele může způsobit ztrátu také v jeho majetkové sféře, a nelze předpokládat, že nepeněžitá satisfakce tuto ztrátu vyrovná. Nepeněžitá forma přiměřeného zadostiučinění má povahu tzv. morálního plnění. In Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly). Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 172.

přiznat víc než je v návrhu. V takto stanovených mantinelech potom soud rozhoduje. Není potřeba dokazovat rozsah přiměřeného zadostiučinění, ale žalobce je povinen sdělit důvody, o které svůj nárok opírá.

8.1.2.4 Náhrada škody

Tím, že se někdo dopustí nekalé soutěže, spáchá civilněprávní delikt spočívající v porušení ustanovení obchodního zákoníku. Právní režim upravující nárok na náhradu škody se určí dle ustanovení § 757 ObchZ odkazujícího na ustanovení § 373 an. ObchZ. Použijí se tak ustanovení upravující náhradu škody ze smluvních závazků, kde je uplatněn princip objektivní odpovědnosti. Okolnosti vylučující odpovědnost se pak na nekalosoutěžní delikty zpravidla neuplatňují.

Lze tedy uzavřít, že uplatňování tohoto právního nároku není v českém právu příliš obvyklé, protože se v mnoha případech obtížně dokazuje, že škoda vznikla v příčinné souvislosti s nekalou soutěží a také se jen složitě dokazuje výše způsobené škody. Eliáš proto přichází s úvahou, že by bylo vhodnější, pokud by soudy mohly volně zvážit, zda škoda vznikla a následně určit její výši.¹⁶²

8.1.2.5 Vydání bezdůvodného obohacení

Tento institut v obchodním zákoníku samostatně upraven není, proto je třeba použít právní úpravu obsaženou v občanském zákoníku, konkrétně v ustanovení § 451 OZ (na základě ustanovení § 1 odst. 2 ObchZ). První odstavec taxativně vypočítává, co všechno je považováno za bezdůvodné obohacení. Z výčtu by snad přicházel do úvahy *majetkový prospěch získaný z nepoctivého zdroje*. Interpretální obtíže slovního spojení *nepoctivý zdroj*

¹⁶² Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 389.

můžeme překonat konstatováním, že ho lze ve vztahu k nekalé soutěži chápat jako majetkový prospěch z *protiprávního zdroje*.

8.1.2.6 Uveřejnění rozsudku

Zejména ve sporech z nekalé soutěže má tento nástroj právní ochrany větší význam než v jiných případech. Slouží totiž k zveřejnění rozhodnutí soudu, které tak může *napravit* veřejné mínění o žalobci, které bylo poškozeno nekalou soutěží.¹⁶³ Takové uveřejnění má též význam informační, preventivní a sankční.¹⁶⁴ Právní úprava tohoto institutu se nyní nachází v občanském soudním řádu. Soud rozhodne o tomto nároku jen na základě návrhu žalobce (nemůže zahájit z vlastní iniciativy) a až poté, co vyhoví jeho žalobě. Tento nárok je tak vyhrazen jen úspěšnému žalobci ve sporech z nekalé soutěže. *A contrario* lze vyvodit, že svévolně, tzn. bez souhlasu soudu, nelze rozsudky týkající se nekalé soutěže uveřejňovat. Soud zpravidla v rozhodnutí podle okolností případu určí též rozsah, formu a způsob uveřejnění.

8.1.3 Aktivní a pasivní legitimace ve sporech z nekalé soutěže

V této části pojednám obecně o aktivní a pasivní legitimaci subjektů při

¹⁶³ Jak jsem již zmínil v kapitole věnované vývoji právní regulaci reklamy. Ustanovení § 55 ObchZ dříve obsahovalo úpravu, kterou po jeho zrušení převzalo ustanovení § 155 odst. 4 OSŘ:

"Ve věcech ochrany práv porušených nebo ohrožených nekalým soutěžním jednáním, ochrany práv z duševního vlastnictví a ve věcech ochrany práv spotřebitelů může soud účastníkovi, jehož žalobě vyhověl, přiznat na jeho návrh ve výroku rozsudku právo rozsudek uveřejnit na náklady neúspěšného účastníka; podle okolností případu soud stanoví též rozsah, formu a způsob uveřejnění."

¹⁶⁴ K tomu viz rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3Cmo 1031/95: *"Pokud má zveřejnění rozsudku plnit svůj účel, pak nestačí obvykle pouze zveřejnění výroku rozsudku. Obecně řečeno, publikace rozhodnutí má nesporně význam sankce, jež mnohdy po časovém odstupu může přispět k narovnání těch soutěžních vztahů, jejichž narušení bylo předmětem řízení, rovněž ale i určité satisfakce pro v řízení úspěšného účastníka. Má však význam i výchovný. Publikace pouhého výroku rozhodnutí v daném případě však tento smysl zákonem v ust. § 55 odst. 2 ObchZ předpokládaný postrádá."* In Macek, J.: *Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže*. Praha. C. H. Beck 2000, s. 115-121.

sporech z nekalé soutěže, v kapitole o subjektech v nekalé soutěži (viz kapitola 4) jsem se již věnoval jednotlivým subjektům a jejich postavení v ustanoveních týkajících se nekalé soutěže.

Aktivní legitimaci k podání žaloby zákon přiznává "*osobám, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena*" (ustanovení § 53 ObchZ). Takto stanovený okruh osob je značně široký. Lze však dodat, že aby vůbec bylo možné určité jednání kvalifikovat jako jednání nekalosoutěžní, je bez pochyby potřeba, aby se dotklo soutěžitele nebo spotřebitele (ustanovení § 44 odst. 1 ObchZ). Pokud je tato podmínka splněna, nic nebrání tomu, aby nárok z nekalé soutěže uplatnily osoby označené v ustanovení § 53 ObchZ.

Vedle toho mohou nároky z nekalé soutěže uplatňovat i právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů dle ustanovení § 54 odst. 1 ObchZ. Aktivní legitimace je omezena zákonem na případy dle ustanovení § 48 až 51 ObchZ. Zákonná úprava je nutná, protože nekalou soutěží nebudou přímo dotčena majetková nebo jiná práva těchto osob. Z toho vyplývá, že zmíněné právnické osoby mohou požadovat jen nároky na zdržení se nekalosoutěžního jednání a na odstranění závadného stavu (ustanovení § 54 odst. 1 ObchZ).

Dále je nutné pamatovat na ustanovení § 83 odst. 2 OSŘ, které v rámci ekonomie řízení stanovuje překážku pro podávání žalob dalších osob týkající se stejného jednání, o kterém již probíhá řízení u soudu. Taková překážka pak brání samotnému zahájení řízení.¹⁶⁵

Pasivně legitimované osoby označuje zákon jako *rušitele*. Tento pojem je pojmem širším než je *soutěžitel*.

¹⁶⁵ "*Zahájení řízení o zdržení se protiprávního jednání ve věcech ochrany práv spotřebitelů, brání též tomu, aby proti témuž žalovanému probíhalo u soudu další řízení o žalobách jiných žalobců požadujících z téhož jednání nebo stavu stejné nároky.*"

K této problematice je třeba dále zmínit, že ustanovení § 54 odst. 2 ObchZ popisuje případy, kdy žalobu podává spotřebitel: "*Jestliže se práva, aby se rušitel jednání nekalé soutěže zdržel nebo aby odstranil závadný stav v případech uvedených v § 44 až 47 a § 52 domáhá spotřebitel, musí rušitel prokázat, že se jednání nekalé soutěže nedopustil.*". Tento odstavec byl do obchodního zákoníku vložen novelou, která reagovala na Směrnici o klamavé a srovnávací reklamě. Směrnice však možnost přenesení důkazního břemene neobsahuje, nachází se tam jen obdobné ustanovení, které však nerozlišuje mezi spotřebitelem a jinými subjekty oprávněnými žalovat.¹⁶⁶ Tato novela zákona je právní naukou kritizována především proto, že k obrácení důkazního břemene dochází pokaždé, když žaluje spotřebitel. Tedy i v případech, kdy by bez potíží důkazní břemeno unesl. Na druhé straně, v druhé části odstavce, požaduje zákon po každém žalobci, aby vyčíslil rozsah bezdůvodného obohacení a náhrady škody. To může naopak komplikovat situaci spotřebiteli v případech, kdy nemá k dispozici potřebné podklady. Dle dosavadní praxe by soudy měly napomáhat svými opatřeními k získání materiálů, z nichž lze tyto skutečnosti určit. Kriticky lze nahlížet i na fakt, že ustanovení kryje i případy posuzované podle generální klauzule, jež zahrnuje ta jednání, která se často mohou podobat těm výslovně vyloučeným.¹⁶⁷

8.2 Mimosoudní ochrana

Prostředek uvedený v ustanovení § 5 OZ se uplatňuje u správního orgánu v případě zásahu do *pokojného stavu*. Ten potom může rozhodnout o zákazu zásahu nebo uložit povinnost obnovení v předešlý stav. Toto opatření má předběžný charakter, nezkoumá se tu, komu svědčí právo. Pokojný stav totiž

¹⁶⁶ Dle mého názoru zákonodárce nesprávně reagoval na znění článku 7 Kodifikované směrnice o klamavé a srovnávací reklamě.

¹⁶⁷ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 398.

nemusí být nutně stavem po právu. Správní orgán na základě zákonného ustanovení zkoumá, zda existoval *pokojný stav*. Navíc porušení tohoto stavu musí být vždy *zřejmé*. Pokud jsou obě podmínky splněny, může přijmout výše uvedená opatření bez toho, aby zkoumal právní otázky.

Ustanovení § 6 OZ potom stanovuje podmínky, za kterých je možné uplatnit *svépomocná opatření*. Musí jít o zásah *neoprávněný* a zásah musí hrozit *bezprostředně*. Svépomoc je oprávněna vykonávat jen ohrožená osoba, a to jen přiměřeným způsobem a nelze se jejím prostřednictvím bránit oprávněnému zásahu. Při excesu ohrožené osoby přichází v úvahu odpovědnost za škodu dle ustanovení občanského zákoníku.¹⁶⁸ Do této kategorie lze zařadit též opatření prováděná dle ustanovení § 418 odst. 2 OZ. Dále potom případy oprávněné obrany dle ustanovení § 50 odst. 2 ObchZ. Eliáš k tomu zcela správně poznamenává, že všechna soutěžní opatření - útočná i obranná - musí vyhovovat kritériu dobrých mravů a ostatním podmínkám generální klauzule proti nekalé soutěži. Mnohá domněle obranná jednání budou jen skrytým útokem.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Švestka, J., Dvořák, J. a kol.: Občanské právo hmotné 1. 5. jubilejní vydání. Praha. Wolters Kluwer 2009, s. 231-234.

¹⁶⁹ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 382.

9 VEŘEJNOPRÁVNÍ REGULACE REKLAMY

Veřejnoprávní regulace je obsažena v několika zvláštních právních předpisech, které mají různou dílčí působnost. Výjimkou z tohoto pravidla je zákon o regulaci reklamy, který lze považovat za veřejnoprávní kodex reklamy. Zákon o regulaci reklamy má však v porovnání s právní úpravou práva proti nekalé soutěži obsaženou v obchodním zákoníku daleko užší působnost, protože se věnuje toliko regulaci reklamy a již ne dalším skutkovým podstatám nekalé soutěže. V porovnání se soukromoprávní metodou regulace je pro veřejnoprávní regulaci typická tzv. veřejnoprávní metoda regulace, kdy jednotlivé subjekty vystupují ve vztahu nadřízenosti (typicky orgány veřejné správy) a podřízenosti (nositel subjektivních práv a povinností).¹⁷⁰ Nespornou výhodou veřejnoprávní regulace je jistě skutečnost, že v případech, kdy zásah do práv osoby nedosahuje takového významu, aby se rozhodla vydat cestou soukromoprávní žaloby (resp. jí v tom brání jiné překážky, ať již subjektivní nebo objektivní povahy; nedostatek finančních prostředků, obavy z délky řízení, apod.) a v takových případech, kdy dojde k porušení veřejnoprávní normy, musí příslušný orgán jednat z moci úřední a zahájit správní řízení (v jehož rámci pak dochází k uplatňování veřejnoprávních předpisů), které na osobou postiženou takovým jednáním neklade v podstatě žádné nároky, což může být v určitých situacích i dosti podstatnou nevýhodou, protože taková osoba nemá nad řízením kontrolu a rovněž nemůže zhojit svou hmotnou či nehmotnou újmu. Další výhodou může být i rychlost, s jakou se orgány veřejné moci s případem porušení vypořádají. Je to dáno tím, že právní předpisy stanoví

¹⁷⁰ Dále viz Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: Teorie práva. Praha. ASPI Publishing 2004, s. 100 an.

lhůty, ve kterých má být v dané věci rozhodnuto.¹⁷¹

Reklama je regulována veřejnoprávními normami zejména proto, že reklama cílí na široké vrstvy spotřebitelů a tím ovlivňuje jejich chování i způsob jejich myšlení a proto má stát, resp. společnost, zájem na její regulaci.

9.1 Zákon o regulaci reklamy

Zákon o regulaci reklamy je veřejnoprávní normou, která zasahuje do soukromoprávních vztahů práva nekalé soutěže. Důvodem pro takový zásah je ochrana spotřebitele, který v těchto vztazích často vystupuje. Zákon o regulaci reklamy je obecnou veřejnoprávní normou regulující reklamu, která však obsahuje i regulaci specifických výrobků a služeb (tabákové výrobky, veterinární přípravky a další) a dále též stanovuje dozor nad dodržováním zákona jednotlivými orgány.

9.1.1 Definice reklamy dle zákona o regulaci reklamy

Jak jsem již v úvodu této práce zmínil, definice pojmu *reklama* je obsažena mimo jiné i v zákoně o regulaci reklamy. Její vymezení je užší než definice obsažená v zákoně o rozhlasovém a televizním vysílání, protože zákon o regulaci reklamy zahrnuje pouze aktivity na "*podporu podnikatelské činnosti*", což výrazně omezuje působnost této definice a celé právní normy. Zákon o regulaci reklamy tedy neobsahuje například regulaci politických stran a hnutí, jejichž propagaci upravuje zákon o rozhlasovém a televizním vysílání, ale jen za podmínky, že propagace politických stran a hnutí je prováděna prostřednictvím rozhlasového nebo televizního vysílání.¹⁷² Dle

¹⁷¹ Např. ustanovení § 71 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁷² Další regulaci propagace politických stran a hnutí obsahují některé tzv. volební zákony,

zákona o regulaci reklamy je reklama šířena zejména komunikačními médii, zákon o regulaci reklamy tedy reguluje i reklamu šířenou jiným způsobem než způsoby uvedenými v zákoně o rozhlasovém a televizním vysílání.¹⁷³

9.1.2 Přípustnost reklamy dle zákona o regulaci reklamy

Zákon o regulaci reklamy ve svém ustanovení § 2 odst. 1 explicitně **zakazuje**:

- (a) reklamu na zboží, služby nebo jiné výkony či hodnoty, jejichž prodej, poskytování nebo šíření je v rozporu s právními předpisy,
- (b) reklamu založenou na podprahovém vnímání; takovou reklamou se pro účely tohoto zákona rozumí reklama, která by měla vliv na podvědomí fyzické osoby, aniž by ji tato osoba vědomě vnímala,
- (c) reklamu, která je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního právního předpisu,
- (d) reklamu skrytou; takovou reklamou se pro účely tohoto zákona rozumí reklama, u níž je obtížné rozlišit, že se jedná o reklamu, zejména proto, že není jako reklama označena,¹⁷⁴

k tomu dále viz 9.10.

¹⁷³ Ustanovení § 1 odst. 3 ZRR dále vymezuje pojem "komunikační média" jako "prostředky umožňující přenos reklamy, zejména periodický tisk a neperiodické publikace, rozhlasové a televizní vysílání, audiovizuální projekce, počítačové sítě, nosiče audiovizuálních děl, plakáty a letáky".

¹⁷⁴ Za skrytou reklamu se však nepovažuje reklama splňující podmínky zákona o rozhlasovém a televizním vysílání a zákona o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání a dle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 As 24/2010 ze dne 24. června 2010 se za skrytou reklamu nepovažuje vystoupení vrcholového sportovce v televizním vysílání v oblečení charakteristickém pro sport, který provozuje, či pro životní styl s daným sportem obecně spojovaný, i když určité prvky oblečení jsou nosiči reklamního sdělení. O skrytou reklamu by však mohlo jít, pokud by si sportovec takové

- (e) šíření nevyžádané reklamy, pokud vede k výdajům adresáta nebo pokud adresáta obtěžuje; na šíření reklamy elektronickými prostředky a jeho omezení se vztahuje zvláštní právní předpis, za reklamu, která obtěžuje, se považuje reklama směřující ke konkrétnímu adresátovi za podmínky, že adresát dal předem jasně a srozumitelně najevo, že si nepřeje, aby vůči němu byla nevyžádaná reklama šířena,
- (f) reklamu šířenou na veřejně přístupných místech mimo provozovnu jiným způsobem než prostřednictvím reklamního nebo propagačního zařízení zřízeného podle zvláštního právního předpisu, stanoví-li tak obec svým nařízením vydaným v přenesené působnosti.

Srovnávací reklama je pak přípustná za podmínek stanovených zákonem o regulaci reklamy a zvláštním právním předpisem, jímž měl zákonodárce na mysli ustanovení § 50a ObchZ (k tomu viz kapitola 6.3). Další požadavky na reklamu potom stanovuje: (i) ustanovení § 2 odst. 3 ZRR, které stanoví, že reklama nesmí být v rozporu s dobrými mravy, zejména nesmí obsahovat jakoukoliv diskriminaci z důvodů rasy, pohlaví nebo národnosti nebo napadat náboženské nebo národnostní cítění, ohrožovat obecně nepřijatelným způsobem mravnost, snižovat lidskou důstojnost, obsahovat prvky pornografie,¹⁷⁵ násilí nebo prvky využívající motivu strachu; reklama nesmí napadat politické přesvědčení, (ii) ustanovení § 2 odst. 4 ZRR, které stanoví, že reklama nesmí podporovat chování poškozující zdraví nebo ohrožující bezpečnost osob nebo majetku, jakož i jednání poškozující zájmy na ochranu životního prostředí a (iii) ustanovení § 2 odst. 5 ZRR, které stanoví povinnost

oblečení, ač je jinak při sportovních akcích nebo příležitostech spojených s tímto sportem nebo s ním souvisejícím životním stylem nenosí, vzal s cílem adresovat prostřednictvím televizního vysílání skryté reklamní sdělení divákům. In Sbíрка rozhodnutí NSS č. 7/2011.

¹⁷⁵ Definicí pojmu *pornografie* se zabíral Nejvyšší správní soud, viz rozhodnutí sp. zn. 5 As 32/2007 ze dne 27. září 2007.

oddělit a zřetelně rozlišit reklamu od ostatního sdělení, jsou-li šířeny společně.

9.1.3 Sponzorování

Vedle reklamy upravuje zákon o regulaci reklamy rovněž sponzorování (prezentování sponzora), které je další formou prezentace a dle zákona o regulaci reklamy nikoliv jen podnikatele. Dle ustanovení § 6b odst. 4 ZRR se na sponzorování vztahuje právní úprava regulace reklamy dle zákona o regulaci reklamy, pokud zákon nestanoví něco jiného. Vedle zákona o regulaci reklamy obsahuje legální definici sponzorování i zákon o rozhlasovém a televizním vysílání, který obsahuje zvláštní úpravu pro sponzorské vzkazy v rozhlasovém a televizním vysílání.¹⁷⁶

9.1.4 Odpovědnost za obsah a šíření reklamy dle zákona o regulaci reklamy

(a) Zpracovatel

Zpracovatel odpovídá za obsah reklamy v plném rozsahu v případě, že byla zpracována pro jeho vlastní potřebu. Pokud byla reklama zpracována pro třetí osobu, odpovídají za její soulad se zákonem zpracovatel a zadavatel společně a nerozdílně. Zpracovatel se své odpovědnosti nezproští poukazem na zadání reklamy dodané zadavatelem, ledaže se jedná o údaje, jejichž pravdivost není schopen posoudit ani s vyložением veškerého úsilí. Zpracovatel je dále povinen na výzvu orgánu dozoru pro účely správního řízení sdělit údaje o

¹⁷⁶ Ustanovení § 1 odst. 4 ZRR stanoví, že "sponzorováním se rozumí příspěvek poskytnutý s cílem podporovat výrobu nebo prodej zboží, poskytování služeb nebo jiné výkony sponzora. Sponzorem se rozumí právnická nebo fyzická osoba, která takový příspěvek k tomuto účelu poskytne." Dle ustanovení § 2 písm s) RTV se sponzorováním rozumí "jakýkoliv příspěvek od osoby, která neprovozuje rozhlasové a televizní vysílání, neposkytuje audiovizuální mediální služby na vyžádání, ani nevyrábí audiovizuální díla, poskytnutý k přímému nebo nepřímému financování rozhlasového nebo televizního programu nebo pořadu s cílem propagovat své jméno nebo název, ochrannou známku, výrobky, služby, činnosti nebo obraz na veřejnosti."

zadavateli a šířiteli reklamy (je-li mu znám).

(b) Šířitel

Šířitel odpovídá za způsob šíření reklamy dle zákona o regulaci reklamy a má povinnost oznámit osobě, která prokáže oprávněný zájem, kdo je zadavatelem a zpracovatelem takové reklamy. Šířitel je povinen sdělit na výzvu orgánu dozoru pro účely správního řízení informace o osobě, která u něj šíření reklamy objednala.

(c) Zadavatel

Zadavatel se zproští své odpovědnosti za obsah šířené reklamy, která je v rozporu se zákonem, prokáže-li, že zpracovatel nedodržel jeho pokyny pro zpracování reklamy a důsledkem je rozpor této reklamy se zákonem. Zadavatel je dále povinen uchovávat ukázkou každé reklamy nejméně po dobu 5 let, ode dne kdy byla naposledy šířena a dále je povinen na výzvu sdělit orgánu dozoru pro účely správního řízení, údaje o šířiteli a o zpracovateli reklamy jím zadané reklamy.

(d) Příjemce příspěvku

Příjemce příspěvku jehož cílem je sponzorování dle zákona o regulaci reklamy je povinen s takovým příspěvkem naložit v souladu se zákonem o regulaci reklamy.

9.1.5 Dozor nad dodržováním zákona

Dozorem nad dodržováním zákona o regulaci reklamy je pověřeno hned několik orgánů dle oblastí, v nichž vykonávají své pravomoci. Mezi tyto orgány patří Rada pro rozhlasové a televizní vysílání (reklama a sponzorování šířené rozhlasovým a televizním vysíláním), Státní úřad pro kontrolu léčiv (sponzorování a reklama na humánní léčivé přípravky, lidské tkáně a buňky), Ministerstvo zdravotnictví (sponzorování a reklama na zdravotní péči), Státní rostlinolékařská správa (reklama na přípravky na

ochranu rostlin), Ústav pro státní kontrolu veterinárních biopreparátů a léčiv (reklama na veterinární léčivé přípravky), Úřad pro ochranu osobních údajů (nevyžádaná reklama šířená elektronicky) a krajské živnostenské úřady (v ostatních záležitostech).

9.1.6 Sankce

Zákon o regulaci reklamy uvádí jako sankce za porušení pořádkovou pokutu, nařízení odstranění nebo ukončení reklamy, která je v rozporu se zákonem o regulaci reklamy, s určením k tomu přiměřené lhůty, zákaz nebo pozastavení šíření nepřijatelné srovnávací reklamy nebo reklamy, která je nekalou obchodní praktikou, případně i nařízení zveřejnění rozhodnutí orgánu dozoru na náklady toho, komu zveřejnění orgán dozoru nařídil (je-li ohroženo zdraví nebo život osob v důsledku dalšího šíření takové reklamy).

9.2 Zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání

Zákon o rozhlasovém a televizním vysílání je zvláštním právním předpisem k zákonu o regulaci reklamy, tzn. že zákon o regulaci reklamy se použije jen v případech, kdy zákon o rozhlasovém a televizním vysílání nestanoví něco jiného. Ve vztahu k regulaci reklamy pak zákon o rozhlasovém a televizním vysílání upravuje povinnosti provozovatelů vysílání při vysílání reklamy, sponzorování nebo teleshoppingu¹⁷⁷ (společně "**obchodní sdělení**")¹⁷⁸

¹⁷⁷ Dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. r) se teleshoppingem rozumí přímá nabídka zboží, a to včetně nemovitého majetku, práv a závazků, nebo služeb, určená veřejnosti a zařazená do rozhlasového či televizního vysílání za úplaty nebo obdobnou protihodnotu. Dle rozhodnutí Městského soudu v Praze sp. zn. 10 Ca 240/2009 ze dne 3. prosince 2009 se teleshoppingem nerozumí přímá nabídka zboží určená veřejnosti, kterou by učinil ve vysílání sám provozovatel vysílání, ale vždy jen nabídka jiných subjektů zařazená do vysílání za úplatu.

Rozdíl mezi reklamou a teleshoppingem je ten, že v případě teleshoppingu je možná okamžitá reakce diváka, "...může na nabídku reagovat teď hned a koupit si daný výrobek. Může zatelefonovat, objednat si ho, nebo jít na webovou stránku a tam si ho koupit. Zpravidla je vázáno na nějaké akce." Dále viz rozhovor s předsedkyní Rady pro rozhlasové a televizní vysílání: Určíme hranice product placementu, vzkazuje televizím šéfka Rady pro

prostřednictvím rozhlasového nebo televizního vysílání.

9.2.1 Požadavky na obchodní sdělení dle zákona o rozhlasovém a televizním vysílání

Zákon o rozhlasovém a televizním vysílání v ustanovení § 48 odst. 1 stanovuje, že provozovatelé vysílání nesmějí zařazovat do vysílání:

- (a) obchodní sdělení, která nejsou snadno rozpoznatelná,
- (b) obchodní sdělení, která podporují chování ohrožující zdraví nebo bezpečnost nebo chování, které hrubě ohrožuje ochranu životního prostředí,
- (c) obchodní sdělení, v nichž účinkují hlasatelé, moderátoři a redaktoři zpravodajských a politicko-publicistických pořadů,
- (d) náboženská a ateistická obchodní sdělení,
- (e) obchodní sdělení politických stran a hnutí a obchodní sdělení nezávislých kandidátů na poslance, senátory nebo členy zastupitelstva územního samosprávného celku, pokud zvláštní zákon nestanoví jinak,¹⁷⁹

vysílání, dostupný z: <http://www.digizone.cz/clanky/urcime-hranice-product-placementu-rika-sefka-rrtv/>.

¹⁷⁸ Zákon o rozhlasovém a televizním vysílání zahrnuje pod legislativní zkratku "obchodní sdělení" vedle reklamy a teleshoppingu rovněž i umístění produktu do televizního vysílání nebo jiné obrazové sekvence se zvukem nebo beze zvuku, které jsou určeny k přímé nebo nepřímé propagaci zboží nebo služeb osoby vykonávající hospodářskou činnost, popřípadě jejího obrazu na veřejnosti, a která doprovází pořad nebo je do pořadu zahrnuta za úplaty nebo obdobnou protihodnotu nebo za účelem vlastní propagace (ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) RTV).

¹⁷⁹ Reklama politických stran a hnutí je tedy v zásadě zakázaná, avšak zvláštní zákony mohou z tohoto zákazu stanovit výjimky. Konkrétně se jedná o zákon č. 247/1995 Sb., o volbách do Parlamentu České republiky a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (viz ustanovení § 16) a o zákon č. 62/2003 Sb., o volbách do Evropského parlamentu a o změně některých zákonů (viz ustanovení § 59), ve znění pozdějších předpisů. Oba zákony umožňují reklamu v rámci volební kampaně v České televizi a Českém rozhlase v době počínající 16 dnů a končící 48 hodin před zahájením

- (f) obchodní sdělení týkající se léčivých přípravků nebo léčebných postupů, které jsou v České republice dostupné pouze na lékařský předpis,
- (g) obchodní sdělení týkající se cigaret nebo jiných tabákových výrobků,
- (h) skrytá obchodní sdělení,
- (i) obchodní sdělení obsahující podprahové sdělení,
- (j) obchodní sdělení, která snižují lidskou důstojnost,
- (k) obchodní sdělení útočící na víru nebo náboženství nebo na politické nebo jiné smýšlení,
- (l) obchodní sdělení obsahující diskriminaci na základě pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického nebo jiného smýšlení, národního nebo sociálního původu, příslušnosti k národnostní nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení.

Obchodní sdělení dále nesmějí fyzicky nebo mravně ohrožovat děti a mladistvé. Za pravdivost údajů uvedených v obchodním sdělení potom odpovídá zadavatel obchodního sdělení, pokud jej nelze určit, odpovídá provozovatel vysílání.

9.2.2 Povinnosti provozovatele při zařazování reklamy a teleshoppingu do vysílání

Provozovatel musí zajistit, aby reklama a teleshopping zařazované do

voleb, v rozsahu 14 hodin v České televizi i Českém rozhlase. Tento časový prostor je rozdělen rovným dílem mezi všechny kandidující politické strany, politická hnutí a koalice. Konkrétní termíny vysílacích časů se určí losem. Odpovědnost za obsah těchto pořadů potom mají tyto politické strany, hnutí a koalice. Politická obchodní sdělení v jiných médiích však nejsou žádným jiným právním předpisem výslovně regulována, tudíž lze tato média využívat pro politická obchodní sdělení v zásadě bez dalších omezení.

vysílání byl rozeznatelně odděleny od ostatních částí vysílání, ať již zvukově, obrazově nebo obrazově-zvukově (ustanovení § 49 odst. 1 písm. a) RTV). Provozovatel je dále povinen zajistit, aby izolované reklamy nebo telshoppingové šoty byly do vysílání zařazovány jen zcela výjimečně, vyjma sportovních událostí. Toto omezení se vztahuje pouze na televizní vysílání (ustanovení § 49 odst. 1 písm. b) RTV). Reklamy a teleshopping na erotické služby a výrobky mohou být do vysílání zařazovány jen v době od 22 do 6 hodin (ustanovení § 49 odst. 1 písm. c) RTV).¹⁸⁰ Reklama a teleshopping nesmějí být vysílány bezprostředně před zahájením, po skončení nebo v průběhu vysílání bohoslužeb (ustanovení § 49 odst. 1 písm. d) RTV a § 49 odst. 5 RTV) a nesmí narušit celistvost pořadu (§ 49 odst. 2 RTV). Provozovatel vysílání ze zákona¹⁸¹ smí vkládat reklamu nebo teleshopping pouze mezi pořady nebo do přirozených přestávek v pořadech (ustanovení § 49 odst. 7 RTV)

9.2.3 Časový rozsah reklamy a teleshoppingu v televizním a rozhlasovém vysílání

Zákon o rozhlasovém a televizním vysílání dále stanovuje v ustanoveních § 50 a § 51 časový rozsah reklamy v televizním a rozhlasovém vysílání, a to následovně:

- (a) Provozovatelé televizního vysílání nemohou do vysílání zařadit více než 12 minut reklam a teleshoppingu během jedné vysílací hodiny. Pro provozovatele televizního vysílání ze zákona však platí, že v zásadě nesmí do vysílání zařazovat reklamu a teleshopping, kromě

¹⁸⁰ Toto omezení se však neuplatní, má-li provozovatel uzavřenou písemnou smlouvu s osobou starší 18 let a je zamezen k vysílání přístup mladistvím a dětem.

¹⁸¹ Jedná se o Českou televizi zřízenou zákonem č. 483/1991 Sb., o České televizi, ve znění pozdějších předpisů a o Český rozhlas zřízený na základě zákona č. 484/1991 Sb., o Českém rozhlasu, ve znění pozdějších předpisů.

reklamy přímo spojené¹⁸² s vysíláním určité kulturní nebo sportovní události, je-li to podmínkou licenčních podmínek. Ani jedno z výše uvedených omezení se však neuplatní na oznámení provozovatele ohledně jeho vlastních pořadů a doprovodných výrobků a bezúplatně odvysílaná oznámení ve veřejném zájmu nebo ve prospěch obecně prospěšných cílů a bezúplatně odvysílaná upozornění na charitativní akce (§ 50 odst. 4 RTV) a do vysílacího času se nezapočítává vysílání teletextu.¹⁸³

- (b) Provozovatelé rozhlasového vysílání ze zákona¹⁸⁴ nesmí čas věnovaný reklamě a teleshoppingu přesáhnout 3 minuty denního vysílacího času na celoplošném vysílacím okruhu a 5 minut denního vysílacího času

¹⁸² Pod pojmem "přímo spojené" s reklamou se rozumí zařazení reklamy do programu bezprostředně před vysíláním, bezprostředně po vysílání nebo zařazení do přestávek takové sportovní nebo kulturní události.

¹⁸³ U provozovatelů televizního vysílání s licenci se do časového omezení vysílání reklam nezapočítávají tzv. teleshoppingové bloky, kterým zákon o rozhlasovém a televizním vysílání rozumí souvislé teleshoppingové vysílání trvajícím alespoň 15 minut zřetelně označené obrazovými a zvukovými prostředky.

¹⁸⁴ Tzv. diginovela (zákon č. 304/2007 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s dokončením přechodu zemského analogového televizního vysílání na zemské digitální vysílání) počítá s tím, že po přechodu na digitální televizní vysílání bude reklama na České televizi úplně zakázána. V současné době se vedou spory o to, zda je rozhodným dnem pro ukončení vysílání reklamy v České televizi 11. listopad 2011, nebo až 30. červen 2012 (výjimka pro přechod Jesenicka a Zlínka na digitální televizní vysílání). V současnosti je rovněž projednáván senátní návrh, který by novelizoval zákon o regulaci reklamy a tento zákaz vysílání reklamy v České televizi by zrušil (sněmovní tisk 27/0, část 1/4). Návrh zákona byl schválen Poslaneckou sněmovnou s pozměňovacími návrhy, které stanovují, že Česká televize nesmí vysílat reklamu na svých internetových stránkách, nesmí vysílat teleshopping a smí vysílat reklamu jen v rámci vysílání kulturní nebo sportovní akce, pokud je to nezbytná podmínka k získání licenčních práv pro jejich odvysílání. Reklama na programech ČT 2 a ČT 4 má pak zůstat na dosavadních 0,5% denního vysílacího času. Příjmy z reklamy na programu ČT 2 budou odvedeny Státnímu fondu kultury a peníze z reklamy na ČT 4 budou sloužit výrobě sportovních pořadů. Komerční televize Nova, Prima a TV Barrandov budou pak odvádět do Státního fondu kinematografie 2% ze svých čistých ročních výnosů z reklamy. Přičemž dle současného znění návrhu zákona by však nemělo být dotčeno vysílání sponzoringu a umístění produktu (*product placement*) na programech České televize (stav aktuální k 20. červenci 2011). Z tohoto pohledu jsou jistě zajímavé příjmy České televize z reklamy, jejichž přehled je přiložen jako Příloha 3 této práce.

na místním okruhu (ustanovení § 51 odst. 1 RTV),¹⁸⁵ zatímco ostatní provozovatelé rozhlasového vysílání nesmí překročit 25% denního vysílacího času věnovaného reklamě nebo teleshoppingu. Do časového omezení reklamního času se však v ani jednom případě nezapočítávají oznámení provozovatele učiněná ve spojení s vlastními pořady, zbožím nebo službami přímo odvozenými od těchto pořadů, bezplatně odvysílaná oznámení ve veřejném zájmu a charitativní oznámení (ustanovení § 51 odst. 4 RTV).

9.2.4 Sponzorování

Zákon o rozhlasovém a televizním vysílání stanovuje požadavky na provozovatele vysílání sponzorovaných rozhlasových a televizních programů a pořadů:

- (a) jejich obsah a chronologické uspořádání pořadů a dalších částí vysílání nesmí být ovlivněny způsobem, kterým by mohla být dotčena redakční odpovědnost a nezávislost provozovatele vysílání,
- (b) nesmí přímo nabádat k nákupu nebo pronájmu zboží nebo služeb, zejména zvláštním zmiňováním zboží nebo služeb za účelem propagace,
- (c) provozovatel vysílání je dále povinen každý zcela nebo zčásti sponzorovaný pořad vždy na začátku, v průběhu i na konci zřetelně označit jménem nebo názvem, logem nebo jinou značkou sponzora (ustanovení § 53 odst. 4 RTV). Sponzorovat však nelze politicko-publicistické pořady a programy u nichž nadpoloviční podíl denního vysílacího času tvoří pořady, které nelze sponzorovat (ustanovení § 53 odst. 6 a 7 RTV).

¹⁸⁵ Čas vyhrazený reklamě však nesmí přesáhnout 0,5 % denního vysílacího času a v době od 19 do 22 hodin nesmí překročit 6 minut v průběhu jedné vysílací hodiny.

9.2.5 Umístění produktu (tzv. product placement)

Zákon o rozhlasovém a televizním vysílání umožňuje umístění produktu až od přijetí novely provedenou zákonem č. 132/2010 Sb., zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání, a to s účinností od 1. června 2010.¹⁸⁶ Do té doby bylo takové jednání posuzováno dle relevantních ustanovení upravující skrytou reklamu a až výše uvedenou novelou došlo k stanovení výjimek z absolutního zákazu skryté reklamy, který však i po novelizaci zákona o rozhlasovém a televizním vysílání trvá (s níže uvedenými výjimkami).

Dle ustanovení § 53 odst. 1 RTV je umístění produktu v pořadech přípustné jen v:

- (a) kinematografických dílech, ve filmech a seriálech vytvořených pro televizní vysílání nebo pro audiovizuální mediální služby na vyžádání, ve sportovních a zábavných pořadech, a to za podmínky, že se nejedná o pořady pro děti, nebo
- (b) případech, kdy se neprovádí žádná platba, ale pouze se bezplatně poskytuje určité zboží nebo služby, zejména rekvizity nebo ceny pro soutěžící s cílem zařadit je do pořadu.

Ustanovení § 53a odst. 2 RTV dále stanovuje následující požadavky na pořady obsahující umístění produktu:

- (a) jejich obsah a doba zařazení do vysílání nesmějí být ovlivněny tak, aby tím byla dotčena redakční odpovědnost a nezávislost

¹⁸⁶ K přijetí tohoto zákona došlo v souvislosti s transpozicí směrnice Rady 89/552/EHS ze dne 3. října 1989 o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání, směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/36/ES ze dne 30. června 1997 a směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2007/65/ES ze dne 11. prosince 2007, kterými se mění směrnice Rady 89/552/EHS. Za účelem sjednocení všech tří znění směrnic bylo v roce 2010 přijato oficiální kodifikované znění – Směrnice o audiovizuálních mediálních službách.

provozovatele televizního vysílání,

- (b) nesmějí přímo nabídat k nákupu nebo pronájmu zboží nebo služeb, zejména zvláštním zmiňováním tohoto zboží nebo služeb za účelem jejich propagace,
- (c) nesmějí nepatříčně zdůrazňovat umístěný produkt.¹⁸⁷
- (d) Pořady obsahující umístění produktu musejí být na začátku, na konci a v případě přerušení pořadu reklamou nebo teleshoppingovými šoty, i po tomto přerušení, *zřetelně označeny* jako pořady obsahující umístění produktu,¹⁸⁸ tato povinnost se však nevztahuje na pořady, které nevyrobil nebo jejichž výrobu nezadal přímo provozovatel televizního vysílání (nebo osoba provozovatele ovládající nebo provozovatelem ovládaná ve smyslu ustanovení § 66a ObchZ) (ustanovení § 53a odst. 4 RTV). Označovány tak budou pouze pořady, které provozovatel sám vyrobil nebo jejichž výrobu zadal, takže povinnost umístit označení se

¹⁸⁷ Dle stanoviska Rady pro rozhlasové a televizní vysílání ze dne 31. května 2010 se za nepatříčné zdůrazňování považuje:

- neopodstatněné zmiňování produktu nad rámec dějového kontextu s cílem na produkt upozornit a vzbudit divákův zájem o produkt;
- vyzdvihování a vychvalování kvalit produktu;
- nepřírozená kumulace výskytu jediného produktu;
- uvedení kontaktu (adresy, www stránek, telefonního kontaktu) na prodejce produktu či poskytovatele služby;
- zdůrazňování produktu obrazovými prostředky (detaily produktu bez zjevného dramaturgicko-režijního opodstatnění).

¹⁸⁸ Provozovatelé televizního vysílání sdružení do Asociaci televizních organizací se dohodly na označování takových pořadů značkou "PP", přičemž každý člen bude tuto značku uvádět pod svým individuálním grafickým označením. Dle stanovisek Rady pro rozhlasové a televizní vysílání ze dne 26. května 2010 a 31. května 2010 Rada požadovala, aby zkratku "PP" tvořila bílá písmena na černém podkladu zabírající alespoň 15% obrazovky a první tři měsíce po spuštění *product placementu* měla být doplněna o upozornění v psané i mluvené podobě ve znění: "Tento pořad obsahuje komerční sdělení ve formě umístění produktu za účelem propagace zboží či služeb.". Tyto požadavky byly však Asociací televizních organizací kategoricky odmítnuty (viz tisková zpráva ATO ze dne 8. června 2010).

nebude vztahovat na žádné zahraniční pořady.

- (e) Pořady nesmějí v žádném případě obsahovat umístění produktu pokud se jedná o cigarety nebo jiné tabákové výrobky nebo umístění produktu osob, jejichž hlavním předmětem činnosti je výroba nebo prodej cigaret nebo jiných tabákových výrobků nebo léčivých přípravků a postupů, které jsou v České republice dostupné pouze na lékařský předpis (§ 53a odst. 4 RTV).

9.2.6 Dozor

Orgánem dozoru pro reklamu šířenou v rozhlasovém a televizním vysílání a v audiovizuálních službách na vyžádání a pro sponzorování v rozhlasovém a televizním vysílání a v audiovizuálních mediálních službách je Rada pro rozhlasové a televizní vysílání (ustanovení § 7 odst. 1 písm. a) ZRR).¹⁸⁹

9.3 Zákon o ochraně spotřebitele

Do zákona o ochraně spotřebitele byla z velké části transponována Směrnice o nekalých obchodních praktikách, k tomu blíže viz kapitola 10.2.4.

9.4 Tiskový zákon

Tento zákon upravuje zejména odpovědnost za obsah reklamy a inzerce vydavatelů a dalších právnických a fyzických osob v souvislosti s vydáváním periodického tisku.¹⁹⁰ Z pravidla, že vydavatel odpovídá za obsah periodického tisku, stanoveného v ustanovení § 4 TIZ, stanovuje zákon výjimku (ust. § 5 TIZ), dle které vydavatel není odpovědný za

¹⁸⁹ Rada pro rozhlasové a televizní vysílání byla zřízena zákonem, konkrétně na základě ustanovení § 4 odst. 1 RTV.

¹⁹⁰ Dle ustanovení § 3 písm. a) TIZ se periodickým tiskem rozumí: *"noviny, časopisy a jiné tiskoviny vydávané pod stejným názvem, se stejným obsahovým zaměřením a v jednotné grafické úpravě nejméně dvakrát v kalendářním roce"*.

pravdivost údajů obsažených v reklamě či inzerci uveřejněných v periodickém tisku. To však neplatí pro vlastní reklamu a inzerci samotného vydavatele (odpovědnost dle zákon o regulaci reklamy a zákona o rozhlasovém a televizním vysílání tím však zůstává nedotčena).¹⁹¹

Orgánem dozoru jsou stanoveny krajské úřady, které tuto činnost mají vykonávat v přenesené působnosti.

9.5 Zákon na ochranu zvířat proti týrání

Zákon na ochranu zvířat proti týrání v ustanovení § 2 odst. 2 zakazuje všechny formy propagace týrání zvířat. Dozor nad dodržováním ustanovení zákona na ochranu zvířat proti týrání je rozdělen mezi Ministerstvo zemědělství, Ministerstvo vnitra, Ministerstvo obrany, orgány veterinární správy, obecní úřady obcí s rozšířenou působností, ústřední orgány státní správy a Akademie věd ČR, pokud do okruhu jejich působnosti spadá předmět činnosti osob, které provádějí pokusy na zvířatech.

9.6 Zákon o podmínkách výroby, šíření a archivování audiovizuálních děl

Zákon o podmínkách výroby, šíření a archivování audiovizuálních děl ve svém ustanovení § 5 stanovuje povinnost pořadatele zajistit, aby reklama uveřejňovaná během audiovizuálního představení¹⁹² byla od ostatního obsahu oddělena a označena jako reklama.

9.7 Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání

Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání transponuje

¹⁹¹ Dle rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 30 Cdo 993/2005 ze dne 22. prosince 2005 vydavatel v takových případech není ani povinen uveřejnit požadovanou odpověď dotčené osoby.

¹⁹² Dle ustanovení § 1 písm. c) se audiovizuálním představením rozumí "veřejné předvedení audiovizuálního díla pomocí technického zařízení".

směrnice Rady 89/552/EHS ze dne 3. října 1989 o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání, směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/36/ES ze dne 30. června 1997 a směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2007/65/ES ze dne 11. prosince 2007, kterými se mění směrnice Rady 89/552/EHS. Za účelem sjednocení všech tří znění směrnic bylo v roce 2010 přijato oficiální kodifikované znění – Směrnice o audiovizuálních mediálních službách.

Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání rovněž významně novelizoval zákon o regulaci reklamy a zákon o rozhlasovém a televizním vysílání, z pohledu regulace reklamy zejména v tom smyslu, že nově zavádí institut umístění produktu do televizního vysílání a v zákoně o rozhlasovém a televizním vysílání v podstatě došlo k přijetí zcela nové úpravy regulace obchodních sdělení (tento pojem je užívá namísto reklamy a zahrnuje vedle reklamy rovněž i teleshopping, sponzorování a v případě televizního vysílání i umístění produktu).

9.7.1 Audiovizuální mediální služby na vyžádání

Samotný zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání hned v úvodu stanovuje, co se rozumí audiovizuální mediální službou na vyžádání: je jí služba informační společnosti,¹⁹³ za kterou má redakční odpovědnost poskytovatel audiovizuální služby na vyžádání a jejímž hlavním cílem je poskytování pořadů veřejnosti¹⁹⁴ za účelem informování,

¹⁹³ Jedná se pojem, který do práva ES přinesla směrnice Evropského parlamentu 98/34/ES o postupu při poskytování informací v oblasti norem a technických předpisů, ze dne 22. června 1998, která byla provedena do českého právního řádu zákonem č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů (zákon o některých službách informační společnosti), který vymezuje službu informační společnosti jako jakoukoliv službu, poskytovanou elektronickými prostředky na individuální žádost uživatele, zpravidla za úplatu. Z uvedeného vyplývá, že audiovizuální mediální služby na vyžádání jsou jedním z druhů služeb informační společnosti.

¹⁹⁴ Dle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 As 3/2007 ze dne 29. srpna 2007

zábavy nebo vzdělávání, a která umožňuje sledování pořadů v okamžiku zvoleném uživatelem a na jeho individuální žádost¹⁹⁵ na základě katalogu pořadů sestaveného poskytovatelem audiovizuální mediální služby na vyžádání (§ 2 odst. 1 písm. a) ZAMS).¹⁹⁶ Za audiovizuální službu na vyžádání se však nepovažuje služba, která:

- a) nemá povahu činnosti především hospodářské¹⁹⁷ nebo která nesoutěží s televizním vysíláním,
- b) není určena k příjmu veřejnosti,
- c) nemá jako hlavní účel poskytování pořadů,
- d) nemůže přímo nebo nepřímo přijímat veřejnost v žádném členském státě Evropské unie prostřednictvím zařízení technicky způsobilého k individuálně volitelné reprodukci audiovizuální mediální služby na vyžádání, které je dostupné v obchodní síti (§ 2 odst. 2

pojmem "veřejnost" lze chápat tak, že služba je otevřena všem zákazníkům, kteří o ni projeví zájem a splní kvalifikační předpoklady, tj. opatří si odpovídající přístroj a zaplatí poplatek, nicméně splnění těchto předpokladů záleží výlučně na jejich rozhodnutí. O odlišnou situaci by se jednalo kupříkladu v případě vnitřních sítí, které jsou přístupné pouze členům uzavřené společnosti, např. jen zaměstnancům určité obchodní společnosti provozující vnitřní síť v podobě tzv. intranetu (srov. § 2 odst. 3 RTV), podobně judikoval i ESD v rozhodnutí ve věci *Mediakabel BV v. Commissariaat voor de Media C-89/04* ze dne 5. června 2005.

¹⁹⁵ Za splnění tohoto kritéria lze v podstatě považovat jakoukoliv aktivitu uživatele služby, na jejímž základě je služba poskytnuta. In Polčák R.: *Odpovědnost poskytovatelů služeb informační společnosti*. Právní rádce. 2009, č. 23, s. 838.

¹⁹⁶ Dle Pouperové zákonnému vymezení audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání nevyhovují např. soukromé webové stránky, z nichž jsou dostupná videa vytvářená soukromými autory za účelem sdílení "spřátelenými" uživateli, internetové archivy krátkých videí uložených uživateli, která zachycují útržkovité scénky, spoty či klipy, ani webové stránky obchodních společností, z nichž jsou dostupná reklamní videa. In Pouperová, O.: *Regulace médií*. Praha. Leges 2010, s. 107.

¹⁹⁷ K tomu viz rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 9 Afs 11/2008 ze dne 10. září 2009.

ZAMS).¹⁹⁸

Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání tedy upravuje využívání služeb typu *video on demand*, které spočívají ve vytváření archivů pořadů dostupných jejich uživatelům prostřednictvím elektronických komunikací. Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání tím reguluje takzvané nelineární audiovizuální mediální služby na vyžádání, tj. pořady o jejichž začátku, přerušení a ukončení rozhoduje každý jednotlivý uživatel podle svých vlastních preferencí a takový uživatel i určuje programovou skladbu prostřednictvím výběru z katalogu pořadů. Tím se také liší od televizního vysílání, kde o těchto parametrech rozhoduje provozovatel.

9.7.2 Poskytovatelé audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání

Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání se vztahuje na poskytovatele audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání v případě, že jsou usazeni na území České republiky¹⁹⁹ nebo pokud jsou takoví poskytovatelé usazeni v jiném členském státě Evropské unie a k poskytování audiovizuálních služeb na vyžádání využívají zařízení pro přenos vzestupného signálu umístěného v České republice nebo kapacitu družice příslušející České republice (pokud nevyužívají zařízení pro přenos vzestupného signálu družici umístěnou v České republice nebo jiném členském státě Evropské unie). Poskytovatelé audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání mají povinnost se evidovat u Rady pro rozhlasové a televizní vysílání (ust. § 5 ZAMS), která je zároveň i orgánem dozoru (ust. § 4 ZAMS).

¹⁹⁸ Tato negativní definice v podstatě kopíruje ustanovení § 2 odst. 5 RTV.

¹⁹⁹ Ustanovení § 3 odst. 2 a odst. 4 ZAMS stanovuje, co se rozumí usazením na území České republiky ve smyslu zákona o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání.

Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání (§ 8 odst. 1 a 3) dále stanovuje následující povinnosti poskytovatelů audiovizuálních služeb na vyžádání ohledně audiovizuálních obchodních sdělení²⁰⁰ obsažených v rámci jím poskytované audiovizuální mediální služby na vyžádání:

- (a) byla snadno rozpoznatelná,
- (b) nenarušovala lidskou důstojnost,
- (c) neobsahovala nebo nepodporovala diskriminaci z důvodu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického nebo jiného smýšlení, národního nebo sociálního původu, příslušnosti k národnostní nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení,
- (d) nepodporovala chování ohrožující zdraví nebo bezpečnost,
- (e) nepodporovala chování vážně ohrožující ochranu životního prostředí,
- (f) audiovizuální obchodní sdělení týkající se alkoholických nápojů nesmějí být zaměřena na děti a mladistvé a nesmějí podporovat nestřídmou konzumaci těchto nápojů.

Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání (ust. § 8 odst. 2) dále zakazuje:

- (a) skrytá audiovizuální obchodní sdělení,
- (b) audiovizuální obchodní sdělení týkající se cigaret nebo jiných tabákových výrobků,

²⁰⁰ Audiovizuálním obchodním sdělením ve smyslu zákona o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání se rozumí obrazová sekvence se zvukem nebo bez zvuku, která je určena k přímé nebo nepřímé propagaci zboží nebo služeb osoby vykonávající hospodářskou činnost, popřípadě jejího obrazu na veřejnosti, a která doprovází pořad nebo je do pořadu zahrnuta za úplaty nebo obdobnou protihodnotu nebo za účelem vlastní propagace; audiovizuální obchodní sdělení může mít zejména podobu reklamy, sponzorování nebo umístění produktu (ustanovení § 2 odst. 1 písm. e) ZAMS).

- (c) audiovizuální obchodní sdělení týkající se léčivých přípravků nebo léčebných postupů, které jsou v České republice dostupné pouze na lékařský předpis,
- (d) ustanovení § 8 odst. 4 ZAMS dále obsahuje určité požadavky vztahující se na audiovizuální obchodní sdělení ve vztahu k mravní výchově dětí a mladistvých,²⁰¹
- (e) ustanovení § 9 ZAMS stanovuje v zásadě stejné požadavky na sponzorované audiovizuální služby a pořady a na umístění produktu do audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání jako zákon o rozhlasovém a televizním vysílání (k tomu viz kapitoly 9.2.4 a 9.2.5),
- (f) Poskytovatelé audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání mají redakční odpovědnost, pokud pořady do katalogů zařazuje, třídí, seřazuje a vybírá přímo poskytovatel (viz § 2 odst. 1 písm. c) ZAMS), pokud pouze poskytuje prostor pro umístění pořadů, redakční odpovědnost nemá. Poskytovatelé audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání dále odpovídají dle ustanovení § 5 zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů (zákon o některých službách informační společnosti), ve znění pozdějších předpisů.²⁰²

²⁰¹ Audiovizuální obchodní sdělení nesmí fyzicky nebo mravně ohrožovat děti a mladistvé tím, že: a) přímo nabádají děti a mladistvé ke koupi nebo pronájmu určitého výrobku nebo služby s využitím jejich nezkušenosti nebo důvěřivosti, b) přímo nabádají děti a mladistvé, aby přemlouvali své rodiče nebo jiné osoby ke koupi nabízeného zboží nebo služeb, c) využívají zvláštní důvěru dětí a mladistvých ke svým rodičům, učitelům nebo k jiným osobám, nebo d) bezdůvodně ukazují děti a mladistvé v nebezpečných situacích.

²⁰² Ustanovení § 5 zní:

"(1) Poskytovatel služby, jež spočívá v ukládání informací poskytnutých uživatelem, odpovídá za obsah informací uložených na žádost uživatele, jen:

a) mohl-li vzhledem k předmětu své činnosti a okolnostem a povaze případu vědět, že obsah ukládaných informací nebo jednání uživatele jsou protiprávní, nebo

b) dozvěděl-li se prokazatelně o protiprávní povaze obsahu ukládaných informací nebo o protiprávním jednání uživatele a neprodleně neučinil veškeré kroky, které lze po něm

9.7.3 Dozor

Orgánem dozoru je Rada pro rozhlasové a televizní vysílání, jejíž pravomoc a působnost vymezuje ustanovení § 4 ZAMS. Rada pro rozhlasové a televizní vysílání též projednává správní delikty poskytovatelů audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání.²⁰³ Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání rovněž stanovuje povinnost poskytovatelů audiovizuálních služeb na vyžádání ohlásit zahájení své činnosti Radě pro rozhlasové a televizní vysílání (stačí ohlášení následné, a to do 30 dnů od zahájení činnosti).²⁰⁴ Oprávnění provozovat audiovizuální mediální služby na vyžádání je založeno vznikem živnostenského oprávnění.²⁰⁵

9.8 Zákon o spotřebitelském úvěru

Zákon o spotřebitelském úvěru byl přijat dne 10. května 2010,²⁰⁶ přičemž nabyl účinnosti od 1. ledna 2011 a zároveň zrušil dosavadní právní úpravu spotřebitelského úvěru obsaženou v zákoně č. 321/2001 Sb., o některých podmínkách sjednávání spotřebitelského úvěru, ve znění pozdějších předpisů. Prostřednictvím zákona o spotřebitelském úvěru je dále do našeho právního řádu transponována Směrnice o spotřebitelském úvěru.

požadovat, k odstranění nebo zneprístupnění takovýchto informací.

(2) Poskytovatel služby uvedený v odstavci 1 odpovídá vždy za obsah uložených informací v případě, že vykonává přímo nebo nepřímo rozhodující vliv na činnost uživatele."

²⁰³ Rada pro rozhlasové a televizní vysílání nejprve upozorní poskytovatele na porušení povinnosti stanovené zákonem o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání a stanoví mu přiměřenou lhůtu k nápravě. Dojde-li ve stanovené lhůtě k nápravě, není zahájeno řízení o správním deliktu.

²⁰⁴ K 7. červnu 2011 bylo zaregistrováno u Rady pro rozhlasové a televizní vysílání 90 poskytovatelů audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání.

²⁰⁵ Z negativní definice audiovizuální mediální služby plyne, že se musí v každém případě jednat o provozování živnosti (viz § 2 odst. 2 písm a) ZAMS), přičemž se jedná o živnost ohlašovací volnou.

²⁰⁶ Za zmínku jistě stojí skutečnost, že dle směrnice měly členské státy na transpozici směrnice do národních právních řádů čas do 12. května 2010.

Co se týče regulace reklamy stanovuje zákon o spotřebitelském úvěru nově určité informační povinnosti věřitele²⁰⁷ poskytujícího spotřebitelský úvěr spotřebiteli.²⁰⁸ Dle ustanovení § 4 a přílohy č. 1 k zákonu o spotřebitelském úvěru je věřitel, který nabízí spotřebitelský úvěr nebo jeho zprostředkování prostřednictvím reklamy, jejíž součástí je jakýkoliv údaj o nákladech spotřebitelského úvěru pro spotřebitele, musí taková reklama obsahovat *jasným, výstižným a zřetelným* způsobem formou reprezentativního příkladu následující informace:²⁰⁹

- (a) roční procentní sazbu nákladů,²¹⁰
- (b) výpůjční úrokovou sazbu, a to spolu s údaji o veškerých poplatcích spojených se spotřebitelským úvěrem,²¹¹
- (c) celkovou výši spotřebitelského úvěru,²¹²
- (d) výši jednotlivých splátek a celkovou částku splatnou spotřebitelem,²¹³
- (e) dobu trvání spotřebitelského úvěru,

²⁰⁷ Dle ustanovení § 3 písm. b) ZOSU je věřitelem osoba nabízející nebo poskytující spotřebitelský úvěr v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání.

²⁰⁸ Dle ustanovení § 3 písm. a) ZOSU je spotřebitelem fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání.

²⁰⁹ Obecně se jedná spíše o informace ekonomického a finančního charakteru, které by spotřebitelům měly usnadnit porovnávání konkurenčních nabídek. Dále k tomu viz článek od Mikuláše a Slezáka dostupný na internetové adrese: www.epravo.cz/top/clanky/zakon-o-spotrebitelskem-uveru-63132.html.

²¹⁰ Dle ustanovení § 3 písm. d) ZOSU se roční procentní sazbou nákladů rozumí celkové náklady spotřebitelského úvěru pro spotřebitele, vyjádřené jako roční procentní podíl z celkové výše spotřebitelského úvěru.

²¹¹ Dle ustanovení § 3 písm. l) ZOSU se výpůjční úrokovou sazbou rozumí úroková sazba vyjádřená jako pevná nebo pohyblivá procentní sazba uplatňovaná ročně na čerpanou výši spotřebitelského úvěru.

²¹² Dle ustanovení § 3 písm. k) ZOSU se celkovou výší spotřebitelského úvěru rozumí souhrn všech částek, jež jsou dány spotřebiteli k dispozici.

²¹³ Dle ustanovení § 3 písm. f) ZOSU se celkovou částkou splatnou spotřebitelem rozumí součet celkové výše spotřebitelského úvěru a celkových nákladů spotřebitelského úvěru pro spotřebitele.

- (f) v případě spotřebitelského úvěru ve formě odložené platby za konkrétní zboží nebo službu jejich cenu a výši případné zálohy, a
- (g) informaci o povinnosti uzavřít smlouvu o doplňkové službě související se spotřebitelským úvěrem, zejména pojištění, je-li uzavření takové smlouvy podmínkou pro získání spotřebitelského úvěru za nabízených podmínek a náklady na tuto službu nelze určit předem.

V případě porušení ustanovení ohledně zveřejňování výše uvedených informací při nabízení nebo zprostředkování spotřebitelského úvěru prostřednictvím reklamy, stanovuje zákon o spotřebitelském úvěru sankci za takový správní delikt pokutu do výše 5.000.000 Kč (§ 20 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 20 odst. 5 písm. a) ZOSU).

Zákon o spotřebitelském úvěru v ustanovení § 17 dále stanovuje povinnost zprostředkovatele²¹⁴ uvést v reklamě a dokumentaci určené spotřebiteli rozsah svých oprávnění, zejména to, že vykonává zprostředkovatelskou činnost výhradně pro jednoho nebo více věřitelů nebo že tuto činnost nevykonává pro žádného věřitele. Za porušení této povinnosti hrozí zprostředkovateli pokuta až do výše 500.000 Kč (ustanovení § 20 odst. 3 ve spojení s § 20 odst. 5 písm. c) ZOSU).

9.9 Právní úprava šíření obchodních sdělení

Právní regulace tzv. nevyžádané reklamy je upravena v několika právních

²¹⁴ Dle ustanovení § 3 písm. c) ZOSU se zprostředkovatelem rozumí osoba, která není věřitelem a která v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání za odměnu nabízí spotřebiteli možnost uzavřít smlouvu, ve které se sjednává spotřebitelský úvěr, s věřitelem nebo mu pomáhá tuto smlouvu uzavřít nebo ji jménem věřitele uzavírá.

předpisech a tyto normy obsahují i odlišný režim způsobu regulace šíření obchodních sdělení. Zprv je to tzv. režim opt-out, což znamená, že obchodní sdělení lze šířit, pokud to adresát těchto obchodních sdělení výslovně neodmítne. Zadruhé je to tzv. režim opt-in, který vyžaduje předchozí výslovný souhlas adresáta obchodních sdělení s šířením obchodního sdělení.

(a) Zákon o regulaci reklamy

Ustanovení § 2 odst. 1 písm. e) a f) ZRR výslovně zakazuje: (i) šíření nevyžádané reklamy, pokud vede k výdajům adresáta nebo pokud adresáta obtěžuje; za reklamu, která obtěžuje se pak považuje reklama směřující ke konkrétnímu adresátovi za podmínky, že adresát dal předem jasně a srozumitelně najevo, že si nepřeje, aby vůči němu byla nevyžádaná reklama šířena – platí zde tedy režim opt-out a (ii) reklamu šířenou na veřejně přístupných místech mimo provozovnu jiným způsobem než prostřednictvím reklamního nebo propagačního zařízení zřízeného podle zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním úřadu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů, stanoví-li tak obec svým nařízením vydaným v přenesené působnosti.

(b) Zákon o některých službách informační společnosti

Zákon o některých službách informační společnosti se vztahuje na obchodní sdělení²¹⁵ šířená elektronickými prostředky,²¹⁶ přičemž obchodní sdělení lze

²¹⁵ Dle ustanovení § 2 písm. f) NSIS se obchodním sdělením rozumí všechny formy sdělení určeného k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image podniku fyzické či právnické osoby, která vykonává regulovanou činnost nebo je podnikatelem vykonávajícím činnost, která není regulovanou činností; za obchodní sdělení se považuje také reklama dle zákona o regulaci reklamy. Za obchodní sdělení se nepovažují údaje umožňující přímý přístup k informacím o činnosti fyzické či právnické osoby nebo podniku, zejména doménové jméno nebo adresa elektronické pošty; za obchodní sdělení se dále nepovažují údaje týkající se zboží, služeb nebo image fyzické či právnické osoby nebo podniku, získané uživatelem nezávisle.

šířit prostřednictvím elektronických prostředků pouze za podmínek stanovených v zákoně o některých službách informační společnosti. Obchodní sdělení lze šířit elektronicky pouze za splnění následujících kumulativních podmínek: (i) předchozí souhlas adresáta,²¹⁷ (ii) zaslané obchodní sdělení je jasně a zřetelně označeno jako obchodní sdělení, (iii) identita odesílatele (jehož jménem se komunikace uskutečňuje) obchodního sdělení není skrytá nebo utajená, (iv) obchodní sdělení obsahuje adresu na kterou může adresát přímo a účinně zaslat informaci o tom, že si nepřeje, aby mu obchodní informace odesílatele byly zasílány (ust. § 7 odst. 1, 2 a 4). Zákon o některých službách informační společnosti tedy v zásadě pracuje v tzv. opt-in režimu.

Orgánem dozoru pro účely šíření obchodních sdělení elektronickými prostředky dle zákona o některých službách informační společnosti je Úřad na ochranu osobních údajů (ustanovení § 10 odst. 1 písm a) NSIS).

9.10 Další právní předpisy

Jak jsem již výše v úvodu této kapitoly zmínil, veřejnoprávní regulace reklamy je značně roztržštěná a v rámci své práce jsem se snažil důkladně pokrýt jen ty nejdůležitější právní předpisy. Mezi další právní předpisy obsahující veřejnoprávní regulaci reklamy dále patří například zákon č. 352/2001 Sb., o užívání státních symbolů České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (užívání státních symbolů České republiky), zákon č. 60/2000 Sb., o ochraně olympijských symbolik, ve znění pozdějších předpisů (užívání olympijských symbolů), zákon č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění

²¹⁶ Dle ustanovení § 2 písm. c) NSIS se elektronickými prostředky rozumí zejména síť elektronických komunikací, elektronická komunikační zařízení, koncová telekomunikační zařízení a elektronická pošta.

²¹⁷ Mírnější pravidla se aplikují pro tzv. zákaznické vztahy, kdy se lze za splnění určitých podmínek obejít i bez souhlasu adresáta obchodního sdělení (§ 7 odst. 3 NSIS).

pozdějších předpisů (marketingové soutěže a spotřebitelské loterie), zákon č. 247/1995 Sb., o volbách do Parlamentu České republiky, ve znění pozdějších předpisů (volební kampaň v televizi a rádiu při volbách do Poslanecké sněmovny) a zákon č. 62/2003 Sb., o volbách do Evropského parlamentu a změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (volební kampaň v televizi a rádiu před volbami do Evropského parlamentu).

10 PŘEDPISY EVROPSKÉHO PRÁVA TÝKAJÍCÍ SE REGULACE REKLAMY

10.1 Vývoj evropského práva se zaměřením na regulaci reklamy

V zakládajících Smlouvách ES se nepředpokládala jednotná právní úprava práva proti nekalé soutěži na evropské úrovni a ani v současnosti se v primárním právu nevyskytuje jediný přímý odkaz na právní úpravu proti nekalé soutěži.²¹⁸ Jsou zde jen ustanovení týkající se veřejnoprávní regulace hospodářské soutěže. Ve Smlouvě o založení ES jsou však ustanovení, která se práva proti nekalé soutěži nepřímo dotýkají, byť jen okrajově.

Již počátkem 60. let minulého století pověřila Komise Institut Maxe Plancka pro právo duševního vlastnictví, soutěžní právo a daňové právo v Mnichově. Na základě tohoto pověření bylo vydáno několik expertních nálezů zpracovaných týmem pod vedením E. Ulmera.²¹⁹

Z důvodu přesunu kompetencí ve Společenství a zároveň se vstupem Velké Británie a Irska do ES se práce na této právní úpravě počátkem 70. let zastavily. Od této chvíle se pokusy upravit právo proti nekalé soutěži omezovaly jen na partikulární sblížení národních právních řádů

²¹⁸ Jediná zmínka je v preambuli ve Smlouvě o založení ES, kde se mluví o odhodlání „že odstranění stávajících překážek vyžaduje dohodnutý postup, aby byl zabezpečen trvalý rozvoj, vyvážený obchod a **korektní** hospodářská soutěž.“ (v anglickém znění je uveden výraz "fair competition").

²¹⁹ Jeho závěry byly publikovány celkem v šesti svazcích (Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, vol. I, Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung 1965 a další svazky, vydávané mezi léty 1967 a 1981, se věnovaly právním úpravám v jednotlivých členských státech a s rozšiřováním ES tato edice pokračovala).

prostřednictvím směrnic.²²⁰ Kvůli nedostatku právní úpravy se spory dotýkající se práva proti nekalé soutěži posuzovaly a interpretovaly s odkazem na *čtyři základní svobody*.

10.2 Současný stav evropského práva se vztahem k regulaci reklamy

Jádrem evropského soutěžního práva je právo proti omezování hospodářské soutěže, jehož úprava je obsažena jak v primárních pramenech práva, tak i v pramenech sekundárních. Na druhé straně právo proti nekalé soutěži se zatím netěší takovému zájmu orgánů ES. Tato oblast soutěžního práva není vůbec zmíněná v primárních pramenech práva. Co se týče práva sekundárního, je možné uvést jen několik harmonizačních směrnic. Lze však pozorovat určité tendence směřující k rozsáhlejší právní úpravě této oblasti. Jde zejména o právní úpravu dotýkající se postavení spotřebitele, která ustanovuje určité standardy v rámci celého území Společenství.

Čech s Dědičem zdůrazňují: *"Komunitární pojetí, do centra jehož zájmu vstupuje spotřebitel, ostatně reflektuje trend, jenž je patrný také ve vývoji národních nekalosoutěžních úprava. Význam práva nekalé soutěže se posunul. Zatímco původně sloužilo výlučně k zajištění integrity hospodářské soutěže, tj. především k ochraně ostatních soutěžitelů, sílí v jeho moderním pojetí zmíněný akcent ochrany spotřebitele."*²²¹

K tomu též Hajn podotýká, že zájem na ochraně spotřebitele a veřejný zájem na nezkreslené soutěži zaujímají v současné době stejné místo v hierarchii hodnot jako původní účel práva proti nekalé soutěži, jímž je ochrana férových

²²⁰ GLOCKNER, J. B. Think big! Some remarks on the European Commission's Green paper on consumer protection against unfair trade practices and the proposal for a regulation concerning sales promotions in the internal market.

²²¹ Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu ČR do EU anebo co všechno se po 1. Květnu 2004 v obchodním právu změnilo?. 2. doplněné a aktualizované vydání. Praha. Bova Polygon 2005, s. 337.

podmínek v konkurenčním boji mezi soutěžiteli.²²²

Jak jsem již zmínil, primární právo neobsahuje přímou zmínku o právu proti nekalé soutěži. Vyskytuje se zde však několik ustanovení, která se této problematice dotýkají. Jde zejména o články 28, 29 a 30 SES, které se týkají kvantitativních omezení dovozu a vývozu, které se zakládá na právním aktu státu (jednostranném, či mezinárodní smlouvou) a dále též opatření s rovnocenným účinkem (známé též pod zkratkou ORUKO). Článek 30 potom stanovuje určité výjimky ze zákazu (omezení) vývozu nebo dovozu. Lze usuzovat, že za *opatření s rovnocenným účinkem* můžeme považovat taktéž některá opatření související s právem proti nekalé soutěži.

Pojem ORUKO není v předpisech primárního práva vymezen, ačkoliv jde o pojem, s nímž SES pracuje. Tyto pojmy jsou ponechány na výkladu soudy (viz zejména případy Dassonville, Peureux, Cullet).

Podle článku 2 směrnice Evropské komise č. 70/50/EHS se za takové opatření považuje: *"Opatření jiná než nerozdílně aplikovatelná jak na výrobky domácí, tak dovezené, jež brání dovozům, k nimž by bez existence takových opatření došlo, včetně těch, které oproti oběhu domácích výrobků dovozy ztěžují nebo prodražují."*

Evropský soudní dvůr tuto definici zobecnil tak, že ORUKO jsou: *"Všechny obchodní předpisy přijaté členskými státy, jež mohou být, ať přímo nebo nepřímo, skutečně nebo potenciálně, na překážku obchodu uvnitř Společenství."* Toto ustanovení směřuje primárně vůči jednostranným právním aktům členských států, a to, jak zdůrazňuje Tichý, vůči všem aktům

²²² Hajn, P – Hurdík J. (ed.): Právo proti nekalé soutěži v Evropské unii a v České republice, In Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004. Brno. Masarykova univerzita 2006, s. 257-258.

přičitatelným státu.²²³

Navíc i komunitární orgány jsou povinny respektovat volný pohyb zboží. Evropský soudní dvůr je proto oprávněn přezkoumávat i akty sekundárního práva.

V případě určitého jednání, v jednom členském státě povoleném, ale v jiném posuzovaném jako jednání nekalosoutěžní, tato skutečnost fakticky vytváří překážku ve vzájemném obchodním styku. Dále viz rozhodnutí ESD z 11. 7. 1974 ve věci C 8/74, Dassonville.

Jistý posun v chápání těchto omezení nastal až rozsudkem ESD z 20. 2. 1979 ve věci 120/78, Cassis de Dijon. V tomto rozhodnutí se v podstatě určilo, co se míní *opatření s účinkem rovnocenným kvantitativním omezením*. Dále soud judikoval, že restrikce ve vzájemném obchodu jsou možné, avšak jen z určitých důvodů, např. z důvodu veřejného zájmu, na základě materiálního posouzení případu.

K další korekci chápání *opatření s účinkem rovnocenným kvantitativnímu omezení* došlo v rozsudku ESD z 24. 11. 1993, Keck. V tomto rozhodnutí soud určil, že o *opatření s účinkem rovnocenným kvantitativnímu omezení* se nejedná, pokud stát určuje stejné nediskriminační podmínky pro všechny obchodníky a tyto podmínky dopadají na obchodníky ze všech členských států stejně (nediskriminačně). To se však týká jen způsobu prodeje výrobku, ostatní prvky (balení, etiketa, apod.) zůstávají nedotčeny.

K úpravě právní povahy formule Dassonville došlo výkladem čl. 28 SES, tedy ne podřazením případu pod článek 30 SES, upravující výjimky z kvantitativních opatření vývozu nebo dovozu. Článek 30 SES se liší i tím, že umožňuje státům z taxativně stanovených důvodů přijmout restriktivní

²²³ Tichý, L.: Evropské právo. 3. vydání. Praha. C.H. Beck 2006, s. 606.

opatření a to bez ohledu na možnou diskriminaci. Nesmí se však jednat o diskriminaci *svévolnou*, ta je zakázaná v každém případě.

Evropské právo proti nekalé soutěži se bezprostředně týká ochrany spotřebitele, názorným příkladem je Směrnice o nekalých obchodních praktikách, která se zabývá vztahem podnikatele směrem ke spotřebiteli (business to consumers – B2C), netýká se vztahů mezi podnikateli (business to business - B2B).

Hajn ve svém článku artikuluje obavy, že jednotné právo proti nekalé soutěži se rozpadá a mění v určitý druh *spotřebitelského práva*, které jen nepřímou chrání soutěžitele.²²⁴

Tuto obavu sdílí i Eliáš v souvislosti s provedením Směrnice o nekalých obchodních praktikách. Vyslovuje názor, že tendence zesílená zmíněnou směrnicí směřuje k rozpadu práva proti nekalé soutěži na dvě samostatné oblasti. Jedná se jednak o právo na ochranu obchodních profesionálů proti nekalým soutěžním praktikám a jednak o právo na ochranu spotřebitelů proti nekalým soutěžním praktikám ze strany obchodních profesionálů.²²⁵

Dle mého názoru se evropské právo proti nekalé soutěži teprve formuje a zaujímá své místo mezi dalšími oblastmi regulovanými evropskou legislativou. Důvodem, proč si evropské právo začalo po delší době všímat tohoto úseku práva je nepochybně ochrana spotřebitele a regulace trhu (ve smyslu zachování pravidel konkurenčního boje). Jde jen o úzkou výše práva proti nekalé soutěži a zajisté bude následován další potřebnou legislativou. V naší právní úpravě bude potřeba překonat vzniklou

²²⁴ Hajn, P. – Hurdík J. (ed.): Právo proti nekalé soutěži v Evropské unii a v České republice. Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004. Brno. Masarykova univerzita 2006, s. 258.

²²⁵ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 345-346.

rozdobenost práva proti nekalé soutěži, jež vznikla transpozicí Směrnice o nekalých obchodních praktikách buď přijetím novely současné úpravy, nebo, a to se mi v tomto případě jeví jako řešení vhodnější, upravit celou problematiku samostatným zákonem, který by reflektoval výše zmíněné směrnice. Mezi nejvýznamnější směrnice týkající se práva proti nekalé soutěži patří:

10.2.1 Směrnice o klamavé reklamě

Tato směrnice má za cíl ochránit spotřebitele (potažmo i veřejnost) a soutěžitele před klamavou reklamou. O klamavé reklamě pojednávám samostatně v kapitole 6.2.

10.2.2 Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě

Základ české právní úpravy srovnávací reklamy je v obchodním zákoníku, a to konkrétně v § 50a. Tento paragraf byl do obchodního zákoníku vložen zákonem č. 370/2000 Sb., o změně obchodního zákoníku, který rozšířil výčet zvláštní skutkové podstaty o srovnávací reklamu a zároveň doplnil ustanovení § 54 ObchZ o druhý odstavec a zároveň tím transponoval výše uvedenou směrnici. Základem pro úpravu srovnávací reklamy bylo úvodní ustanovení Směrnice o klamavé reklamě, která již počítala s budoucí regulací srovnávací reklamy. Směrnice tedy vztahuje úpravu klamavé reklamy i na reklamu srovnávací. Je zde však několik podstatných rozdílů, o kterých pojednám v kapitolách věnovaných klamavé a srovnávací reklamě.

K další významné novelizaci právní úpravy klamavé a srovnávací reklamy došlo přijetím Směrnice o nekalých obchodních praktikách.

Právní úprava klamavé a srovnávací reklamy byla souhrnně upravena v Kodifikované směrnici o klamavé a srovnávací reklamě. O srovnávací reklamě pojednávám samostatně v kapitole 6.3.

10.2.3 Směrnice o audiovizuálních mediálních službách

Směrnice o audiovizuálních mediálních službách stanovuje určité požadavky na televizní vysílání v členských státech. Tyto nároky se týkají zejména televizní reklamy a teleshoppingu. Směrnice byla do našeho právního řádu promítnuta prostřednictvím zákona o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání, který rovněž novelizoval ustanovení § 48 až 53 RTV a některá ustanovení zákona o regulaci reklamy (zejména s ohledem na umožnění umístění produktu dle zákona o rozhlasovém a televizním vysílání). Co se týče umístění produktu, tak to Směrnice o audiovizuálních mediálních službách na jedné straně zakazuje (článek 11 odst. 2), ale na druhé straně umožňuje členským státům, aby jej povolily za dodržení určitých minimálních pravidel stanovených touto směrnicí (článek 4 odst. 1), přičemž členské státy mohou stanovit přísnější pravidla. Náš zákonodárce umístění produktu umožnil a rovněž pro něj v zákoně o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání stanovil určitý právní rámec, přičemž stále platí, že skrytá reklama je zakázaná, umístění produktu je jen zákonem stanovenou výjimkou z tohoto pravidla.

Pro oblast televizního vysílání a reklamy je zakotven princip *země původu*. To znamená, že pokud vysílání splňuje zákonné podmínky v domácím státě, ze kterého je vysíláno, další státy, do kterých je vysílání přenášeno, již nemohou toto vysílání jakkoliv posuzovat (*zákaz druhé kontroly*).

Vztahem k Směrnici o klamavé a srovnávací reklamě se zabýval Evropský soudní dvůr v rozhodnutích ze dne 9. 7. 1997 sp. zn. C 34/95, C 35/95 a C 36/95. Konflikt výše zmíněných směrnic byl shledáván v tom, že Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě tuto dodatečnou kontrolu umožňuje. Soud rozhodl, že Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě je předpisem speciálním a má tedy přednost ve věcech týkajících se klamavé a srovnávací

reklamy.²²⁶

10.2.4 Směrnice o nekalých obchodních praktikách

Členské státy byly povinny do 12. června 2007 harmonizovat své právní řády s touto nově přijatou legislativou. Směrnice byla promítnuta do českého právního řádu novelizací zákona o ochraně spotřebitele prostřednictvím zákona č. 36/2008 Sb. Směrnice se zásadně týká vztahu mezi spotřebitelem a podnikateli (*business to consumer* – B2C) na vnitřním trhu.²²⁷ Uvedenou zásadu rozmělňuje bod 8. směrnice, který říká:

"Tato směrnice přímo chrání ekonomické zájmy spotřebitele před nekalými obchodními praktikami vůči spotřebitelům. Tím také nepřímo chrání oprávněné podniky před soutěžiteli, kteří nedodrží pravidla této směrnice, a zaručuje korektní hospodářskou soutěž v oblastech koordinovaných."

Právní teorie i praxe správně dovozuje, že dopad tohoto ustanovení bude takový, že v řadě případů se nekalá soutěžní praktika bude týkat i vztahu mezi hospodářskými soutěžiteli (obchodními profesionály, neboli *business to business* – B2B).²²⁸ Tohoto efektu tedy bude dosaženo spíše nepřímo prostřednictvím uplatňování pravidel pro nekalé obchodní praktiky na jednání poškozující spotřebitele. Nepochybně tu tak dochází k rozštěpování ochrany

²²⁶ Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu ČR do EU anebo co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo?. 2. doplněné a aktualizované vydání. Praha. Bova Polygon 2005, s. 339-340.

²²⁷ Směrnice pracuje s pojmem "průměrný spotřebitel", k tomu viz kapitola 4.4.1.

²²⁸ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C. H. Beck 2007, s. 346 a Čechová, J., Příkryl V.: Nekalé obchodní praktiky. Právní rádce, 2006, č. 2, s. 31. K tomu též bod 6 preambule směrnice uvádí, že směrnice se nevztahuje na vnitrostátní právní předpisy, které se týkají nekalých obchodních praktik poškozujících pouze ekonomické zájmy soutěžitelů nebo které se týkají obchodování mezi obchodníky.

jednotlivých subjektů proti nekalé soutěži.²²⁹

Nepochybnou předností harmonizace právní úpravy nekalých obchodních praktik bude bezpochyby skutečnost, že směrnice stanovuje jednotný právní rámec (*unifikace*) ohledně nekalých obchodních praktik pro celou Evropskou unii a tím umožní vznik vnitřního trhu pro tuto oblast.²³⁰

Zásadní je rovněž fakt, že směrnice novelizuje Směrnici o klamavé a srovnávací reklamě v tom smyslu, že napříště bude chránit jen vztahy mezi podnikateli (obchodními profesionály). Směrnice stanovuje pravidla pro celý vnitřní trh. Důsledkem je to, že v rámci celého Společenství budou zajištěny určité standardy ochrany spotřebitelů.

Směrnice kategoricky vyslovuje zákaz nekalých soutěžních praktik v čl. 5 bod. 1., v bodě 2. potom stanovuje, co se takovou praktikou rozumí a konečně bod 4. člení nekalé praktiky na klamavé a agresivní, jejichž společným znakem je, že vedou spotřebitele k rozhodnutí o obchodní transakci, které by neučinil, kdyby působení takových praktik nebyl vystaven. Tyto nekalé obchodní praktiky tak spotřebiteli brání, aby učinil informovanou a účelnou volbu. Eliáš článek 5 bod 1. směrnice označuje za tzv. velkou generální klauzuli a článek 5 bod 2. a 4. směrnice za tzv. malou generální klauzuli.²³¹

²²⁹ V našem právním řádu je tento závěr podtržen tím, že právní úprava týkající se spotřebitelů byla vyjmuta z režimu obchodního zákoníku a včleněna do zákona o ochraně spotřebitele, zatímco právní ochrana ostatních subjektů nekalé soutěže byla ponechána v obchodním zákoníku.

²³⁰ Určitou výjimku z této zásady stanovuje článek 3 odst. 5 směrnice o nekalých obchodních praktikách, který říká, že členské státy mohou po dobu šesti let (počítáno od 12.6. 2007) aplikovat své vnitrostátní předpisy, které obsahují více omezení nebo požadavků než tato směrnice a kterými se provádějí směrnice o minimální harmonizaci a tato opatření musejí být zásadní pro zajištění náležité ochrany spotřebitelů před nekalými obchodními praktikami a musí být přiměřená pro dosažení tohoto cíle.

²³¹ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. C. H. Beck 2007, s. 347.

10.2.4.1 Klamavé obchodní praktiky

Články 6 a 7 směrnice potom rozdělují klamavé obchodní praktiky na klamavá jednání a klamavá opomenutí:

a) Klamavé jednání

Dle čl. 6 směrnice se jednání považuje za klamavé, pokud obsahuje nesprávné informace a je tedy nepravdivé, nebo pokud jakýmkoliv způsobem včetně celkového předvedení uvádí nebo je schopná uvést průměrného spotřebitele v omyl ve vztahu k jednomu nebo více tam uvedeným znakům, i když jsou informace věcně správně, což může vést k rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci, které by jinak neučinil.

b) Klamavá opomenutí

Článek 7 směrnice stanovuje, že obchodní praktika se považuje za klamavou, pokud ve svých věcných souvislostech a s přihlédnutím ke všem jejím rysům, okolnostem a omezením sdělovacího prostředku opomene uvést závažné informace, které v dané souvislosti průměrný spotřebitel potřebuje pro rozhodnutí o obchodní transakci, čímž způsobí, že spotřebitel učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil. Za opomenutí se rovněž považuje sdělení důležitého údaje nejasným, nesrozumitelným nebo dvojnásobným způsobem. Směrnice pak v příloze č. II uvádí demonstrativní výčet informací, které se ve vztahu ke klamavým obchodním praktikám považují za podstatné.

10.2.4.2 Agresivní obchodní praktiky

Článek 8 směrnice stanovuje, že obchodní praktika je považována za agresivní, pokud ve svých věcných souvislostech a s přihlédnutím ke všem jejím rysům a okolnostem obtěžováním, donucováním, včetně použití fyzické síly, nebo nepatřičným ovlivňováním výrazně zhoršuje nebo může výrazně zhoršit svobodnou volbu nebo chování průměrného spotřebitele ve vztahu k produktu, čímž způsobí nebo může způsobit, že spotřebitel učiní rozhodnutí o

obchodní transakci, které by jinak neučinil. Dle Hajna bude často sporné, co ještě není a co již je výrazným zhoršením spotřebitelovy volby a co konec konců bylo rozhodným pro spotřebitelovo rozhodnutí. Mnohdy nejsnadnějším a v první rozhodovací instanci nejrychlejším bude pak rozhodnutí zamítavé, v jehož důvodech se konstatuje, že obchodníkovu agresivní počínání sice ovlivnilo svobodu spotřebitelovy volby, nikoliv však výrazně.²³²

Článek 9 směrnice potom stanovuje kritéria, která se mají brát do úvahy při posuzování použití obtěžování, donucování (včetně použití fyzické síly nebo nepatřičné ovlivňování) s ohledem na:

- (a) její načasování, místo, povahu nebo dobu trvání,
- (b) použití výhrůžného nebo urážlivého jazyka nebo chování,
- (c) vědomé využití obchodníkem jakéhokoli konkrétního neštěstí nebo takových závažných okolností, které vedou ke zhoršení úsudku spotřebitele, k ovlivnění rozhodnutí spotřebitele ve vztahu k produktu,
- (d) veškeré obtížné nebo neúměrné mimosmluvní překážky uložené obchodníkem v případě, že spotřebitel chce uplatnit svá smluvní práva, včetně práv na vypovězení smlouvy nebo na přechod na jiný produkt nebo k jinému obchodníkovi,
- (e) výhrůžku právně nepřijatelným jednáním.

Nedílnou součástí směrnice je příloha č. I s názvem "Obchodní praktiky", jež jsou za všech okolností považovány za nekalé, která obsahuje seznam,

²³² Hajn, P.: Oslabená ochrana spotřebitel? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách. Obchodněprávní fórum, 2009, č. 2, s. 46.

tzv. Černou listinu. V podstatě se jedná o soudcovské skutkové podstaty, které se v rámci zvýšení právní jistoty uspořádaly a přiložily ke směrnici. Smysl tohoto seznamu je ten, že pokud určité jednání spadá pod nekalou obchodní praktiku v něm uvedenou, nemusíme již dále zkoumat, zda splňuje obecné podmínky stanovené ve směrnici a je bez dalšího považováno za nekalou obchodní praktiku.

Směrnice dále obsahuje část týkající se kodexů chování, kde nechává na zvážení členských států možnost kontroly nekalých obchodních praktik "držitelům kodexu", ale jen za podmínky, že vedle této kontroly musí existovat i kontrola prováděná státem (soudní či správní). Dále je zde stanoveno, že opravný prostředek, který byl podán k některému držiteli kodexů nelze považovat za opravný prostředek rovnocenný s podáním k soudu nebo správnímu orgánu.

Co se týče vynucování sankcí ohledně nekalých obchodních praktik, tak jejich charakter je obecně dán v čl. 11 odst. 1 směrnice, který stanoví povinnost, aby členské státy zajistily "vhodné a účinné prostředky pro boj proti nekalým obchodním praktikám".

Směrnice byla promítnuta do našeho právního řádu novelou zákona o ochraně spotřebitele ze dne 12. února 2008, tedy o více než půl roku po termínu stanoveném pro transpozici směrnice do vnitrostátního právního řádu.

Čech k tomu sepsal velice zajímavou analýzu, ve které kriticky nahlíží na pozdní a proti smyslu směrnice provedenou transpozici směrnice do našeho právního řádu. Smysl směrnice nevidí primárně v ochraně spotřebitele, ale v *zajištění řádného fungování trhu* dle článku 95 SES.²³³ Jako hlavní přínos

²³³ Článek 111 SES se nachází v Hlavě XIV., kterou tam vložila Maastichtská smlouva ze dne 7. 2. 1992. K tomu ještě třeba dodat, že článek 153 odst. 2 SES dále stanovuje podmínku, aby požadavky vyplývající z ochrany spotřebitele byly brány v úvahu při

směrnice vidí v klauzuli *vnitřního trhu* v článku 4. Toto ustanovení dává podnikatelům jistotu, že stejná pravidla budou platit na celém území Společenství se stejnou intenzitou a nemusejí se ohlížet na specifické požadavky ostatních států. Jak Čech dodává, tento účel úpravy směrnice vyžaduje od zákonodárců členských států přesnost. Odmítá též, že by směrnice stanovovala minimální standardy a potom by již bylo na národním zákonodárci, zda půjde v zákonné úpravě za tuto minimální hranici. Důvodem tohoto závěru, je prostý fakt, že takovou možnost směrnice výslovně nepřipouští. Vůbec ve svém článku zdůrazňuje legislativcovu ledabylost při transpozici směrnice. Například tvrdí, že cílem směrnice bylo odejmout České republice právo postihovat ve vztahu k zahraničním soutěžitelům jiné obchodní praktiky vůči spotřebitelům než ty, které uvádí směrnice. To se však nepromítlo do ustanovení § 44 odst. 1 ObchZ a tento závěr je třeba dovozovat jen konformním výkladem. Významným pochybením je úplné opomenutí pojmu *průměrný spotřebitel* v naší legislativě. Jde o pojem práva ES,²³⁴ s nímž pracuje i ustálená soudní praxe Evropského soudního dvora. Pochybením je zcela jistě i to, že zákon nepracuje s tříděním nekalých obchodních praktik na klamavá opomenutí a klamavá jednání.²³⁵

Dle mého názoru se jedná o zdařilou analýzu, která vystihuje jádro problému a v některých případech dokonce nabízí jeho vhodné řešení. Ačkoliv nesouhlasím se všemi kritickými závěry, v zásadě je tento text vhodným

vymezování a provádění jiných politik a činností Společenství.

²³⁴ Dodávám, že o pojetí spotřebitele v právu ES pojednávají například rozhodnutí *Cape Snc v. Idealservice Srl* a *C-542/99 ve věci Idealservice MN RE Sas v. OMAI Srl*. Z těchto rozhodnutí potom vyplývá, že za spotřebitele dle práva ES lze považovat jen fyzickou osobu.

²³⁵ Čech, P.: Nedotažená revoluce v právní úpravě nekalých obchodních praktik. Právní zpravodaj, 2008, č. 3, s. 1-6.

základem pro budoucí novelizaci dotčených zákonných ustanovení.²³⁶

Na závěr mohu shrnout, že některé nesoulady vzniklé při transpozici se dají vyřešit výkladem s odkazem na znění směrnice. Bohužel se zde však vyskytují některé naprosto nepochopitelné rozdíly, které vyřeší snad jedině novelizace příslušných zákonných ustanovení.

10.2.5 Směrnice o spotřebitelském úvěru

Směrnice o spotřebitelském úvěru nahradila směrnicí 87/102/EHS, která na rozdíl od nové směrnice upravující spotřebitelské úvěry šla cestou tzv. minimální harmonizace, kdežto nová právní úprava pracuje s principem maximální či plné harmonizace.²³⁷ Směrnice o spotřebitelském úvěru tak vychází z předpokladu, že rozdílná právní úprava spotřebitelského práva a tím i různá úroveň ochrany spotřebitelů v jednotlivých členských státech je výraznou překážkou v budování vnitřního trhu. Při správné transpozici této směrnice by spotřebitel měl mít jistotu, že úroveň jeho ochrany bude ve všech členských státech Evropské unie stejná. Článek 4 Směrnice o spotřebitelském úvěru pak stanovuje, jaké údaje musí mít reklama týkající se spotřebitelských úvěrových smluv. Směrnice o spotřebitelském úvěru byla do českého právního řádu transponována prostřednictvím zákona o spotřebitelském úvěru (k tomu dále viz kapitola 9.8).

²³⁶ Domnívám se například, že jedním z hlavních účelů směrnice o nekalých obchodních praktikách je opravdu ochrana spotřebitele. To, že se v úvodních ustanoveních směrnice odkazuje na článek upravující jinou problematiku, nepovažuji za až tak důležité. Podle mého názoru smysl a vlastní obsah v materiálním smyslu má za účel mimo jiné ochranu spotřebitele. Tento závěr lze také podpořit výše zmíněným článkem 153 SES.

²³⁷ Dle bodu 9 směrnice o spotřebitelském úvěru je plná harmonizace nezbytná pro zajištění vysoké a rovnocenné úrovně ochrany zájmů všech spotřebitelů ve Společenství, a pro vytvoření skutečného vnitřního trhu. Členským státům by proto nemělo být povoleno zachovávat ani zavádět jiná vnitrostátní ustanovení, než která jsou stanovena v této směrnici.

10.2.6 Další právní předpisy ES

Kromě výše uvedených existuje celá řada právních předpisů ES, které alespoň částečně ovlivňují regulaci reklamy. Jedna se například o směrnici Evropského parlamentu a Rady 2001/83/ES ze dne 6. listopadu 2001, o kodexu Společenství týkající se humánních léčivých přípravků, nařízení Evropského parlamentu a Rady 1924/2006/ES ze dne 20. prosince 2006, o údajích týkajících se potravin z hlediska jejich nutriční hodnoty a vlivu na zdraví, směrnice Evropského parlamentu a Rady 200/31/ES o některých právních aspektech informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. července 2002, o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací.

11 MOŽNOSTI SOUBĚHU SOUKROMOPRÁVNÍ A VEŘEJNOPRÁVNÍ OCHRANY

Vzhledem k tomu, že v našem právním řádu existují svým charakterem jak soukromoprávní tak i veřejnoprávní normy regulující reklamu, je jistě legitimní se zabývat otázkou, zda se tyto svou povahou zcela odlišné normy mohou v praxi aplikovat vedle sebe (paralelně). Tato otázka je na místě zejména ve vztahu k sankčním postihům ukládaným dle soukromoprávních nebo veřejnoprávních norem. Vzhledem k tomu, že každá z výše uvedených norem má jiný účel, protože každá chrání jiný zájem, nelze vyloučit jejich paralelní aplikaci.²³⁸

O vztahu mezi veřejnoprávní a soukromoprávní regulací svědčí i skutečnost, že mezi soudcovské skutkové podstaty práva proti nekalé soutěži posuzované dle generální klauzule je řazeno i *"porušení nejrůznějších norem práva veřejného či soukromého, jehož důsledkem je zisk neoprávněné soutěžní výhody"*. Navíc i dle názoru právní teorie je takový souběh v praxi v zásadě možný.²³⁹

²³⁸ Dle rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. EJ 209/2007 je: *"následkem protiprávního jednání v případě deliktů podle § 2 a § 2 ZRR může být pouze porucha či ohrožení objektu jako znaku skutkové podstaty těchto deliktů; poněvadž zájmy chráněnými tímto zákonem nejsou zájmy a vztahy hospodářské soutěže, nýbrž ochrana adresátů reklamy, pak při povaze o výši trestu, pokud jde o kritérium následku protiprávního jednání, správní orgán ukládající trest za správní delikt nepochybně, jestliže k dopadům tohoto jednání na trh s konkrétními produkty a na postavení soutěžitelů nepřihlíží"*. In Ondřejová, D.: Právní prostředky ochrany proti nekalé soutěži. Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010 s. 181.

²³⁹ Viz Ondřejová, D.: Právní prostředky ochrany proti nekalé soutěži. Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010 s. 181, Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly). Brno. Masarykova univerzita 2005, s. 208 a Hajn, P.: Jak postihnout nekalé jednání vůči soutěžitelům nebo spotřebitelům (O smyslu evropských směrnic). Obchodněprávní revue, č. 9, 2009, s. 244.

12 MIMOPRÁVNÍ PROSTŘEDKY REGULACE REKLAMY

Právní prostředky regulace reklamy jsou doplněny o působení samoregulačních mechanismů, které jsou označovány jako tzv. mimoprávní prostředky ochrany. Samoregulační mechanismy jsou pro regulaci reklamy typické a jedná se o obor, kde se jejich využití těší veliké oblibě. Mezi nejvýznamnější dokumenty patří bez pochyby Kodex reklamy vydaný Radou pro reklamu. Specifikem samoregulace je, že se odehrává mimo regulaci prováděnou orgány státu, ale reguluje ji sám reklamní průmysl, kdy takto přijatá pravidla jsou vyjádřena v Kodexu reklamy. Nutno dodat, že samoregulace zásadně nenahrazuje legislativu, ale doplňuje ji o etická pravidla, na něž se legislativa nevztahuje.²⁴⁰ Pro samoregulaci reklamy je typické, že je velice flexibilní a adaptabilní, čímž umožňuje rychlou reakci na aktuální změny na reklamním trhu. Cílem Kodexu reklamy je kromě stanovení etických pravidel pro reklamní průmysl i informování veřejnosti o mezích, které subjekty působící v reklamě či reklamu užívající dobrovolně přijaly a hodlají ji vynucovat prostřednictvím etické samoregulace.

Dle Kodexu reklamy mezi všeobecné zásady reklamní praxe patří:

- (a) slušnost reklamy,
- (b) čestnost reklamy,
- (c) pravdivost reklamy,
- (d) společenská odpovědnost reklamy

a ve zvláštních požadavcích na reklamu dále Kodex reklamy upravuje:

- (a) hodnoty zboží,

²⁴⁰ Tento princip je vyjádřen i v preambuli Kodexu reklamy slovy: "Kodex nenahrazuje právní regulaci reklamy, nýbrž na ni navazuje doplněním o etické zásady."

- (b) cenová srovnání,
- (c) oceňování a zlehčování soutěžitelů a jejich producentů,
- (d) napodobení reklam,
- (e) osobní doručení,
- (f) ochrana soukromí a zneužití jedince,
- (g) záruky.

V druhé části Kodexu reklamy jsou ustanovení týkající se tzv. citlivých komodit jako je:

- (a) reklama na alkoholické nápoje,
- (b) reklama na potraviny a nealkoholické nápoje,
- (c) děti a mládež,
- (d) tabáková reklama,
- (e) reklama na léky,
- (f) identifikace inzerátů tištěných ve stylu redakčního materiálu,
- (g) reklama na zásilkový prodej,
- (h) reklama zasílaná SMS, MMS,
- (i) reklama na loterie a podobné hry.

Určitou nevýhodou je, že Rada pro reklamu nedisponuje pravomocemi udělovat sankce, vydává pouze rozhodnutí ve formě doporučení na základě stížností,²⁴¹ nebo šetření z vlastního podnětu. Vzhledem k tomu, že nálezy Rady pro reklamu mají charakter doporučení, nelze je vynucovat žádným

²⁴¹ Dle článku 4.2 Kodexu reklamy může stížnosti podávat kterákoliv právnická nebo fyzická osoba (vyjma členů Arbitrážní komise Rady pro reklamu), nebo státní orgán.

právním prostředkem a ani své členy jakýmkoliv způsobem sankcionovat.²⁴² Rozhodnutí Rady pro reklamu mohou být respektována pouze dobrovolně. Rada pro reklamu může v případě nerespektování doporučení vytvořit faktický nátlak na svého člena²⁴³ nebo dát podnět k příslušnému krajskému živnostenskému úřadu, který již sankce udělovat může. Členové Rady pro reklamu se dále v Kodexu reklamy zavázali, že nevyrobí ani nepřijmou žádnou reklamu, která by byla v rozporu s Kodexem reklamy, popřípadě že stáhnou reklamu, u níž by byl takový rozpor dodatečně zjištěn příslušným orgánem Rady pro reklamu. Kontrolu nad dodržování Kodexu reklamy pak vykonává Arbitrážní komise Rady pro reklamu. Arbitrážní komise Rady pro reklamu však nezkoumá otázky právní a neaplikuje platný právní řád, ale jen určuje, zda došlo k porušení Kodexu reklamy.

Rada pro reklamu dále vypracovává odborná stanoviska dle zákona o regulaci reklamy poskytované krajským živnostenským úřadům.²⁴⁴ Rovněž se také podílí na přípravě nové právní úpravy pro oblast regulace reklamy. Dále je třeba zmínit, že se samoregulačními mechanismy regulace reklamy počítá jak Směrnice o nekalých obchodních praktikách²⁴⁵, tak i zákon o ochraně spotřebitele.²⁴⁶ Je zde tedy vidět jasná a zřetelná provázanost mezi mimoprávními prostředky regulace reklamy a právem proti nekalé soutěži v

²⁴² Statistika rozhodování Rady pro reklamu je přiložena jako Příloha 1 této práce.

²⁴³ Například prostřednictvím zveřejnění svého rozhodnutí, příp. až vyloučením konkrétního člena za nerespektování Kodexu reklamy.

²⁴⁴ Dle údajů na internetových stránkách Rady pro reklamu bylo vypracováno již více než 250 odborných stanovisek.

²⁴⁵ Článek 10 Směrnice o nekalých obchodních praktikách nevyklučuje kontrolu nekalých obchodních praktik prováděnou držiteli kodexů, které mohou členské státy podporovat, ani možnost osob nebo organizací považovaných vnitrostátním právem za ty, které mají oprávněný zájem na této záležitosti, obrátit se na držitele kodexů, jsou-li vedle toho přípustná i soudní nebo správní řízení.

²⁴⁶ Ustanovení § 5 odst. 1 písm. e) ZOS stanovuje že obchodní praktika je klamavá, není-li dodržen závazek obsažený v kodexu chování, k jehož dodržování se podnikatel zavázal, jde-li o jednoznačný závazek, který lze ověřit, a podnikatel v obchodní praxi uvádí, že je vázán kodexem.

zákoně o ochraně spotřebitele.

ZÁVĚR

Závěrem této práce bych chtěl zdůraznit nejdůležitější poznatky uvedené v této práci ve vztahu k regulaci reklamy v našem právním řádu pod vlivem práva Evropských společenství. V soukromoprávní úpravě této problematiky bych zmínil především vliv Směrnice o nekalých obchodních praktikách na právní úpravu práva proti nekalé soutěži; resp. k vydělení této právní úpravy ve vztahu k spotřebiteli do zákona o ochraně spotřebitele a ponechání právní úpravy v obchodním zákoníku jen pro vztahy mezi podnikateli. Toto rozštěpení má významné důsledky pro aplikaci příslušné právní úpravy na jednotlivé případy.

Z hlediska veřejnoprávní regulace reklamy je významná harmonizace naší právní úpravy ve vztahu k právu Evropských společenství, provedená zákonem o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání, který zároveň významně novelizoval zákon o regulaci reklamy a zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání. Zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání upravuje využívání služeb typu *video on demand*, které spočívají ve vytváření archivů pořadů dostupných jejich uživatelům prostřednictvím elektronických komunikací. Jedná se o relativně novou službu, která však v poslední době zažívá významný rozmach. Dle mého názoru je možné, že v blízké budoucnosti dokonce nahradí lineární televizní a rozhlasové vysílání a do určité míry se tomu již v současnosti zcela nepochybně děje.

Dalším vysoce aktuálním tématem je zákonná regulace reklamy ve vztahu k poskytovateli televizního vysílání ze zákona. Jak uvádím ve své práci současná právní úprava počítá s tím, že dojde k ukončení vysílání některých obchodních sdělení. Zároveň je ale projednáván zákon, který má tento zákaz zrušit a vysílání obchodních sdělení pouze významně omezit. Bude jistě

zajímavé, či zájem nakonec zvítězí a jaký dopad to bude mít na pohodlí diváka a financování české kultury.

PŘÍLOHY

Příloha 1

Přehled rozhodovací praxe Arbitrážní komise Rady pro reklamu				
Rok	Celkem rozhodnutí	Zamítnuto jako neopodstatněná	Závadné reklamy	Nerozhodnuto/p ostoupeno jinému orgánu
2005	71	50	14	7
2006	63	42	19	2
2007	78	50	22	6
2008	74	52	10	12
2009	53	34	16	3
2010	60	36	11	13
2011*	31	8	7	16

* údaj aktuální k 14. červnu 2011

zdroj: internetové stránky Rady pro reklamu (www.rpr.cz)

Příloha 2

Přehled vybraných států a jejich přístupu k srovnávací reklamě		
Stát	Povolena [ANO/NE]	Frekvence používání
Austrálie	ANO	málo
Belgie	ANO (1991)	velmi málo
Brazílie	ANO	velmi málo
Česká republika	ANO (2000)	velmi málo
Dánsko	ANO	málo
Francie	ANO (1991)	velmi málo
Hong Kong	NE	-
Indie	ANO (1998)	velmi málo
Itálie	ANO (1993)	velmi málo
Japonsko	ANO	velmi málo
Jižní Korea	NE	-

Kanada	ANO	často
Německo	ANO	málo
Nizozemí	ANO	málo
Nový Zéland	ANO (1989)	velmi málo
Mexiko	ANO	velmi málo
Polsko	ANO (2000)	velmi málo
Slovensko	ANO (2000)	velmi málo
Slovinsko	ANO (2000)	málo
USA	ANO (1971)	často
Velká Británie	ANO	přiměřeně

zdroj: Donthu, N.: A cross-country investigation of recall of and attitude toward comparative advertising. *Journal of Advertising*, 1998.

Příloha 3

Podíl výnosů z reklamy na výnosech České televize (v mil. Kč):

Rok	Celkové výnosy	Výnosy z reklamy
1993	3844	1318
1994	3322	982
1995	2946	453
1996	3615	747
1997	4202	972
1998	4634	1180
1999	4665	1214
2000	4859	1081
2001	4545	1144
2002	4560	1188
2003	4352	1096
2004	4337	1047
2005	4597	1042
2006	5538	1194
2007	6464	848
2008	7030	750
2009	7318	755
2010	7300	530

zdroj: <http://www.financninoviny.cz/zpravy/ct-bude-smet-vysilat-reklamu-jen-na-ct2-a-ct4-schvalila-snemovna/662274>

SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY

1. Bejček, J.: Existenční ochrana konkurence. Brno. Masarykova univerzita 1996
2. Bejček, J.: Kartelové právo. Brno. Masarykova univerzita 1995
3. Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: Teorie práva. Praha. ASPI Publishing 2004
4. Čmejrková, S., Daneš, F., Světlá, J.: Jak napsat odborný text. Praha. LEDA 1999
5. Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu ČR do EU anebo co všechno se po 1. Květnu 2004 v obchodním právu změnilo?. 2. Doplněné a aktualizované vydání. Praha. Bova Polygon 2005
6. Eliáš, K., Bejček J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha. C.H. Beck, 2007
7. Engliš, K.: Národní hospodářství. Praha. Orbis 1946
8. Gerber, D.J.: Law and competition in twentieth century Europe. Oxford. Claredon press, 1998
9. Hajn, P.: Jak jednat v boji s konkurencí. Praha. Linde Praha a.s. 1995
10. Hajn, P.: Právo nekalé soutěže. Brno. Masarykova univerzita 1994
11. Hajn, P.: Právo proti nekalé soutěži v Evropské unii a v České republice. In Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004. Brno. Masarykova univerzita 2006

12. Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno. Masarykova univerzita 2000
13. Hamann, L., Drábek, J., Buchtela, R.: Soutěžní právo československé. Praha. Právní knihkupectví a nakladatelství V. Linhart 1938
14. Hendrych, D. a kol.: Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha. C.H. Beck 2006
15. Holman, R.: Ekonomie. 3. Aktualizované vydání. Praha. C.H. Beck 2002
16. Chaloupková, H., Holý, P.: Regulace reklamy – komentář. 1. vydání. Praha. C.H. Beck 2009
17. Knap, K.: Právní ochrana hospodářské soutěže. Praha. ARCH 1993
18. Knap, K.: Právo hospodářské soutěže. Praha. Orbis 1973
19. Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Praha. C. H. Beck 2000
20. Munková, J.: Právo proti nekalé soutěži. Komentář. Praha. C. H. Beck 2008
21. Nováková, E., Jandová, V.: Reklama a její regulace. Praha. Linde Praha 2006
22. Ondřejová, D.: Právní prostředky ochrany proti nekalé soutěži. Wolters Kluwer ČR a.s. 2010
23. Ondřejová, D.: Přehled judikatury ve věcech nekalé soutěže. Praha. Wolters Kluwer ČR 2011

24. Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 3. Přepřacované vydání. Praha. Linde 2003
25. Pospíšil, M. – Dědič, J. (ed.): Právní úprava nekalé soutěže v novém občanském zákoníku. In Podnikatel a rekonifikače obchodního práva. Praha. Vysoká škola aplikovaného práva 2009
26. Pouperová, O.: Regulace médií. Praha. Leges 2010
27. Randa, A.: Soukromé obchodní právo rakouské (1908). Praha. Vysoká škola aplikovaného práva 2008
28. Simon, D: Komunitární právní řád. Praha. ASPI 2005
29. Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 11. vydání. Praha. C. H. Beck 2009
30. Švestka, J., Dvořák, J. a kol.: Občanské právo hmotné 1. 5. jubilejní vydání. Praha. Wolters Kluwer 2009
31. Tichý, L.: Dokumenty ke studiu evropského práva. 3. přepřacované vydání. Praha. Linde 2006
32. Tichý, L.: Evropské právo. 3. Vydání. Praha. C.H. Beck 2006
33. Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly). Brno. Masarykova univerzita 2005
34. Winter, F.: Právo a reklama v praxi. Praha. Linde 2007
35. Winterová, A. a kol.: Civilní právo procesní. 4. aktualizované vydání. Praha. Linde 2006

Časopisecká literatura:

1. Bejček, J.: Pojem soutěže a soutěž jejích cílů. Právní praxe v podnikání, 1996, č. 5
2. Čech, P.: Nedotažená revoluce v právní úpravě nekalých obchodních praktik. Právní zpravodaj, 2008, č. 3
3. Čechová, J., Příkryl V.: Nekalé obchodní praktiky. Právní rádce, 2006, č. 2
4. Čermák, K.: Česká právní úprava klamavé a srovnávací reklamy v kontextu komunitárního práva. Právní rádce, 2009, č. 9
5. Donthu, N.: A cross-country investigation of recall of and attitude toward comparative advertising. Journal of Advertising, 1998.
6. Eliáš, K.: Nekalá soutěž a její právní regulace. Právník, 1990, č. 10
7. Hajn, P.: Generální klauzule proti nekalé soutěži. Právní rádce, 1996, č. 8
8. Hajn, P.: Jak postihnout nekalé jednání vůči soutěžitelům nebo spotřebitelům (O smyslu evropských směrnic). Obchodně právní revue, 2009, č. 9
9. Hajn, P.: Jak postihnout nekalé jednání vůči soutěžitelům a spotřebitelům II. Obchodněprávní revue, 2009, č. 12
10. Hajn, P.: Jak vykládat klamavá opomenutí v reklamě? (Aneb dobře rozhoduje, kdo dobře rozlišuje). Obchodněprávní revue, 2009, č. 4
11. Hajn, P.: K přípustnosti srovnávací reklamy. Právo a podnikání, 2001, č. 11
12. Hajn, P.: Ochrana spotřebitele a její meze v obchodním závazkovém

právu. Obchodněprávní revue, 2010, č. 2

13. Hajn, P.: Ochrana spotřebitele proti klamavé reklamě. Právní fórum, 2004, č. 2
14. Hajn, P.: Oslabená ochrana spotřebitelů? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách. Obchodněprávní revue, 2009, č. 2
15. Hajn, P.: Právní válka o Valašské království. Právo a byznys, 2011, č. 1
16. Hajn, P.: Účastníci hospodářské soutěže. Právní rozhledy, 1998, č. 11
17. Hajn, P.: Ústavněprávní hledisko ve sporech z nekalé soutěže. Obchodněprávní revue, 2010, č. 7
18. Hajn, P.: Zjevné i méně zřejmé změny v českém právu proti nekalé soutěži. Obchodněprávní revue, 2011, č. 7
19. Hajn, P.: K souběhu práva autorského a práva proti nekalé soutěži (Jak také chápat „acquis communautaire“). Právní rozhledy, 2011, č. 15
20. Havlín, M.: Historický vývoj právní úpravy nekalé soutěže. Právník, 1996, č. 9
21. Hulmák, M.: Nový zákon o spotřebitelském úvěru. Právní rozhledy, 2010, č. 9
22. Kotásek, J.: Některé novinky v úpravě spotřebitelských úvěrů. Obchodněprávní revue, 2010, č. 4
23. Leiss, D.: Problémy úpravy právní odpovědnosti za přestupky v reklamě. Časopis pro právní teorii a praxi, 2011, č. 1

24. Macek, J.: K právním prostředkům ochrany proti jednání nekalé soutěže. *Obchodní právo*, 1993, č. 5
25. Macek, J.: Ochrana proti jednání nekalé soutěže předběžným opatřením soudu. *Právní praxe v podnikání*, 1995, č. 9
26. Macek, J.: Soutěžitel a soutěžní vztah v nekalé soutěži. *Právo a podnikání* 1996, č. 7-8
27. Macek, J.: Zamyšlení nad žalobami či návrhy na vydání předběžného opatření ve sporech z nekalé soutěže z hlediska formulace petitiů. *Soudní rozhledy*, 1999, č. 12
28. Munková, J.: K perspektivám rozvoje českého práva – příspěvek k úpravě práva hospodářské soutěže. *Právní rozhledy*, 1995, č. 4
29. Nesnídal, J.: Dobré mravy – právní povinnost. *Právní rádce*, 1999, č. 3
30. Nesnídal, J.: Nejde o hru bez pravidel. *Ekonom*, 1997, č. 48
31. Ondřejová, D. Schöblová, B.: Dokazování ve sporech z nekalé soutěže. *Právní fórum*, 2010, č. 7
32. Ondřejová, D.: Hledisko tzv. průměrného spotřebitele v nekalé soutěži. *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 8
33. Ondřejová D.: Právnícké osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů v nekalosoutěžních sporech. *Právní fórum*, 2010, č. 2
34. Ondřejová, D.: Procesní specifika ve věcech nekalé soutěže. *Právní fórum*, 2010, č. 5
35. Ondřejová, D.: Regulace reklamy v právu Evropských společenství. *Právo a podnikání*, 2005, č. 6-8

36. Ondřejová, D.: Srovnávací reklama z pohledu práv na označení. Právní fórum, 2011, č. 5
37. Ondřejová, D.: Uveřejnění rozsudku ve sporech z nekalé soutěže. Obchodněprávní revue, 2011, č. 5
38. Patěk, D.: Bude spotřebitel vytlačen z práva nekalé soutěže? Obchodní právo, 2009, č. 10
39. Polčák, R.: Nekalosoutěžní agrese na internetu. Právní rozhledy, 2005, č. 13
40. Polčák, R.: Odpovědnost poskytovatelů služeb informační společnosti. Právní rádce, 2009, č. 23
41. Pouperová, O.: Audiovizuální mediální služby na vyžádání. Právní rádce, 2011, č. 11
42. Raus, D.: Reklama klamavá a reklama srovnávací v komunitární a české soutěžní legislativě. Právní rozhledy, 2000, č. 7
43. Raus, D.: Spory o nekalou soutěž a aktivní legitimace. Právní rádce, 1998, č. 3
44. Raus, D.: Spory o nekalou soutěž a pasivní legitimace. Právní rádce, 1998, č. 4
45. Ryška, M.: K ochraně netradičních subjektů ve sporech vyplývajících z nekalé soutěže. Právní rozhledy, 1997, č. 8
46. Slováková, Z., Pelikánová Mac Gregor, R.: Promlčení nároků z nekalé soutěže ve světle české a vybraných zahraničních právních úprav. Právní rozhledy, 2009, č. 1
47. Svobodová, I.: K předběžným opatřením v obchodních věcech. Právní rozhledy, 1997, č. 9

48. Šámal, P.: Nekalá soutěž a možnosti jejího postihu podle platné právní úpravy a za účinnosti nového trestního zákoníku. Právní rozhledy, 2009, č. 15
49. Tomsa, M., Macek, J.: Příspěvek k otázkám přiměřeného zadostiučinění v penězích v případech nekalé soutěže, porušení obchodního tajemství a při neoprávněném užívání obchodního jména. Právní praxe, 1998, č. 4
50. Ťoukálek, J.: Nekalosoutěžní jednání v reklamě. Obchodní právo, 2009, č. 7-8
51. Vavrečka, J.: Definice reklamy skrývá hrobku legality – Co je to reklama a jaký je rozdíl mezi reklamou a informací. Časopis pro právní teorii a praxi, 2011, č. 1
52. Vavrečka, J.: Definice reklamy skrývá hrobku legality – Trojjediná legální definice reklamy. Časopis pro právní teorii a praxi, 2011, č. 1
53. Vavrečka, J.: Veřejnoprávní aspekty etické samoregulace reklamy a obchodní praxe. Časopis pro právní teorii a praxi, 2011, č. 1
54. Vymazal, L.: Ochrana spotřebitele a její meze v obchodním závazkovém právu. Obchodněprávní revue, 2010, č. 2

Dokumenty:

1. Doporučení Rady související s aplikací nové právní úpravy umístění produktu ze dne 31. května 2010
2. Důvodová zpráva k vládnímu návrhu nového občanského zákoníku, Dostupná z:
http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymcestorage/files/Duvodova_zprava_OZ_LRV_090430_final.pdf (3. března 2011)
3. Etický kodex reklamy, dostupný z:
http://www.rpr.cz/cz/dokumenty_rpr.php (11. května 2011)
4. Neoficiální informativní materiál Rady pro reklamu – "Umístění produktu (product placement)" ze dne 26. května 2010
5. Tisková zpráva ATO ze dne 8. června 2010
6. Vládní důvodová zpráva k zákonu proti nekalé soutěži, Poslanecká sněmovna 1926, tisk č. 255
7. Vládní návrh nového občanského zákoníku, Dostupný z:
http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymcestorage/files/Vladni_navrh_obcanskeho_zakoniku_LRV_090430_final_s%20obsahem.pdf (8. června 2011)
8. Winter, F.: Právo a reklama – praktický průvodce reklamními paragrafy Dostupný z:
www.akwinter.cz/pravoareklama07.pdf (15. června 2011)

Internetové zdroje:

1. Glockner, J. B.: Think big! Some remarks on the European Commission's Green paper on consumer protection against unfair trade practices and the proposal for a regulation concerning sales promotions in the internal market.

Dostupný z:

http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/responses/others/jochen_glockner.pdf

2. Palla, T.: Právnická osoba jako spotřebitel? Už ne.

Dostupný z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/pravnicka-osoba-jako-spotrebitel-uz-ne-63811.html> (27. února 2011)

3. K jednání zaměstnance v hospodářské soutěži (§ 44 odst. 1 ObchZ).

Dostupný z:

http://www.profipravo.cz/index.php?page=article&id_category=36&id_article=254763&csum=f4375c67 (10. únor 2011)

4. Hülle, T.: Co nového nám přináší směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu do úpravy nekalé soutěže v ČR?

Dostupný z:

http://www.ipravnik.cz/cz/clanky/pravo-evropske-a-mezinarodni/art_5134/co-noveho-nam-prinasi-smernice-2005-29-es-1-o-nekalych-obchodnich-praktikach-vuci-spotrebitelum-na-vnitrim-trhu-do-upravy-nekale-souteze-v-cr.aspx (2. květen 2011)

5. Štajer, L.: Výhody a rizika srovnávací reklamy.

Dostupný z:

<http://strategie.e15.cz/prilohy/marketing-magazin/vyhody-a-rizika-srovnavaci-reklamy-471464> (2. květen 2011)

6. K nekalé soutěži volbou názvu zaměnitelného s označením výrobku soutěžitele.

Dostupný z:

http://www.profipravo.cz/index.php?page=article&id_category=84&i

d_article=254870&csum=6bfd7737 (2. květen 2011)

7. Pall, T.: Spotřebitelské úvěry a nová směrnice – záchrana z EU?

Dostupný z:

<http://www.epravo.cz/top/clanky/spotrebitelske-uvery-a-nova-smernice-zachrana-z-eu-55498.html> (6.květen 2011)

8. Mikuláš, Z., Slezák, O.: Zákon o spotřebitelském úvěru.

Dostupný z:

<http://www.epravo.cz/top/clanky/zakon-o-spotrebitelskem-uveru-63132.html> (1. červen 2011)

9. Dohnal, J.: Zbytečná hysterie kolem spotřebitelských úvěrů.

Dostupný z:

<http://www.epravo.cz/top/clanky/zbytecna-hysterie-kolem-spotrebitelskych-uveru-74167.html> (3. červen 2011)

10. Kůta, P.: Product placement aneb konec obav ze skryté reklamy v Čechách.

Dostupný z:

<http://www.elaw.cz/cs/obchodni-pravo/259-product-placement-aneb-konec-obav-ze-skryte-reklamy-v-cechach-.html> (3. červen 2011)

11. Winter, F.: Product placement.

Dostupný z:

<http://www.epravo.cz/top/clanky/product-placement-53947.html> (3.červen 2011)

12. Product palcement jde na obrazovky. Už zítra.

Dostupný z:

http://www.lidovky.cz/product-placement-jde-na-obrazovky-uz-zitra-fzt-/ln-media.asp?c=A100530_152107_ln-media_jar (6. červen 2011)

13. Televize protestují proti pravidlům pro product placement, které vydala RRTV.

Dostupný z:

<http://www.digizone.cz/aktuality/televize-protestuji-proti-pravidlum-pro-product/> (10. červen 2011)

14. Určeme hranice product placementu, vzkazuje televizím šéfka Rady pro vysílání.

Dostupný z:

<http://www.digizone.cz/clanky/urceme-hranice-product-placementu-rika-sefka-rrtv/> (2. únor 2011)

15. Čermák, K.: Česká právní úprava klamavé a srovnávací reklamy v kontextu komunitárního práva.

Dostupný z:

<http://pravniradce.ihned.cz/c1-38392630-ceska-pravni-uprava-klamave-a-srovnavaci-reklamy-v-kontextu-komunitarniho-prava> (15. června 2011)

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK

"**autorský zákon**" - zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů

"**ESD**" nebo "**Evropský soudní dvůr**" - Evropsky soudní dvůr se sídlem v Lucemburku

"**Kodex reklamy**" - Kodex reklamy 2009, vydaný Radou pro reklamu

"**Kodifikovaná směrnice o klamavé a srovnávací reklamě**" - směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2006/114/ES o klamavé a srovnávací reklamě (kodifikované znění)

"**NSIS**" nebo "**zákon o některých službách informační společnosti**" - zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, ve znění pozdějších předpisů

"**ObchZ**" nebo "**obchodní zákoník**" - zákon č. 511/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

"**OSŘ**" nebo "**občanský soudní řád**" - zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

"**OZ**" nebo "**občanský zákoník**" - zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

"**RTV**" nebo "**zákon o rozhlasovém a televizním vysílání**" - zákon č. 231/2000 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů

"**SES**" - smlouva o založení Evropských společenství ze dne 1. 1. 1958, ve znění pozdějších předpisů

"**Směrnice o audiovizuálních mediálních službách**" - směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/13/EU ze dne 10. března 2010 o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících poskytování audiovizuálních služeb (směrnice o audiovizuálních mediálních službách)

"**Směrnice o klamavé reklamě**" - směrnice Rady 84/450/EHS, o sblížení právních a správních předpisů členských států týkající se klamavé reklamy

"**Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě**" - Směrnice Evropského

parlamentu a Rady 97/55/ES

"Směrnice o nekalých obchodních praktikách" - směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2005/29/ES, o nekalých obchodních praktikách

"Směrnice o spotřebitelském úvěru" - směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/48/ES ze dne 23. dubna 2008, o smlouvách o spotřebitelském úvěru a o zrušení směrnice 87/102/EHS

"TIZ" nebo **"tiskový zákon"** - zákon č. 46/2000 Sb., tiskový zákon, ve znění pozdějších předpisů

"trestní zákoník" - zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

"Vážný" - sbírka rozhodnutí Nejvyššího soudu ve věcech občanskoprávních z období první republiky

"ZAMS" nebo **"zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání"** - zákon č. 132/2010 Sb., o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání ve znění pozdějších předpisů

"ZOS" nebo **"zákon o ochraně spotřebitele"** - zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů

"ZOSU" nebo **"zákon o spotřebitelském úvěru"** - zákon č. 145/2010 Sb., o spotřebitelském úvěru a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů

"ZOZT" nebo **"zákon na ochranu zvířat proti týrání"** - zákon č. 246/1992, na ochranu zvířat proti týrání, ve znění pozdějších předpisů

"ZPNS" nebo **"zákon proti nekalé soutěži"** - zákon č. 111/1927 Sb. z. a n., proti nekalé soutěži, ve znění pozdějších předpisů

"ZPVSA" nebo **"zákon o podmínkách výroby, šíření a archivování audiovizuálních děl"** - zákon 273/1993 Sb., zákon o podmínkách výroby, šíření a archivování audiovizuálních děl, ve znění pozdějších předpisů

"ZRR" nebo **"zákon o regulaci reklamy"** - zákon č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, ve znění pozdějších předpisů

SUMMARY

The purpose of my thesis is to analyze the regulation of advertisement under Czech law. This topic is rather general, so I decided to write on several particular issues, which are, at least from my point of view, very important and which may cause serious problems in daily practice. Furthermore, I did illustrate most of conclusions outlined in the thesis on decisions of courts, which play a crucial role in this field of law.

The thesis is composed of three main chapters, each of them dealing with different aspects of the regulation of advertisement under Czech law.

First Chapter outlines an advertisement regulation stipulated under private law, i.e. definition of basic terminology such as unfair competition and the law against unfair competition. Further it deals with subjects of the law of unfair competition and describes all necessary information on the meaning of the general clause, which is the keystone of the regulation of unfair competition provided by the private laws.

Chapter two is related to the regulation of advertisement provided by public law, i.e. it describes all main statutes regulating advertisement such as Act on Regulation of Advertisement, as a general statute regulating advertisement, and several other statutes regulating specific areas of the advertisement.

The third Chapter provides a brief summary of regulation stipulated in provisions, which cannot be enforced, so-called ethic rules, which are binding upon the members of certain organizations.

The immanent part of my thesis is a description of European law regulating advertisement and I emphasized all relevant provisions of the European law transferred to our legislative order.

The main aim of the thesis is to show, how the statutes regulating advertisement apply in the practice and I also suggest several improvements, which would provide better background for courts decisions. We will be facing to several crucial challenges in the very near future. Foremost it is a new European regulation regarding the advertisement and a new Civil Code, which might be adopted in a very near future. It is needless to say that the Code newly covers the regulation of the unfair competition.

KLÍČOVÁ SLOVA/KEY WORDS:

1. Nekalá soutěž / Unfair competition
2. Regulace reklamy / Regulation of Advertisement
3. Klamavá reklama/Misleading advertising

ABSTRACT

The purpose of my thesis is to analyze the regulation of advertisement under Czech law. This topic is rather general, so I decided to write on several particular issues, which are, at least from my point of view, very important and which may cause serious problems in daily practice.

ABSTRAKT

Tato práce si klade za cíl zanalyzovat právní úpravu regulace reklamy obsaženou v českém právním řádu. Téma je velice široké, proto jsem se zaměřil na několik, z mého pohledu zajímavých, otázek, které způsobují největší potíže v každodenní praxi.