

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Rigorózní práce

Klamavá reklama

Mgr. Vladimíra Bláhová

Březen 2006

OBSAH

Obsah	2
Poznámkový aparát, zkratky	4
ČÁST PRVNÍ – UVEDENÍ DO PROBLEMATIKY	5
<i>Úvodem o hospodářské soutěži</i>	6
Základy hospodářské soutěže	6
Nekalá soutěž	12
<i>Vývoj práva nekalé soutěže na území ČR</i>	17
Právo nekalé soutěže za Rakouska-Uherska a v době první republiky	17
Období po roce 1948	20
ČÁST DRUHÁ – ÚPRAVA REKLAMY V PLATNÉM PRÁVU	23
<i>O reklamě obecně</i>	24
Prameny	24
Pojem reklamy	25
<i>Soukromoprávní úprava</i>	31
Vymezení klamavé reklamy	31
Právní prostředky ochrany	39
<i>Komunitární právo</i>	56
Vývoj práva nekalé soutěže	56

Současná úprava	58
Ochrana spotřebitele	66
Veřejnoprávní regulace	70
Obecná charakteristika	70
Omezení reklamy podle ZRR	71
Odpovědnost a sankce podle ZRR	74
Omezení ve zvláštních zákonech	76
Samoregulace	77
Pojetí samoregulace, Rada pro reklamu	77
Kodex reklamy	78
Trestněprávní dopady	81
Role trestního práva v oblasti reklamy	81
Trestný čin nekalé soutěže	81
Trestný čin porušování závazných pravidel hospodářského styku	87
Trestný čin poškozování spotřebitele	87
ČÁST TŘETÍ – ZÁVĚR	88
Závěr	89
Seznam literatury	92

Poznámkový aparát

Podkladem této práce byla řada monografií a odborných článků. V případě doslovné citace je citát uveden v uvozovkách a psán kurzívou. V případě pouhého využití údajů je uvedena poznámka, odkud dané informace pramení.

Mnoho informací jsem čerpala z informačního programu ASPI. Proto v případě, že odkazuji na článek z tohoto zdroje, není uvedena stránka. Stejně tak u judikátů z ASPI není uveden odkaz, ale jen číslo daného rozhodnutí.

V případě citace informace nalezené na internetu je uveden název dokumentu, webová stránka a datum, kdy byla daná informace na stránkách k dispozici.

Zkratky

ObchZ	- obchodní zákoník č. 513/1991 Sb., v platném znění
OSŘ	- občanský soudní řád č. 99/1963 Sb., v platném znění
OZ	- občanský zákoník č. 40/1964 Sb., v platném znění
PUÚ	- Pařížská unijní úmluva o ochraně průmyslového vlastnictví z 20. 3. 1883
TrZ	- trestní zákon č. 140/1961 Sb., v platném znění
ZPNS	- zákon proti nekalé soutěži č. 111/1927 Sb. z. a n.
ZRR	- zákon o regulaci reklamy č. 40/1995 Sb., v platném znění
UWG	- Gesetz gegen unlauterer Wettbewerb – zákon proti nekalé soutěži Spolkové republiky Německo (podle kontextu zákon z roku 1909 nebo 2004)

ČÁST PRVNÍ

UVEDENÍ DO PROBLEMATIKY
PRÁVA HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ÚVODEM O HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽI

Základy hospodářské soutěže

Počátky hospodářské soutěže

Hospodářská soutěž je s trochou nadsázky stará bezmála stejně jako lidstvo samo. Již v období výrobního hospodářství v polovině 4. tisíciletí př. n. l. se člověk od pouhého lovu a sběru zaměřil na produkování vlastních výrobků. Čím kvalitnější byly výrobní metody a čím zručnějším se stával sám člověk, tím více výrobků vytvořil, jejich množství přesáhlo potřeby rodu a bylo třeba nabídnout je jinde... Postupem času se i tato oblast stala předmětem právní regulace. Zatímco z pohledu ekonomického se jeví pro hospodářskou soutěž nejlepší minimální zásahy státu, z pohledu právního je regulace nutná, neboť musí být vytvořen prostor, jež bude chránit poctivé obchodníky před nepoctivými.

Počátky moderního práva nekalé soutěže se nacházejí ve Francii, kde začali soudci stíhat nekalou soutěž na základě odpovědnosti za škodu upravené v Code civil z roku 1804. Po vzoru Francie začaly stíhat nekalou soutěž také Belgie a Itálie.¹

V Německu se stíhání nekalé soutěže považovalo za jev francouzský a není tedy divu, že v důsledku odvěkého nepřátelství mezi Německem a Francií bylo dlouho odmítáno s tím, že „na poli obchodu a živnostenské svobody je vše dovoleno, co není výslovně zakázáno“². První německý zákon z 27. 5. 1896 nebyl příliš zdařilý a nepřinesl tudíž očekávané výsledky. Generální klauzule byla odmítnuta s tím, že není v souladu s požadavkem právní jistoty. Zákon se omezil jen na výčet jednotlivých skutkových podstat.³ „Za zamyšlení stojí úvaha z vládní důvodové zprávy k tomuto zákonu parafrázovaná v cit. díle Hamanna, Drábka a Buchtely: 'Francouzský soudce prý odjakživa byl zvyklým z všeobecných právních zásad vytěžit konkrétní právní závěry, aniž by očekával od zákonodárce nějakých speciálních norem, zatím co prý německý soudce vždy byl náchylným přimknouti se těsněji ke znění zákona a rozlišovati mezi všeobecnými zákonodárnými principy a konkrétními předpisy'.“⁴

¹ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl, 3. přepracované vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2003, str. 402.

² Hamann, L. – Drábek, J. – Buchtela, R.: Soutěžní právo československé, V. Linhart, Praha, 1938, str. 21 an.

³ Emmerich, V.: Unlauterer Wettbewerb. 7. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2004, str. 4.

⁴ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku 1. díl, 3. přepracované vydání, Linde Praha, a.s., 2003, str. 403.

Po tomto nepovedeném zákoně byl přijat další zákon 7. června 1909, který již obsahoval generální klauzuli a na jehož základě se soutěžní právo v Německu bohatě rozvinulo. Tento zákon upravoval nekalou soutěž téměř 100 let. Od 8. července 2004 jej nahradil stejnojmenný zákon. Důvodem přijetí této nové normy byly jednak snahy Evropské komise z poslední doby o harmonizaci soutěžního práva členských států a odstranění překážek vnitřního trhu a jednak snahy o rozsáhlou liberalizaci německého soutěžního práva, které se započaly již v devadesátých letech minulého století.⁵ I tento zákon obsahuje generální klauzuli a výčet skutkových podstat.

Byla odstraněna řada zákazů v praxi již dávno překonaných, např. zákaz výprodejů, když podle dřívější úpravy byly povoleny pouze výroční, letní a zimní výprodeje. Nyní se mohou konat výprodeje v jakoukoli roční dobu. Na druhou stranu přibyla některá nová omezení, jako například zákaz nevyžádané reklamy prostřednictvím e-mailu nebo SMS zprávy (SPAM, Junk Mail) nebo tzv. Mondpreiswerbung, kdy je jakožto klamavý zakázán postup, při němž dojde ke snížení ceny poté, co původní vyšší cena byla požadována jen po nepřiměřeně krátkou dobu.⁶

V Anglii se soutěžní právo rozvinulo judikaturou z předpisů známkoprávních.⁷

V Rakousku za trvání Rakousko-Uherské monarchie k přijetí zákona nedošlo. Existovalo jen několik ustanovení v různých předpisech. Několikrát již byly připraveny osnovy zákona – roku 1895, 1901 a 1906, ale přijaty nakonec nebyly.

Vývoj úpravy na našem území bude předmětem samostatné kapitoly.

Základy práva hospodářské soutěže

Základem práva hospodářské soutěže je vymezení samotného pojmu „hospodářská soutěž“. Definici nenajdeme v platném právu, nýbrž v teorii a judikatuře. V době první republiky byla hospodářská soutěž chápána jako „*boj několika, nejméně dvou osob nebo skupin osob, z nichž se jedna snaží nabytí před druhou přednost*“.⁸ Z novějších definic můžeme uvést vymezení K. Knapa, podle kterého je hospodářská soutěž „*soupeření dvou nebo více hospodářských subjektů na téže straně tržních vztahů (nabídky či poptávky) o dosažení hospodářského výsledku záležejícího v uskutečnění směny výrobků nebo služeb s týmiž potenciálními účastníky trhu, a to takové soupeření, které vzájemně ovlivňuje*

⁵ Emmerich, V.: Unlauterer Wettbewerb. 7. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2004, str. 10.

⁶ Trube, C. M.: Das (neue) „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)“, JurPC Web-Dok., Abs. 87.

⁷ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku 1.díl, 3.přepracované vydání, Linde Praha, a.s, Praha, 2003, str. 403.

⁸ Hamann, L. – Drábek, J. – Buchtela, R.: Soutěžní právo československé, V. Linhart, Praha, 1938, str. 2 an.

hospodářskou činnost těchto subjektů a vytváří na straně druhých potenciálních účastníků tržních vztahů objektivní možnost volby mezi různými soutěžními nabídkami či poptávkami...“⁹

Na rozdíl od plánovaného hospodářství, kdy „stát řídil celé národní hospodářství jako jedinou mamutí továrnu“¹⁰, má stát v tržní ekonomice zasahovat do volné hospodářské soutěže co nejméně. Na druhou stranu však hospodářská soutěž ponechaná sama sobě má tendence k samozničení. Najít tu správnou míru, nakolik má stát zasahovat do volného boje ekonomických subjektů, je úkolem soutěžního práva. Stát má vytvořit prostor, ve kterém se za podmínek fair play utkají jednotliví soutěžitelé.

Právo hospodářské soutěže se dělí na dva úseky – právo nekalé soutěže a právo proti omezování soutěže. K těmto dvěma základním se připojuje ještě úsek třetí – ochrana proti manipulování spotřebitelem, který také vstupuje do soutěže, nikoliv jako konkurent, nýbrž jako objekt, na který se soutěžitelé zaměřují. V dnešní době globalizace, kdy na trhu často, ne-li dokonce většinou, vystupují mohutné nadnárodní podniky, je nutné poskytnout ochranu této slabší straně.

Předmětem práva proti omezování soutěže je regulace spojování soutěžitelů, vyloučení jejich trh ohrožující dohod a zákaz zneužívání dominantního postavení. Jedná se převážně o normy kogentního charakteru, které jsou vymezeny negativně. Kartelové právo je součástí veřejného práva. Negativním vymezením stanoví, co je pro soutěžitele zakázáno, určí sankce a je na státu, aby kontroloval a trestal porušení těchto norem.

Oproti tomu právo nekalé soutěže je právem soukromým. Také tyto normy jsou kogentního charakteru, ale je na poškozeném soutěžiteli nebo spotřebiteli, aby se domáhal ochrany, kterou mu právo umožňuje.

Právo hospodářské soutěže není dnes chápáno jen jako součást obchodního práva, ale spíše jako „disciplína obchodní právo rozšiřující“¹¹. V jednom odvětví se zde setkávají normy práva veřejného i práva soukromého. Je to znakem toho, jak je v dnešní době problematické rozdělit veškeré právo na dvě části – soukromé a veřejné, které se navzájem nedotýkají. Stát dnes ztrácí své výsadní postavení ve společenských vztazích, stále větší roli hrají subjekty ekonomické. Na druhé straně stát sám často vystupuje v postavení soukromé osoby. Časy se od dob Ulpiana změnil, a tak ani jeho definice nám v některých

⁹ Knap, K.: Právo hospodářské soutěže, Orbis, Praha, 1973, str. 17.

¹⁰ Pelikánová, I. a kol., Obchodní právo – II. díl, ASPI Publishing, s.r.o., Praha, 2001, str. 103.

¹¹ Tamtéž, str. 104.

případech nepomůže odpovědět na otázku, zda určitá norma patří do práva soukromého nebo veřejného.

Česká úprava hospodářské soutěže

Česká republika se nechala inspirovat německým právem, takže má zvláštní úpravu nekalé soutěže i práva proti omezování soutěže. Společný základ obsahují §§ 41-43 ObchZ. Tam je vymezen pojem soutěžitele a rozdělení zneužití účasti v hospodářské soutěži na nekalosoutěžní jednání a nedovolené omezování soutěže. Druhá forma protisoutěžního jednání je pak upravena ve zvláštním zákoně.

V § 43 odst.1 ObchZ je stanoveno, že nevyplývá-li jinak z mezinárodních smluv, kterými je Česká republika vázána, nevztahuje se úprava hospodářské soutěže v obchodním zákoníku na jednání v rozsahu, v jakém má účinky v zahraničí. V odstavci druhém jsou naroveň českým osobám postaveny osoby zahraniční, které u nás podnikají. Ostatní zahraniční osoby se mohou dovolávat ochrany podle mezinárodních smluv a není-li jich, na základě vzájemnosti.

Úprava nekalé soutěže je dále obsažena v §§ 44-54. Podle německého vzoru obsahuje generální klauzuli a demonstrativní výčet skutkových podstat. Právo proti omezování soutěže bylo původně upraveno zákonem č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, který byl nahrazen stejnojmenným zákonem č. 143/2001 Sb.

Komunitární právo se věnuje spíše úseku práva proti omezování soutěže. Již Smlouva o Montánní unii (zakládající Evropské společenství uhlí a oceli), jejíž platnost vypršela v červenci 2002, obsahovala podrobnou úpravu dohod a koncentrací v hlavě VI. Také Smlouva o založení Evropského hospodářského společenství podepsaná v roce 1957 v Římě obsahuje v čl. 81 a 82 důležitá ustanovení o ochraně hospodářské soutěže. Jedná se o kontrolu kartelů, zneužití dominantního postavení a kontrolu koncentrací. Dále je zakázáno poskytování podpor státy jakožto nepřijatelné se svobodným trhem. Provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v čl. 81 a 82 Smlouvy je upraveno nařízením Rady č. 1/2003. Kontrola koncentrací je podrobněji rozvinuta v nařízení Rady č. 139/2004 o kontrole spojování podniků. Na základě článků 81 a 82 vznikla také bohatá judikatura.

V oblasti nekalé soutěže je komunitární právo nesrovnatelně chudší. „První vlašťovkou“ byla směrnice 84/450/EHS o klamavé reklamě. Ta byla později doplněna směrnicí 97/55/ES, aby zahrnovala i reklamu srovnávací. Na základě toho se i do českého obchodního zákoníku dostala srovnávací reklama, která je upravena v § 50a ObchZ. Trvalo téměř padesát let, než bylo v oblasti práva nekalé soutěže dosaženo jednoty mezi

členskými státy a byla dne 11.5.2005 přijata směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách. Členské státy jsou povinny přijmout a zveřejnit právní a správní předpisy implementující směrnici do 12.6.2007 a používat tyto předpisy ode dne 12.12.2007.

Základem mezinárodní úpravy hospodářské soutěže, resp. nekalé soutěže je Pařížská úmluva na ochranu průmyslového vlastnictví z roku 1883, která v člancích 10bis a 10ter v lisabonském znění ukládá unijním státům povinnost zajistit účinnou ochranu proti nekalé soutěži, přičemž nekalou soutěží je „*každá soutěžní činnost, která odporuje poctivým zvyklostem v průmyslu a obchodě*“. Následuje demonstrativní výčet, podle kterého musí být zakázány zejména činy, které by mohly způsobit záměnu; falešné údaje, které by mohly poškodit dobrou pověst; a údaje a tvrzení, které by byly s to uvádět veřejnost v omyl. V čl. 10ter se unijní země zavazují zajistit příslušníkům všech unijních zemí vhodné zákonné prostředky. Československá republika přistoupila k Úmluvě v roce 1919 a lisabonské znění bylo vyhlášeno pod číslem 81/1975 Sb. Česká republika se stala jejím členem po rozdělení československé federace jako nástupnický stát Československé republiky.

Soutěžní právo jako úprava právní odpovědnosti

Obě větve soutěžního práva upravují skutkové podstaty protiprávních jednání a následky takovýchto jednání, resp. vznik sekundární povinnosti na základě porušení povinnosti primární. Jsou tedy vystavěny na konstrukci právní odpovědnosti. Není divu, vždyť právě úprava odpovědnosti za škodu byla základem, ze kterého ochranu hospodářské soutěže vyvodili francouzští soudci a ve Francii nadále zůstává postavena jen na obecné odpovědnosti za škodu v čl. 1382 občanského zákoníku.

Je však nutné rozlišovat právo nekalé soutěže, které jakožto odvětví práva soukromého stanovuje soukromoprávní důsledky, a právo na ochranu hospodářské soutěže, které náleží do práva veřejného a jako takové zakládá veřejnoprávní odpovědnost subjektu porušujícího právo a s tím spojené právo státu na potrestání viníka cestou ukládání sankcí ve formě pokut nebo opatření k nápravě.

Předpokladem vzniku odpovědnosti v nekalosoutěžním právu je protiprávní jednání, vznik újmy a příčinná souvislost. Podle toho, zda se jedná o odpovědnost objektivní nebo subjektivní, je nebo není požadováno zavinění. Obchodní zákoník upravuje odpovědnost za protisoutěžní jednání na objektivním principu.

Prvním předpokladem vzniku odpovědnosti je jednání v rozporu s předpisy upravujícími soutěž. V právu hospodářské soutěže je obvykle vymezeno generální klauzuli a k té některé úpravy připojují výčet skutkových podstat. Náš občanský zákoník č. 141/1950 Sb. obsahoval v § 352 jen generální klauzuli, oproti tomu prvorepublikový zákon proti nekalé soutěži, hospodářský zákoník, obchodní zákoník i Pařížská unijní úmluva obsahují jak generální klauzuli, tak jednotlivé skutkové podstaty.

Vztah generální klauzule a skutkových podstat může být různý. Generální klauzule může být určitý obecný základ, který je dále podrobněji rozvinut ve skutkových podstatách. Každé jednání musí nejprve naplnit znaky generální klauzule, aby poté mohlo být posuzováno i podle zvláštních skutkových podstat. Jednání naplňující znaky generální klauzule, ale neodpovídající již žádné konkrétní skutkové podstatě, se podřadí pod samotnou generální klauzuli.

Další variantou je situace, kdy mezi generální klauzuli a skutkovými podstatami je vztah *lex generalis* a *lex specialis*. Naplní-li tedy určité jednání znaky konkrétní skutkové podstaty, generální klauzule se na něj již vztahovat nebude.

Dalším předpokladem právní odpovědnosti je způsobení újmy. V oblasti soutěžního práva existují různé pohledy na vznik újmy, resp. na povahu této újmy. Dáme-li přednost prvku veřejnoprávnímu, bude újmou již samotné narušení hospodářské soutěže, není důležité, zda se toto narušení dotklo konkrétního soutěžitele. Například PUÚ chápe nekalou soutěž jako jednání proti poctivým zvyklostem v průmyslu a obchodě a nepožaduje žádný škodlivý následek ani jeho hrozbu. Újma nastala již tím, že odpovědná osoba jednala v rámci soutěže nepoctivým způsobem.

Upřednostníme-li naopak prvek soukromoprávní, odpovědnost se tím značně zúží, protože k jejímu vzniku bude nutné, aby nastala škoda konkrétnímu subjektu, ať už se bude jednat o soutěžitele nebo spotřebitele. Podle některých úprav, i podle té naší, postačí ke vzniku odpovědnosti, že protiprávní jednání je způsobilé ke škodlivému účinku vést. Samotná škoda nemusí nastat, stačí, že hrozila. Jde tedy o tzv. ohrožovací delikt. Ochrana soutěže tu působí již preventivně.

Typické pro soutěžní právo je jeho „*funkční pojetí*“¹², které se neomezuje jen na ochranu jednotlivce, ale chrání především nezkráslenou a ničím neomezovanou hospodářskou soutěž. „*Takovéto pojetí, v němž nabývá převahy veřejnoprávní prvek nad soukromoprávním, jasně vyjadřuje, že základní funkcí soutěžního práva je chránit existenci*

¹² Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo – II. díl, ASPI Publishing, s.r.o., Praha, 2001, str. 108.

nezkreslené hospodářské soutěže bez ohledu na zájmy jednotlivců, protože existence nezakreslené hospodářské soutěže je veřejným zájmem.¹³ Toto pojetí je v souladu i s ochranou hospodářské soutěže v Evropských společenstvích, jejichž cílem je volný trh a efektivní soutěž na tomto trhu. Od tohoto pojetí se naopak odchyluje náš obchodní zákoník, který činí vznik odpovědnosti závislým na způsobilosti přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům.

Třetím znakem je příčinná souvislost, která spojuje oba výše uvedené znaky. Aby vznikla odpovědnost za protiprávní jednání, musí být způsobená nebo hrozící újma v příčinné souvislosti s takovým jednáním, tedy újma musí být následkem protiprávního chování a jednání musí být příčinou újmy.

Nekalá soutěž

Úprava nekalé soutěže v obchodním zákoníku a srovnání s jinými úpravami

Právo nekalé soutěže postihuje takové jednání, kdy některý ze soutěžitelů nepostupuje v soutěži poctivým způsobem a v důsledku toho by se mohlo stát, že „neobstojí ten, kdo by v ní za normálních okolností obstál, a obstojí ten, kdo by neobstál“.¹⁴ Důležitá je zde podmíněnost – „mohlo by se to stát“. Soutěžitel se nepoctivým způsobem snaží obstát, nemusí se mu to však podařit. Právo postihuje takové jednání bez ohledu na to, zda provinivší se soutěžitel obstál či nikoli. Bylo by v rozporu se smyslem zákona, aby byl potrestán jen ten „šikovnější“, kterému se nekalosoutěžní jednání zdařilo, zatímco méně obratný rušitel by zůstal nepotrestán.

Pojem „nekalá soutěž“ je překladem německého „unlauterer Wettbewerb“, které převzalo tento výraz z francouzského „concurrence déloyale“¹⁵. I to je důkazem toho, že původ celé materie je v praxi francouzských soudů, které začaly počátkem 19. století postihovat taková jednání na základě generální klauzule čl. 1382 Code civil.

Název nekalá soutěž byl kritizován již za období první republiky. Označení soutěže za „nekalou“ v nás vzbuzuje pocit, že se jedná o chování zavrženíhodné, nečestné a především, že viník jednal zaviněně, že si je této nekalosti vědom, a proto si zaslouží naše zavržení. Odpovědnost za nekalou soutěž ale je – a již v zákoně proti nekalé soutěži z roku

¹³ Tamtéž, str. 107.

¹⁴ Tamtéž, str. 109.

¹⁵ Emmerich, V.: Unlauterer Wettbewerb. 7. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2004, str. 2.

1927 bylo – odpovědností objektivní, u které zavinění nehraje roli. Jinak je tomu například ve švédském právu, kde tržní soud nejprve jednání zakáže a vyzve k nápravě, teprve v případě neuposlechnutí uplatňuje sankce, tzn. že sankce stíhá jednání, jež musí být dokonce úmyslné.¹⁶

Nekalá soutěž je upravena v hlavě V části první obchodního zákoníku. Základní vymezení je v § 44, který ve svém prvním odstavci nejprve stanoví definici nekalé soutěže a následuje demonstrativní výčet skutkových podstat v odstavci druhém.

Podle definice je nekalou soutěží „jednání v hospodářské soutěži, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům“ - § 44 odst. 1 ObchZ. Inspirací pro tuto definici byl ZPNS, podle jehož § 1 „kdo dostane se v hospodářském styku v rozpor s dobrými mravy soutěže jednáním způsobilým poškodit soutěžitele, může být žalován, aby se zdržel takového jednání a odstranil závadný stav jím způsobený; věděl-li pak nebo musil-li vědět, že jednání jeho jest způsobilé poškodit soutěžitele, též, aby nahradil škodu jím způsobenou“. Na rozdíl od současného znění tedy nezohledňoval zájmy spotřebitele a odpovědnost za náhradu škody požadovala zavinění.

Podle formulace PUÚ je nekalou soutěží „každá soutěžní činnost, která odporuje poctivým zvyklostem v průmyslu nebo v obchodě“. Převažuje zde tedy veřejnoprávní prvek (jak vysvětleno výše) a není proto požadován vznik škody ani její hrozba. Tato generální klauzule je mnohem širší než naše vymezení požadující způsobilost přivodit újmu.

Za povšimnutí stojí změna, ke které došlo v definici nekalé soutěže v německém právním řádu přijetím nového zákona proti nekalé soutěži v roce 2004. Podle zákona proti nekalé soutěži z roku 1909, se proti hospodářské soutěži provinil ten, „kdo se dopustí v obchodním styku za účelem soutěžení jednání, které je v rozporu s dobrými mravy“. Postačovalo tedy, aby se někdo dopustil jednání v rámci hospodářské soutěže za účelem soutěžení a aby toto jednání bylo v rozporu s dobrými mravy. Nebylo ani nutné, aby takové jednání bylo způsobilé přivodit komukoli újmu. Dále na rozdíl od české úpravy nebyly rozlišovány dobré mravy soutěže a dobré mravy obecné.

Nově je podle § 3 zákona z roku 2004 generální klauzule definována následovně: „Nekalé soutěžní jednání, které je způsobilé nikoli nepatrně poškodit/narušit soutěž k újmě jiných soutěžitelů, spotřebitelů nebo jiných účastníků trhu, je nepřijatelné.“ V následujícím § 4 UWG jsou uvedeny příklady nekalé soutěže. Nekalé je např. takové soutěžní jednání,

¹⁶ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo – II. díl, ASPI Publishing, s.r.o., Praha, 2001, str. 111.

keré je způsobilé nepřiměřeným způsobem ovlivnit rozhodovací svobodu spotřebitele, keré je způsobilé zneužit nezkušenost dětí, dospívajících, využívá strachu, atp. Od 8.července tedy německé právo vychází z nekalosti, která není nadále chápána jako rozpor s obecnými dobrými mravy, ale je pojmem sama o sobě. Některé její příklady stanoví demonstrativní výčet a další výklad tohoto pojmu bude věcí judikatury, resp. již vychází z bohaté německé judikatury, která se rozvinula na základě zákona z roku 1909. V následujících ustanoveních jsou stejně jako dosud upraveny jednotlivé skutkové podstaty.

Znaky nekalé soutěže

Z definice generální klauzule můžeme vyvodit tři základní znaky nekalosoutěžního jednání:

1. k jednání musí dojít v hospodářské soutěži;
2. jednání musí být v rozporu s dobrými mravy soutěže;
3. jednání musí být způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům.

Ad.1: Ke škodlivému jednání musí dojít v hospodářské soutěži. To ale neznamená, že by jednání bylo omezeno jen na vzájemný vztah soutěžitelů. Soutěžení se v praxi odehrává v nejrůznějších právních i neprávních vztazích. Jde pak o jakékoli chování, které ať už přímo nebo nepřímo ovlivňuje výsledek soutěže, resp. se o ovlivnění soutěže snaží. Takovým chováním je i jednání vůči spotřebiteli, jednání s úřady, poskytnutí informací tisku, atp.

Původcem takového jednání přitom nemusí být jen soutěžitel. Již podle prvorepublikové judikatury poškozený a škůdce „nemusí být soutěžiteli, staly-li se závadné projevy v hospodářském soutěžním styku“ (Sb.r.n.s. 1937 č. 14743)¹⁷. V souladu s tímto názorem rozhodl i Vrchní soud v Praze, že „jednání podle § 45 se může dopustit každý, rozhodný je zde jeho zájem na výsledku soutěže – konkurenčního boje dvou soutěžitelů – projevový jednáním učiněným v rozporu s dobrými mravy soutěže. ...Pasivní legitimace ... je dána právě tou skutečností, že měl zvláštní zájem ...na získání prospěchu pro prvního žalovaného“. (R 3 Cmo 1031/95)¹⁸ A do třetice rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. 10. 2003 sp. zn. 29 Odo 106/2001: „Pro úvahu, zda jednání konkrétního subjektu je jednáním

¹⁷ Munková, J.: Právo proti nekalé soutěži – Komentář, 2.vyd., C.H.Beck, Praha, 2001, str. 40.

¹⁸ Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první. C.H.Beck, Praha, 2000, str. 115 an.

v hospodářské soutěži, není rozhodné, že jde o subjekt, jenž vedle jiných úkolů může vykonávat vlastním jménem a na vlastní odpovědnost soustavnou činnost za účelem dosažení zisku, nýbrž to, zda šlo o jednání soutěžitele, tedy, zda bylo motivováno soutěžním záměrem a nikoli záměrem jiným.¹⁹

Ad.2: Jednání musí být v rozporu s dobrými mravy soutěže. České právo je právem kontinentální právní kultury, na rozdíl od kultury anglosaské nejsou pramenem práva obyčeje. Dobré mravy soutěže se proto staly pramenem práva až na základě legálního odkazu uvedeného v § 44 ObchZ a není tím narušena koncepce psaného práva.

Dobré mravy soutěže nelze zaměňovat s obecnými dobrými mravy, nejsou jen určitou podmnožinou etických norem, ale jsou specifickou skupinou morálních principů a technických pravidel soutěže. Stejně tak „dobré mravy soutěže jako zákonný institut nelze označit za 'minimum morálky', někdy bychom mohli spíš hovořit o maximu morálky.“²⁰ Lze je vymezit jako „mravní názory, obyčeje, zvyklosti, uzance, atd., které zachovávají všichni spravedlivě, poctivě, čestně a svědomitě jednající účastníci soutěžního zápasu“ (Rc 12334 R I 1100/32).

Rozpor s dobrými mravy soutěže je nezbytnou podmínkou nekalosoutěžního jednání, proto bude i předmětem posouzení v případném soudním sporu. „Otázka, zda je určité jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže, jest otázkou právní, kterou náleží řešiti výhradně soudu, při čemž jest mu přihlížeti i k tomu, jak se na jednání pohlíží mezi soutěžiteli, co o něm soudí veřejnoprávní korporace, které mají podle svého určení dbáti společných oprávněných zájmů soutěžitelů...“ (Rc 12334 R I 1110/32) Bude to tedy soudce, který bude podle svého uvážení rozhodovat, zda byly nebo nebyly porušeny dobré mravy soutěže, nikoliv znalec, jehož předmětem znaleckého posouzení může být jednání rusitele.

Ad.3: Jednání musí být způsobilé přivodit újmu soutěžitelům nebo spotřebitelům. Na rozdíl od ZPNS je chráněn také spotřebitel, což souvisí s rozvojem práva na ochranu spotřebitele, které chrání slabší stranu vystupující na trhu. Spotřebitelem je fyzická nebo právnická osoba, která vstupuje na trh za jiným než podnikatelským účelem. Tato definice je odvozena ze zák. č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele. Ve srovnání s komunitárním pojetím je širší, protože spotřebitelem může být i osoba právnická. Naopak soutěžitel v komunitárním právu je podle převládajícího znění v zásadě shodného ve všech směrnících fyzická osoba, která jedná za účelem, jenž se nevztahuje k její podnikatelské

¹⁹ Soudní rozhodnutí, Právní rozhledy, 2004, 18, str. 688.

činnosti. Soutěžitel je vymezen v § 41 ObchZ a je jím „fyzická nebo právnická osoba, která se účastní hospodářské soutěže, i když není podnikatel“.

Obchodní zákoník požaduje způsobilost přivodit újmu. Oproti tomu ZPNS požadoval způsobilost „poškodit“ soutěžitele. Rozdíl je ale jen jazykový, nikoliv významový, protože v době první republiky byla škodou chápána i nemajetková újma, zatímco dnes je škoda chápána jako majetková újma vyčíslitelná v penězích a dřívější škodu v širším smyslu nahradil pojem újma.

Demonstrativní výčet skutkových podstat v § 44 odst. 2 obsahuje tyto konkrétní typy nekalosoutěžního jednání:

- a) klamavá reklama,
- b) klamavé označování zboží a služeb,
- c) vyvolávání nebezpečí záměny,
- d) parazitování na pověsti podniku, výrobků či služeb jiného soutěžitele,
- e) podplácení,
- f) zlehčování,
- g) srovnávací reklama – doplněna zák. č. 370/2000 Sb. s účinností od 1. 1. 2001,
- h) porušování obchodního tajemství,
- i) ohrožování zdraví spotřebitelů a životního prostředí.

Skutková podstata ad g) byla do výčtu doplněna zákonem č. 370/2000 Sb. s účinností od 1.1.2001. Její včlenění nebylo příliš zdařilé, neboť zatímco u ostatních skutkových podstat je vymezeno jednání, které je protiprávní, skutková podstata srovnávací reklamy naopak stanovuje podmínky, za nichž je přípustná. Nekalosoutěžním jednáním tedy není takové jednání, kdy soutěžitel naplní znaky skutkové podstaty (jako je tomu např. u klamavé reklamy), ale naopak jednání, kdy podmínky stanovené skutkovou podstatou nedodrží.

²⁰ Hajn, P.: Jak interpretovat „dobré mravy soutěže“, PPP. 93, 3: 9.

VÝVOJ PRÁVA NEKALÉ SOUTĚŽE NA ÚZEMÍ ČR

Právo nekalé soutěže za Rakouska-Uherska a v době první republiky

Období Rakousko-Uherské monarchie

Rakousko-Uhersko za své existence nepřijalo komplexní zákon, který by oblast nekalé soutěže upravoval. Byly připraveny tři osnovy – roku 1895, 1901 a 1906, ani jedna se však zákonem nestala. Hospodářská soutěž tak existovala volně, bez zásahů státu, upravena jen soukromoprávními předpisy a dotčena několika ustanoveními v následujících předpisech:

1. zákon č. 19/1890 ř.z., o ochraně známek;
2. zákon č. 26/1895 ř.z., o výprodejích;
3. zákon č. 89/1897 ř.z., o obchodu s potravinami a některými předměty užitnými;
4. zákon č. 26/1902 ř.z., o obchodu s máslem, sýrem, přepouštěným máslem, přepuštěným máslem a vepřovým sádlem a jejich náhražkami;
5. zákon č. 210/1907 ř.z., o obchodu s vínem, vinným moštem a vinným rmutem;
6. nařízení ministerstva obchodu ve shodě s účastnými ministerii a s úřadem pro vyživování obyvatelstva č. 25/1918 ř.z., o ochraně odběratelů od klamání v obchodě zbožím o jakosti a způsobu výroby zboží.¹

Československá republika 1918 - 1948

Po vzniku samostatného Československa byly přijaty dva zákony dotýkající se některých projevů nekalé soutěže: zák. č. 3/1924 Sb. z. a n., o zákazu prémiových obchodů předměty denní spotřeby a zák. č. 5/1924 Sb. z. a n., o označování původu zboží.

Komplexní úpravu přinesl zákon č. 111/1927 Sb. z. a n., proti nekalé soutěži. První osnova vznikla roku 1923 podle říšskoněmeckého zákona z roku 1896, byla však v odborných kruzích odmítnuta pro svou neurčitost a nahrazena novou verzí, ve které byl přijat smíšený systém generální klauzule a skutkových podstat, rovněž podle německého vzoru, tentokrát však kvalitnějšího zákona z roku 1909.

¹ Havlín, M.: Historický vývoj nekalé soutěže, Pr. 96, 9: 822.

Zákon byl rozdělen do pěti hlav:

Hlava I – Ochrana soukromoprávní – obsahovala generální klauzuli, jednotlivé skutkové podstaty a ustanovení o ochraně soukromoprávní.

Hlava II – Ochrana trestní – obsahující skutkové podstaty přestupků a přečinů a ustanovení procesní.

Hlava III. – Ustanovení správní – vymezující skutkové podstaty čtyř správních deliktů.

Hlava IV – Ustanovení všeobecná – obsahovala definici soutěžitele a zboží, podmínky smírčího řízení, poměr k cizině a k jiným zákonům (byly zrušeny zákony č. 3/1924 Sb. z. a n. a č. 5/1924 Sb. z. a n.).

Hlava V – Ustanovení závěrečná – stanovila účinnost a obsahovala také přechodné ustanovení, podle kterého mohl být uplatněn nárok na zdržení se a odstranění závadného stavu, i když počátek jednání spadal před dobu účinnosti, trval-li závadný stav i po účinnosti zákona.

ZPNS obsahoval sedm skutkových podstat: nekalá reklama, nesprávné označování původu zboží, zlehčování, zneužívání podnikových značek a zevnějších zařízení podniku, podplácení, porušování a využívání obchodních a výrobních tajemství, nekalá soutěž osob pomocných a používání její soutěžitelem.

Nekalé reklamy se podle ZPNS dopustil ten, „*kdo veřejně učinil nebo rozšiřoval o poměrech vlastního nebo cizího podniku údaje, které byly způsobilé oklamati a zjednati tím podniku tomu na úkor jiných soutěžitelů přednost při soutěži*“. Při srovnání s dnešním zněním § 45 ObchZ je patrné, nakolik se tímto zněním nechal inspirovat zákonodárce po roce 89 při tvorbě obchodního zákoníku, i když zvolil pro tuto skutkovou podstatu označení „klamavá reklama“ namísto „srovnávací reklama“.

K naplnění skutkové podstaty bylo tedy nutné, aby osoba uvedla do oběhu informace o svém nebo cizím podniku a tyto informace mohly vyvolat klamnou představu, čímž by získaly podniku této osoby – nebo podniku osoby, v jejíž prospěch taková osoba jedná – přednost v soutěži na úkor jiných soutěžitelů. Pachatelem takového jednání může být kdokoli, osoba fyzická i právnická, nemusí to být ani sám podnikatel, stačí, že osoba jedná v úmyslu přivodit soutěžiteli prospěch na úkor ostatních soutěžitelů. K oklamání ani zjednání přednosti nemusí dojít, stačí, že takový následek hrozí. Čeho všeho se mohly týkat údaje o poměrech podniku vymezoval § 2 odst. 2 značně široce, jednalo se zejména o údaje o jakosti a množství zboží nebo výkonu, o pramenech nákupních, místech a poměrech odbytových, o způsobu výroby nebo stanovení cen, apod.

Úprava odpovědnosti za nekalou reklamu byla formulována jako objektivní. Zavinění se požadovalo pouze v případě odpovědnosti za způsobenou škodu – „*věděl-li jednající nebo musil-li vědět...*“. V případě uveřejnění údajů v rozšiřovaném tiskopise mohl být o náhradu škody žalován také ten, kdo spolupůsobil při redakci, ovšem jen v případě, že o závadnosti šířených údajů věděl a nebylo-li z obsahu nebo způsobu uveřejnění patrné, že bylo učiněno za úplatu. Za úplatně rozšiřované údaje odpovídal pouze původce – „*kdo zprávu sepsal, objednal nebo k ní dal informaci*“ - § 3 odst. 2 ZPNS.

Nekalou reklamou dotčený soutěžitel se mohl žalobou domáhat toho, aby se viník zdržel protiprávního jednání a odstranil závadný stav, příp. mohl žádat náhradu škody. Žalobu zdržovací a odstraňovací mohl podat každý soutěžitel a každá korporace podle stanov oprávněná hájit hospodářské zájmy soutěžitelů. Podání žaloby mělo za následek překážku litispendence. Jakmile byla věc u soudu zahájena nebo právoplatně rozhodnuta, byly nepřipustné další žaloby proti téže osobě pro totéž jednání. Pravomocný rozsudek v takové věci měl pak právní účinky i pro další oprávněné.

V ustanoveních trestních ZPNS byl upraven přestupek nekalé reklamy. Toho se dopustil ten, kdo „*v úmyslu oklamati a zjednati vlastnímu nebo cizímu podniku na úkor jiných soutěžitelů přednost při soutěži učiní nebo rozšiřuje veřejně o poměrech podniku toho údaje, o nichž ví, že jsou nepravdivé a k oklamání způsobilé*“. K odpovědnosti byl tedy nutný přímý úmysl oklamat, zjednat tak prospěch a vědomost o nepravdivosti údajů. Z toho vyplývá, že pro spáchání přestupku bylo nutné uvádět údaje nepravdivé, oproti nekalosoutěžnímu jednání, kdy šířeny mohly být i údaje „*správné, hledíc k jejich zvláštní úpravě*“.

Trestné činy – přestupky a přečiny - uvedené v ZPNS byly stíhány výlučně na soukromou žalobu. Příslušným byl občanský trestní soud, pro přečiny sborové soudy I. stolice a pro přestupky soudy okresní. Obžalobu bylo možné podat do šesti týdnů od chvíle, kdy se oprávněný dozvěděl o přestupku a o osobě odpovědné. Možný trest za přestupek nekalé reklamy byl peněžitý trest od padesáti do deseti tisíc Korun nebo vězení (uzamčení) od tří dnů do jednoho měsíce. Soud mohl v rozsudku rovněž rozhodnout o náhradě škody a o přiměřeném odškodném za utrpěné příkoří.

Jak je vidět, zákon proti nekalé soutěži byl velmi kvalitní a pečlivě propracovaný. Poskytoval kompletní ochranu proti nekalosoutěžnímu jednání v oblasti soukromoprávní i veřejnoprávní a nelze než litovat, že tato úprava byla po roce 48 zrušena a celé československé právo učinilo jeden velký krok zpět...

Období po roce 1948

Úprava v době komunismu

„Komunistický převrat v roce 1948 zahájil epochu úpadku a brutálního přerušení tradice naší právní kultury.“² Veškeré právo bylo zvlgarizováno. Byla zrušena řada kvalitních zákonů z první republiky, především rozsáhlé kodexy z dob Rakouska-Uherska. Na jejich místo nastoupily socialistické kodifikace a především řada speciálních zákonů a předpisů nižší právní síly. Po dlouhá léta se vyvíjející právní pojmy vystřídalá totalitní terminologie. Hospodářskou soutěž nahradila spolupráce. Systém neuznával tržní mechanismy, trh měl ustoupit uvědomělé ekonomice řízené státem, protože stát přece nejlépe věděl, jak uspokojit potřeby svých občanů. K jakým výsledkům tato ideologie vedla, ukázal pozdější vývoj.

K 1. lednu 1951 zrušil občanský zákoník č. 141/1950 Sb. veškeré předpisy upravující hospodářskou soutěž. Ochrana proti nekalé soutěži byla nadále zajišťována dvěma obecnými ustanoveními.

Soukromoprávní ochranu poskytoval § 352 občanského zákoníku, podle kterého „na tom, kdo se octne v hospodářském styku v rozporu s dobrými mravy soutěže jednáním způsobilým 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. Kdo věděl, že jednání je způsobilé poškodit soutěžitele, je povinen mu nahradit způsobenou škodu.“ Celé právo nekalé soutěže tak bylo shrnuto jen na riziko způsobení škody a povinnosti zdržet se takového jednání, odstranit závadný stav a nahradit případnou škodu, jednal-li viník vědomě. Nebylo vůbec podstatné, jakým jednáním se soutěžitel do rozporu s dobrými mravy soutěže dostal. Toto ustanovení zůstalo v účinnosti i za trvání občanského zákoníku z roku 1964 a bylo zrušeno až obchodním zákoníkem č. 513/1991 Sb.

Druhé ustanovení poskytovalo ochranu trestněprávní a nacházelo se v § 258 trestního zákona č. 86/1950 Sb., v účinnosti od 1. srpna 1950. Až do konce padesátého roku, kdy byl zrušen zákon 111/1927Sb. z. a n., tak existovala dvojí úprava trestněprávní ochrany proti nekalé soutěži.

V druhé polovině šedesátých let bylo přijato nařízení č. 100/1966 Sb., o plánovitém řízení národního hospodářství. To poskytlo s účinností od 1. ledna 1967 socialistickým

² Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo – I. díl, ASPI Publishing, s.r.o., Praha, 2001, str. 37.

organizacím relativní samostatnost v utváření tuzemských hospodářských vztahů a volby výrobního programu. Jeho novela z roku 1969 zařadila do § 83 úpravu nekalé soutěže, která však nepřinesla nic nového, protože doslova kopírovala úpravu v § 352 občanského zákoníku.

V období let 1963-65 vznikly rozsáhlé komunistické kodifikace. Jednalo se však o systém oddělených zákoníků, které existovaly samostatně vedle sebe, aniž by měly společný základ a vytvářely tak jednotný právní řád. Oblast obchodu upravoval hospodářský zákoník č. 109/1964 Sb., který konstruoval hospodářské právo jako nové právní odvětví. Byla popřena autonomie vůle subjektů, nejvíce se projevující v kontraktační povinnosti, tedy povinnosti jedné nebo obou stran uzavřít smlouvu. Subjekty na trhu spolupracovaly, nesoutěžily, a tak nebyla ani potřeba úpravy hospodářské soutěže.

Změny po roce 1989

Krátce po pádu komunistického režimu byla přijata jedenáctá novela hospodářského zákoníku č. 103/1990 Sb. Ta s účinností od 1. 1. 1991 nahradila dosavadní hospodářskou spolupráci a do § 119d a 119e začlenila překlad ustanovení PUÚ. Hospodářské organizace již nadále „*nesměly ve své podnikatelské činnosti jednat způsobem, který je v rozporu s dobrými mravy soutěže a může poškodit jiné soutěžící organizace*“.

V rozporu byly:

- a) jakékoli činy, které by mohly způsobit záměnu;
- b) falešné údaje, které by mohly poškodit dobrou pověst jiného soutěžitele;
- c) údaje a tvrzení, které by mohly uvádět veřejnost v omyl.

Byl připravován jednotný zákon, který měl upravovat oba úseky práva hospodářské soutěže, ale nakonec byl návrh rozdělen na dvě části. Ustanovení společná a úprava nekalé soutěže byla včleněna do obchodního zákoníku do hlavy V části první. Na ochranu hospodářské soutěže před jejím omezováním byl přijat zákon č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže. Tento zákon byl později nahrazen stejnojmenným zákonem č. 143/2001 Sb.

Úprava nekalé soutěže v obchodním zákoníku byla doplněna harmonizační novelou č. 370/2000 Sb., která po vzoru komunitárního práva připojila novou skutkovou podstatu srovnávací reklamy do § 50a.

ČÁST DRUHÁ

ÚPRAVA REKLAMY V PLATNÉM PRÁVU

O REKLAMĚ OBECNĚ

Prameny

Tři pilíře regulace reklamy

Současná úprava reklamy v České republice je vystavěna na třech pilířích: pilíři soukromoprávním, veřejnoprávním a samoregulačním.

Soukromoprávní úpravu představuje vymezení dvou skutkových podstat nekalé soutěže: klamavé reklamy v § 45 obchodního zákoníku a srovnávací reklamy v § 50a. Ustanovení § 45 nebylo dosud novelizováno, § 50a se dostal do obchodního zákoníku harmonizační novelou č. 370/2000 Sb. Na nesystématické začlenění této skutkové podstaty bylo již upozorněno výše v Kapitole o nekalé soutěži.

V komunitárním právu je klamavá reklama upravena směrnicí Rady ze dne 10. září 1984 o sbližování právních a správních předpisů členských států týkající se klamavé reklamy (84/450/EHS). Na ni navazuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/55/ES upravující směrnici 84/450/EHS týkající se zavádějící reklamy, aby zahrnovala i srovnávací reklamu. Od účinnosti směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách, tj. ode dne 12.6.2005, chrání směrnice 84/450/EHS před klamavou reklamou pouze obchodníky a klamavá reklama dotýkající se spotřebitelů je spolu s ostatními nekalými praktikami upravena právě směrnicí 2005/29/ES.

V oblasti veřejnoprávní stanoví základní rámec zák. č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy. Dalšími předpisy jsou zák. č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, tiskový zákon č. 46/2000 Sb., zák. č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, zák. č. 321/2001 Sb., o spotřebitelském úvěru, zák. č. 256/2001 Sb., o pohřebnictví ad.

V komunitárním právu představuje veřejnoprávní úpravu směrnice Rady 89/552/EHS o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání, směrnice 92/28/EHS o reklamě na léčivé výrobky pro použití u lidí a další směrnice týkající se potravin, kosmetiky, atp.

Podmínky samoregulace stanovuje Kodex reklamy a s ním související Jednací řád Rady pro reklamu. Jedná se sice o úpravu mimoprávní, ale v praxi hraje velice významnou roli. (viz kapitola o samoregulaci reklamy)

Pojem reklamy

Vymezení pojmu „REKLAMA“

Slovo reklama pochází z latiny. Clamó, clamare znamená volat, křičet. Předpona re- vyjadřuje opakování děje. V tomto smyslu tedy „reklama“ znamená „donekonečna opakující, provolávající“. Slova podobná bychom našli i v jiných evropských jazycích, ať už v němčině - die Reklame, ve francouzštině - réclame, ve španělštině - reclamo, v ruštině - reklama (přepsáno z azbuky), apod.

V běžném životě má tento pojem význam jasný a každý ví, co si pod ním představit. Například na počátku minulého století byla reklama chápána jako „*veřejné vychvalování předmětů obchodních, uměleckých ap., jež se děje prospekty, plakáty, obchodními štíty, vyvolávači, nosiči atd., zvláště pak časopisy. Reklama se snaží věc od okolí odlišiti, vyzvednouti a pozornosti obecnosti přiblížiti*“.¹ S touto definicí lze jistě souhlasit i dnes.

Reklama je neodmyslitelně spjata s trhem, se soutěžením na trhu se pohybujících subjektů. Je jednou z možností, jak se může obchodník na trhu prosadit, zaujmout spotřebitele a předstihnout tak své konkurenty. Svou definici reklamy má také ekonomie, reklama je podle ní „*jakákoli placená forma poskytování údajů o výrobcích, službách nebo ideách určité předem stanovené skupině obyvatelstva k podchycení její pozornosti a vyvolání zájmu vedoucího ke koupi ...*“². Jde tedy o poskytování údajů skupině osob, není již důležité, jakými prostředky jsou údaje šířeny, a charakteristickým rysem je, že jde o reklamu placenou.

Jak spotřebitele co nejúčinněji přesvědčit ke koupi daných produktů je dnes již předmětem vědeckého bádání v oborech psychologie, sociologie a teorie masové komunikace. Základní myšlenka přesvědčování (persvaze) má velmi staré kořeny. Existují minimálně tři základní strategie persvaze: psychodynamická strategie, sociokulturní strategie a strategie konstruování významů.³

Moderní reklamní tvůrci dnes dobře ví, jak „pracovat“ se spotřebitelem, aby podlehl jimi vytvořené iluzi a rozhodl se právě pro jimi propagovaný výrobek. Stačí zvolit správnou strunu, na kterou je třeba zahrát, aby spotřebitel podlehl. Podle této „struny“ lze rozlišit několik reklamních přístupů:

¹ Otto, J.: Ottův slovník naučný. Argo, Olomouc, 2000, str. 456.

² Jelínek, J. a kol.: Ekonomická encyklopedie 2, Svoboda, Praha, 1984, str. 243.

³ DeFleur, M. L., Ballová-Rokeachová, S. J.: Teorie masové komunikace, Karolinum, Praha, 1996, str. 283 an.

1. Přístup ekonomický: Spotřebitel je chápán jako bytost racionální, své potřeby uspokojuje podle důležitosti a užitečnosti. Při tomto přístupu je nutné zákazníkovi poskytnout co nejvíce informací, na základě kterých on vyhodnotí nabídku a uzná ji za ekonomicky výhodnou. Taková reklama je typická např. na pojištění, investiční fondy, apod.
2. Přístup psychoanalytický: Spotřebitel je jako každá lidská bytost ovládán svým egem a podvědomím. Reklama zde pracuje se sugescí, skrytými motivacemi, užíváním symbolů. Tato reklama se využívá u cigaret, alkoholu, parfémů, atp. Je známé, že červená barva zvyšuje chuť k jídlu, člověk jí rychleji a větší množství. Toho využívá např. firma McDonald, která červenou barvu využila jak ve svém logu, tak především ve výzdobě svých restaurací. Dalším typickým využitím podvědomí je pouštění agresivní hudby v obchodech, pod jejímž vlivem se člověk rozhoduje ukvapeně, bez rozmyšlení a zvážení všech pro a proti.
3. Přístup sociální: Spotřebitel je členem sociální skupiny, již od dětství chce člověk patřit do nějakého společenství. V takové reklamě hraje klíčovou roli nápodoba, projekce, image. To je typické pro reklamu na drahá auta nebo např. na pivo značky Staropramen a jeho proslulý slogan „*Chlapi sobě*“ nebo Fernet Stock „*I muži mají své dny*“.

Je však typickým rysem dnešní moderní doby, že stále více reklam využívá 2. a 3. přístup i u výrobků, u nichž by se spotřebitel měl rozhodovat racionálně. Např. reklama na platební kartu, jejíž výhody jsou propagovány tak, že si spotřebitelka může koupit puntíkovanou sukni, kterou spatří ve výloze, a s ní i stejně puntíkový šátek pro svého psa.

Právní definice reklamy

Vraťme se však k pojetí reklamy v právu. Jak již to tak bývá, nejběžnější, na první pohled jasné pojmy, se v právu definují nejhůře. V ZPNS nebyla definována reklama jako taková, ale přímo reklama nekalá. Z této definice uvedené v § 2 odst. 1 ZPNS můžeme reklamu vymezit jako „*veřejné učinění nebo rozšíření údajů o poměrech vlastního nebo cizího podniku*“, přičemž se jednalo zejména o „*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 bylo též „vyobrazení nebo jakékoli zařízení, které má slovní, písemný nebo tištěný údaj nahraditi a je k tomu způsobilé“. Na rozdíl od ekonomické definice se nemusí jednat o reklamu placenou, není stanoveno, na koho je reklama zaměřena ani co je cílem reklamy. Naopak širěji jsou zde vymezeny údaje, které jsou obsahem reklamy.

Jak již bylo uvedeno výše, současná úprava reklamy je vystavěna na třech „pilířích“. Každý z nich má svou definici reklamy. Každý zákon vymezuje reklamu podle svých potřeb, klade důraz na znaky, které jsou podle jeho věcného rozsahu podstatné.

Obchodní zákoník stejně jako ZPNS nevymezuje reklamu jako takovou, ale reklamu klamavou, v § 45 odst. 1. Podle tohoto vymezení je reklamou „šíření údajů o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech“. V navazujícím druhém odstavci je vymezeno, co se rozumí oním šířením, jde „o sdělení mluveným nebo psaným slovem, tiskem, vyobrazením, fotografií, rozhlasem, televizí či jiným sdělovacím prostředkem“. Spíše než o definici šíření, jde ale o výčet sdělovacích prostředků, a to výčet demonstrativní.

Na rozdíl od „veřejně učiní nebo rozšiřuje“ v ZPNS mluví ObchZ o „šíření“. Výklad těchto pojmů však bude velice podobný. Na šíření a rozšiřování lze hledět jako na synonyma a veřejné učinění je jistě také šířením. Jak tedy ono šíření vymežit? Jde o určité uvádění informací „do oběhu“, jejich zpřístupňování širšímu okruhu osob, přičemž cílem původce šíření zpravidla bude, aby tento okruh byl co nejširší. Šířením však bude i například rozeslání novoročních blahopřání omezené skupině osob (viz rozhodnutí Vrchního soudu v Praze R 3 Cmo 30/98).⁴

Předmětem šíření jsou „údaje o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech“. Údajem je jakákoli informace, která je sdělována, přičemž tato informace se musí týkat podniku, ať už vlastního nebo cizího, výrobku nebo výkonu. Podnik je nutno chápat podle legální definice v § 5 ObchZ jako předmět odlišný od samotné osoby podnikatele. Z hlediska povahy údajů půjde o údaje pochvalné, vychvalující podnik, výrobky nebo výkony. Kdyby šlo naopak o údaje hanlivé, očeňující, byla by naplněna skutková podstata zlehčování podle § 50 ObchZ.

Přímo pojem reklamy definuje směrnice 84/450/EHS, a to v definičních ustanoveních v čl. 2, bod 1). Reklamou se pro účely směrnice rozumí „každé předvedení související s obchodem, živností, řemeslem nebo svobodným povoláním, jehož cílem je podpora

⁴ Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první, Praha, C.H.Beck, 2000, str. 128 an.

odbytu zboží nebo poskytnutí služeb, včetně nemovitostí, práv a závazků“. Opět tedy stejně jako v ZPNS není požadována úplatnost, reklama je zde však neodmyslitelně spjata s hospodářskou činností a jejím cílem je dosažení odbytu zboží nebo služeb. Vůbec se zde nehovoří o údajích, které budou adresátovi prostřednictvím reklamy sděleny.

Zákon č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy v platném znění vymezuje reklamu v § 1 odst. 1 jako „oznámení, předvedení či jinou prezentaci šířenou 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 uvedeno jinak“. V odstavci druhém jsou dále vymezena komunikační média. Tato formulace je v ZRR od novely č. 138/2002 Sb., která nahradila dřívější znění, podle kterého byl reklamou „přesvědčovací proces, kterým jsou hledáni uživatelé zboží, služeb nebo jiných výkonů či hodnot prostřednictvím komunikačních médií“.

Obě formulace se jeví překonstruované, u podpory podnikatelské činnosti zbytečně do podrobností zacházející a nepřesné. Nepřesnost definice původní spočívá v tom, že cílem není nalézt uživatele, ale zákazníka. Těžko lze u podnikatelů předpokládat takovou míru hrdosti, že by trvali na tom, aby kupující výrobek skutečně užívali a nespokojili se s tím, že si ho „jen“ zakoupí.

Problém současné definice tkví v tom, že chápe reklamu jako prezentaci za účelem podpory podnikatelské činnosti. Podnikatel sice prezentuje své výrobky, ale jeho cílem je přesvědčit zákazníka, že jeho výrobek je ten nejlepší, a odlákat ho tak konkurenci. „Vidět v reklamě jakési obecné podporovací cíle je iluzí.“⁵ Ani vymezení komunikačních prostředků v odstavci druhém definici příliš nevylepšilo. Jde jen o příkladný výčet „prostředků umožňujících přenášení reklamy“⁶. Obsahem reklamy jsou informace, údaje. Přenášením reklamy tedy dochází k přenášení údajů a tím se vracíme zpět k pojmu šíření. Daná definice nám tak neříká nic nového.

Zák. č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání reklamu charakterizuje jako „jakékoliv veřejné oznámení, vysílané za úplatu nebo jinou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání, určené k podpoře prodeje, nákupu nebo pronájmu výrobků nebo služeb nebo k dosažení jiného účinku sledovaného zadavatelem reklamy nebo provozovatelem vysílání.“ Regulace reklamy v televizním a rozhlasovém vysílání se tedy bude vztahovat i na reklamu

⁵ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl, 3. přepracované vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2003, str. 442.

⁶ Tamtéž.

nekomerční, jejímž cílem není podpora podnikatelské činnosti, ale i třeba na oznámení veřejného sektoru týkající se např. bezpečnosti dopravy nebo propagace zdravého životního stylu. Opět je znakem úplatnost, s jedinou výjimkou a tou je reklama na vlastní produkci.

Svou definici reklamy obsahuje také mimoprávní předpis vydaný za účelem samoregulace reklamy – Kodex reklamy. Podle jeho bodu 1 v kapitole I. se pro účely Kodexu reklamou 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, letáky, jakož i další komunikační prostředky umožňující přenos informací. Reklamou dle této definice není takový přenos informací, který by jinak reklamou byl, pokud prodejce výhradně označuje místo, kde výrobek nabízí spotřebiteli“.*

Na rozdíl od definice předchozí není cílem spotřebitele přesvědčit, ale jen poskytnout informace o produktech i činnostech a projektech charitativní povahy. Z tohoto hlediska je definice v ZRR výstižnější. Dalším rozdílem je úplatnost reklamy, požadovaná Kodexem. Oproti tomu ZRR se bude vztahovat i na reklamu, která bude prováděna bezúplatně. Reklamu musí provádět buď podnikatelský subjekt – tedy např. televize, tisk, ale i třeba kadeřnický salon, který umožní kosmetickým firmám umístit do provozovny reklamu na jejich výrobky, nebo subjekt jednající v jeho zájmu – např. soukromá osoba, která poskytne plochu svého automobilu k jeho propagaci. Poslední věta definice v Kodexu vyčleňuje takový přenos informací, kdy účelem je pouze označit místo, kde je výrobek nabízen, např. označení obchodního stánku.

Nejtypičtější je reklama na výrobky a služby podnikatelských subjektů, které tak chtějí zvýšit odbyt. Reklama však může být využita také nepodnikatelskými organizacemi, např. neziskovými organizacemi, nadacemi, apod. I mezi těmito subjekty může probíhat hospodářská soutěž, např. mezi nadacemi, které vybírají peněžní prostředky na charitativní účely, a proto budou podléhat právu proti nekalé soutěži⁷.

Oproti tomu se na ně nevztahuje úprava v ZRR, který požaduje, aby cílem reklamy byla podpora podnikatelské činnosti. Vynětí nepodnikatelské reklamy z veřejnoprávní regulace

⁷ Císařová, Z., Křesťanová, V.: Zákon o regulaci reklamy. Poznámkové vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2002., str. 7.

nemá žádné opodstatnění. V případě vysílání takové reklamy v televizi nebo v rádiu bude však podléhat veřejnoprávní úpravě zákona č. 231/2001 Sb., který se vztahuje na „*jakékoli veřejné oznámení ...*“

Vymezení klamavé reklamy

Skutková podstata

Skutková podstata klamavé reklamy je vymezena v § 45 ObchZ jako „*šíření údajů o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech, které je způsobilé vyvolat klamnou představu a zjednat tím vlastnímu nebo cizímu podniku v hospodářské soutěži prospěch na úkor jiných soutěžitelů či spotřebitelů*“.

Pojmovými znaky skutkové podstaty tedy je:

1. šíření údajů o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích nebo výkonech;
2. klamavost těchto údajů;
3. způsobilost zjednat prospěch v hospodářské soutěži na úkor jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů.

V porovnání s nekalou reklamou upravenou v ZPNS je vymezení užší v tom, že nekalá reklama v sobě zahrnovala po vzoru Pařížské unijní úmluvy i klamavé označení zboží a služeb. Hlavním znakem nekalé reklamy však i tehdy byla klamavost. Oproti tomu dnes může být určitá reklama nekalá, aniž by byla klamavá. Např. reklama na pečivo s vyobrazením kostlivců a sloganem: „*Takhle dopadnou ti, kdo nekupují naše pečivo.*“ O rozporu s dobrými mravy soutěže zde není pochyb. Takové jednání bude proto možné podřadit pod generální klauzuli nekalé soutěže.

Pařížská unijní úmluva formuluje v čl. 10bis odst. 3 bod 3 skutkovou podstatu klamání veřejnosti, kterým jsou „*údaje nebo tvrzení, jejichž užívání při provozu obchodu by bylo s to uvádět veřejnost v omyl o vlastnosti, způsobu výroby, charakteristice, způsobilosti k použití nebo o množství zboží.*“ Tato skutková podstata zahrnuje jak klamavou reklamu, tak i klamavé označení zboží a služeb upravené v ObchZ jako dvě samostatné skutkové podstaty. Pojem zboží je vykládán velmi široce a vztahuje se i na nemovitosti a služby. Na rozdíl od naší klamavé reklamy nevymezuje PUÚ, čeho se mají údaje a tvrzení týkat, ale ohledně čeho mohou uvést veřejnost v omyl. Nevztahuje se však na vyvolání klamně představy o podniku soutěžitele.

Skutková podstata klamavé reklamy je v úzkém vztahu k několika dalším skutkovým podstatám nekalé soutěže, a to ke klamavému označení zboží a služeb, ke zlehčování a ke srovnávací reklamě.

S klamavým označením zboží a služeb má stejný znak – klamavost. Liší se však v tom, ohledně čeho má soutěžitel klamat. Klamavé označení klame jen ohledně původu zboží nebo služby anebo o zvláštních charakteristických znacích nebo jakosti. Na rozdíl od klamavé reklamy však vůbec nemusí dojít k šíření klamného tvrzení, stačí jakékoli označení.

Rovněž se zlehčováním je klamavá reklama ve velice úzkém vztahu. Podle prvorepublikové judikatury byl mezi těmito dvěma formami jasný rozdíl a jeden údaj nemohl být současně zlehčováním i nekalou reklamou. Nekalá reklama vychvaluje své zboží, jedná se o údaje chlubitivé, pochvalné... Oproti tomu při zlehčování využívá soutěžitel údaje hanlivé, kterými se snaží poškodit druhého soutěžitele. Podle Prof. Pelikánové však je nutné zvážit, zda vychvalování jednoho výrobku nepředpokládá implicitně očeřňování výrobku druhého a zda tak klamavá reklama není nerozlučně spjata se zlehčováním. Možné rozlišení je následující: „*Reklama může být zlehčující, jestliže snižuje pověst jiného soutěžitele, bez ohledu na pravdivost či nepravdivost snižování... Klamavou reklamou bude tehdy, jestliže sice neočeřňuje, ale vyvolává nepravdivou představu zejména nepravdivým vychvalováním vlastního zboží... Obecný snižující efekt vůči soutěžiteli nebo soutěžitelům tu sice zpravidla bude rovněž, ... avšak jenom jako jakýsi vedlejší produkt.*“¹

Srovnávací reklama byla do ObchZ doplněna novelou č. 370/2000Sb po vzoru evropské směrnice 97/55/ES. Podstata srovnávací reklamy spočívá v tom, že vychvaluje své zboží tím, že uvádí jeho lepší vlastnosti v porovnání se zbožím konkurence. Bude-li proto srovnávací reklama obsahovat klamavé údaje nebo údaje zlehčující jiného soutěžitele, naplní takové jednání znaky skutkové podstaty srovnávací reklamy i klamavé reklamy, případně zlehčování.

Šíření údajů o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech

Šíření je pojmovým znakem, který odlišuje reklamu od jiného podobného jednání. Podle druhého odstavce § 45 se za něj „*považuje sdělení mluveným nebo psaným slovem, tiskem, vyobrazením, fotografií, rozhlasem, televizí či jiným podobným sdělovacím prostředkem*“. Taková definice nám však pro vymezení šíření příliš nepomůže. Jedná se jen o velice obecný výčet forem, jakými lze projevovat své názory navenek. Jakékoli sdělení fotografií nebo jen mluveným slovem není šířením, takové projevy mohou zůstat

¹ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl. 3. přepracované vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2003, str. 443.

jen v mé osobní sféře, příp. ve sféře mé rodiny, aniž by jakkoli došlo k jejich šíření. Proto spíše než o definici šíření jde ve druhém odstavci o stanovení prostředků šíření a nezbyvá než legální definici doplnit teorií a judikaturou.

O šíření se bude jednat, pokud sdělení půjde nad rámec pouhého soukromého vyslovení názoru. Musí překročit rámec rodiny a osobních přátel. Není však zapotřebí, aby údaje byly publikovány, tj. šířeny pro blíže neurčený okruh adresátů. Jak již bylo uvedeno výše v kapitole o vymezení pojmu reklamy, o šíření ve smyslu skutkové podstaty půjde i tehdy, pokud údaje budou adresátům zprostředkovány formou novoročního blahopřání (viz rozhodnutí Vrchního soudu v Praze R 3 Cmo 30/98).²

Ustanovení § 45 odst. 2 však má nejen význam interpretační (který není příliš velký), ale také význam informativní v tom smyslu, že „*upozorňuje hromadné sdělovací prostředky, že i ony mohou být pasivně legitimovány ve vztahu ke skutkové podstatě klamavé reklamy jako nekalosoutěžního jednání*“³. Význam má např. z hlediska zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání, který výslovně stanoví v § 48 odst. 5, že za pravdivost reklamy odpovídá zadavatel, avšak nelze-li jej určit, odpovídá provozovatel vysílání. Tiskový zákon v § 5 stanoví, že vydavatel podle tohoto zákona neodpovídá – s výjimkou vlastní reklamy a propagace – za pravdivost údajů obsažených v reklamě a inzerci obsažené v jeho publikacích, což ovšem nevylučuje jeho odpovědnost podle zvláštních právních předpisů. Souběh s odpovědností vydavatele podle ustanovení o nekalé soutěži není tedy zmíněným zákonem vyloučen, naopak poznámka pod čarou č. 2) na možnost postihu podle §§ 44 až 54 ObchZ výslovně upozorňuje.

Předmětem šíření jsou údaje. Tím je nutno rozumět jakékoli sdělení, které má určitou výpovědní hodnotu a obsahuje tedy v sobě určitou konkrétní informaci.

Informace se musí týkat vlastního nebo cizího podniku, jeho výrobků nebo výkonů. Podnik je třeba chápat ve smyslu § 5 ObchZ jako „*soubor hmotných, jakož i osobních a nehmotných složek podnikání*“. Je tedy odlišný od osoby podnikatele a pokud by reklama přinášela informace o podnikateli, musela by být posuzována podle generální klauzule, příp. podle skutkové podstaty zlehčování, pokud by uváděla údaje znevažující, které by byly s to způsobit mu újmu. Pojmy výrobky a výkony je možno chápat jako tradičně používané pojmy zboží a služby.

² Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první, C.H.Beck, Praha, str. 128 an.

³ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář, 8. vydání, C.H.Beck, Praha, 2003, str. 130.

Zajímavý je příklad reklamy, která sice vyvolávala klamný dojem, ne však o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích nebo výkonech. Tato reklama se objevila na billboardech v říjnu roku 2005. V první fázi byl na billboardech zobrazen herec Martin Stropnický s nápisem „Věřím Modrozeleným.“ Svým zpracováním vyvolávala reklama dojem, že se jedná o novou politickou stranu. Ve druhé fázi se objevily billboardy, ze kterých už bylo patrné, že nejde o politickou reklamu, ale o nové služby v oblasti telekomunikací. Tato reklama tedy sice klamala, ale protože se klamavost nedotýkala vlastního ani cizího podniku, jeho výrobků nebo výkonů, nejednalo se o klamavou reklamu z pohledu obchodního práva.

Způsobilsto údajů oklamat

Dalším nezbytným znakem je klamavost šířených údajů. Klamavost spočívá v tom, že je reklama „způsobilá vyvolat klamnou představu“, jak doslova říká obchodní zákoník. To tedy znamená, že vyvolá v adresátovi představu, která se neslučuje s objektivní skutečností.

O klamavou reklamu nepůjde, pokud z ní jasně vyplývá, že není myšlena vážně nebo že úmyslně přehání. Jde o tzv. superlativní a dryáčnickou reklamu. Reklama superlativní vychvaluje dané výrobky jako zcela jedinečné, výjimečné a nejlepší. Dryáčnická reklama je reklama „řvavá“, která chce upoutat svým výrazným projevem, která však nemusí být superlativní. V praxi však často dojde k jejich propojení.

Takovou reklamu posuzoval prvorepublikový soud ve známém případě dětských kočárků Hiko. Předmětem sporu zde byla reklama uveřejněná v libereckém časopise ve znění: „*Přede všemi jede dětský vozík Hiko. Nejlepší výrobek v Československé republice. Každá matka pečující o své dítě kupuje jenom to nejlepší a to je nesporně dětský vozík Hiko.*“ Žalující firma, která vyráběla rovněž dětské kočárky, se domáhala žalobou, aby žalované firmě bylo uloženo zanechat tvrzení, že dětské vozíky Hiko jedou přede všemi, že jsou nejlepším výrobkem v Československé republice a že každá matka pečující o své dítě kupuje jenom to nejlepší a tím jest nesporně jen dětský vozík Hiko.

Soud prvního stupně žalobu odmítl s tím, že jde jen o dryáčnickou, zřejmě přehnanou reklamu, která nemůže být pojímána vážně a nemůže tedy ani naplnit skutkovou podstatu nekalé reklamy podle § 2 ZPNS. Odvolací soud naopak zaujal názor, že jde o tvrzení vážné a jako takovým se jím musí také soud prvního stupně zabývat a zvážit, zda inzertní údaj je klamný a nepravdivý.

Konečné slovo měl až Nejvyšší soud, který rozhodl, že inzerát je nutné posuzovat tak, jak působí ve svém celku, obsahově i úpravou. V daném případě jde pak „na první pohled o přehnané vychvalování vlastního zboží, ničím nedoložené, jehož pravý smysl každý průměrný pozorovatel ihned vystihne a nedá se zlákat. Reklamě nelze ukládati takové meze, by se vůbec stala nemožnou. Jest připustiti příkrasy a nadsázky, poněvadž by jinak každá reklama přestala býti působivou, zůstala by pak nepovšimnuta a nebyla by 'reklamou'.“ (rozhodnutí Nejvyššího soudu Rc 11396 R I 1052/31).⁴

Nadsázka a přehánění je s reklamou neodmyslitelně spjata. Je však „zásadně v rozporu s dobrými mravy soutěže, aby soutěžitel zdůraznil vlastnosti svých výkonů v reklamě tím, že zároveň sníží (nerozhodné zda pravdivě či nikoli) hodnotu výkonů druhého soutěžitele, čili aby svou reklamu založil na zlehčení druhého soutěžitele. Je v zásadě nepřipustné, aby to byl soutěžitel, kdo hodnotí úspěšnost či neúspěšnost výkonů druhého soutěžitele“ (rozhodnutí Vrchního soudu v Praze R 3 Cmo 91/97).

Reklamou současnou, kterou nelze brát vážně, je například reklama na nápoj Red Bull. Její slogan „Red Bull vám dá křídla“ je jasně nepravdivý, ale není způsobit oklamat. Zatímco tedy nepravdivé údaje nemusí působit klamavě, mohou tak paradoxně působit údaje pravdivé. Na to výslovně upozorňuje § 45 odst. 3 ObchZ, podle kterého „klamavým je i údaj sám o sobě pravdivý, jestliže vzhledem k okolnostem a souvislostem, za nichž byl učiněn, může uvést v omyl“. Tak může např. působit nápis na jogurtech oznamující, že obsahují 0,1 % tuku, přičemž nula je nesrovnatelně větší než jednička za desetinnou čárkou.

Cílem reklamy je však přilákat spotřebitele, proto se často podnikatel bez určitých marketingových triků neobejde. Slovo „trik“ bychom však neměli chápat vždy jako jednání zavrženíhodné. Na to poukazuje i Prof. Hajn, když cituje historku z vysokoškolského prostředí: „Profesor se prý tázal studenta, jak by charakterizoval jednání, která lze podřadit pod ustanovení § 44 odst. 1 obchodního zákoníku, pod tak zvanou 'generální klauzuli' proti nekalé soutěži. Student odpovídá: 'To jsou takové ty špinavé obchodní triky.' Profesor opáčí: 'Podal jste definici poněkud neobvyklou, ale v zásadě máte pravdu. Zřejmě předpokládáte, že vedle triků 'špinavých' existují i triky 'čisté' nebo přinejmenším přípustné. Odlište obě kategorie.' Historka již neříká, jak student splnil profesorův požadavek.“⁵ Právě reklama je na využívání triků jako stvořená. K rozlišení „špinavých“ a

⁴ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. I.díl, 3. přepracované vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2003, str. 459 an.

⁵ Hajn, P.: Marketingové triky – přípustné nebo klamavé?, PRa. 98, 5: 11.

„čistých“ triků využívá Prof. Hajn citát amerického soudce Stewarta o pornografii: „Nejsem schopen ji definovat, ale poznám ji, když ji vidím.“⁶

Jedním z takových „čistých“ triků je nabídka několika mimořádně levných výrobků, které jsou inzerovány v reklamních letáčích nebo plakáty před obchody. Zákazník se rozhodne navštívit obchod a využít reklamované „akce“. Spolu se zlevněnými výrobky koupí i jiné zboží, které není zvlášť levné nebo je ještě dražší než u konkurence. Jedná se o tzv. „ztrátu cenové výhody“⁷.

V poslední době proběhla diskuse, zda by však neměly být omezeny supermarketky při uvádění takových výhodných nabídek ohledně množství kusů daných zlevněných výrobků. V povánočních výprodejích, kdy lákaly supermarketky své zákazníky reklamními letáky na výrazné slevy, což na mnoha místech způsobilo dokonce i dopravní kalamitu, totiž dané zboží bylo často vyprodáno během několika minut.

Otázka regulace počtu výrobků je však záležitostí veřejnoprávní, a proto bude na připravované změny poukázáno v kapitole o veřejnoprávní regulaci. Z hlediska klamavé reklamy je však na místě otázka, zda jde o klamání, pokud obchodní řetězce lákají zákazníky jednotnými letáky pro celé území státu, ale zboží je k dostání jen v některém z uvedených obchodů. Podle mého názoru se zcela jasně jedná o klamavou reklamu. Pokud reklamní leták označuje zlevněné zboží a uvádí výčet měst, ve kterých se obchody daného řetězce nachází, je oprávněn spotřebitel předpokládat, že zboží je k dostání v každém z nich. Není-li tomu tak, vzniká mu újma v podobě marně vynaložených nákladů na cestu do obchodu.

Často jsou zavádějícím způsobem uváděny údaje o ceně výrobku nebo služby, pokud jsou formulovány tak, že vzbuzují dojem zvlášť výhodné nabídky. Např. je-li zboží nabízeno včetně DPH, jako by šlo o výjimečnou nabídku, což může méně zkušenou osobu oklamat. Klamavé by se mohlo jevit také stanovení ceny v přepočtu za menší množství, např. cena v nápojovém lístku za 1 dcl vína za situace, kdy zákazník při objednávce vína obdrží automaticky 2 dcl.

V oblasti veřejnoprávní upravuje způsob a povinnost informovat o cenách zákon o ochraně spotřebitele, který v § 12 odst. 2 zakazuje, aby cena vzbuzovala dojem, že je nižší než ve skutečnosti nebo že jsou do ní zahrnuty další dodávky nebo služby, ačkoliv ve skutečnosti tomu tak není, nebo že vztah ceny a užitečnosti je takový, jaký ve skutečnosti

⁶ Tamtéž.

⁷ Tamtéž.

není. Obdobnou úpravu obsahuje také Kodex reklamy v kapitole III, bod 2. Cenová srovnání.

Další možnou cestou jak zákazníka oklamat je zneužití prostorového tvaru. Údaj o množství nebo hmotnosti je sice uveden i číselně, ale samotný tvar vyvolává dojem, že nabídka je lákavější, nehledě na to, že číselný údaj je často nepříliš zřetelný. „*Takové obaly připomínají 'obezděná nic' známá z architektury ...*“⁸ Typické je využívání této „finty“ u bonboniér, kde se po otevření krabice nachází jen několik kousků rozestých na velké ploše, nebo u léků, kdy velká lahvička je z více než poloviny zaplněna vatou. Pro určení klamavosti zde bude rozhodující, jak byl zákazník upozorněn na skutečné množství nebo hmotnost.

Klamavostí reklamy se zabývalo také německé rozhodnutí Vrchního zemského soudu v Kolíně OLG Köln 6 U 78/00. Předmětem posouzení byl reklamní slogan „*Noviny na síti*“ (*Zeitung auf Netz*). Žalobce se domáhal, aby žalovanému bylo uloženo zdržet se takovéto reklamy, neboť dle jeho názoru relevantní většina reklamou oslovených osob si pod pojmem noviny představí tištěné dílo a pojmu síť rozumí pouze menšina takovýchto osob. Šestý senát OLG Kolín se s tímto názorem neztotožnil. Podle jeho názoru je možné použít pojem noviny i pro internetový produkt, pokud splňuje obecné požadavky na noviny, např. jejich redakční zpracování, a rovněž spojení „*Noviny na síti*“ vylučuje jakoukoli klamavost, protože pojem síť je již obecně známý.⁹

Toto rozhodnutí z roku 2001 je velice významné, neboť v dnešní době řada pojmů dostává kromě svého tradičního významu často i význam nový, používaný ve virtuálním světě. Zůstává otázkou, jaký postoj by zaujaly české soudy v takovém případě a zda by zaujaly stejně pokrokový postoj jako soudy německé.

Následuje ještě několik příkladů z české judikatury, kdy jednání soutěžitele bylo posouzeno jako klamavé:

- obchodník, který připevňuje na balíky příze, určené pro odborné odběratele pro výrobu domácího prádla, reklamní viněty s vyobrazením sbírání bavlny na plantáži a lodní dopravy, ačkoli sám není přímým dovozcem ze zámoří a nevyrobí přízi přímo ze surové bavlny, dopouští se nekalé reklamy (Rc 16450 Rv IV 243/37);
- uvádí-li soutěžitel, že zboží je patentováno, může tím vzbudit klamnou představu, že zboží je patentováno v Československu, zvláště neuvádí-li, kde zboží patentováno je a

⁸ Tamtéž.

⁹ Becker, R.: Urteile aus Wettbewerbsrecht, Werberecht und Urheberrecht, www.urteilsticker.de, 2.12.2005

neuvádí, že zboží není patentováno v Československu; v takovém případě je lhotejně, že zboží je patentováno v Německu (Rc 12735 R I 595/33);

- pokud se v reklamním textu naznačuje, že výrobek byl schválen určitou institucí, ač se toto týká pouze jednoho z mnoha dílů výrobku, jde o jednání nekalé soutěže (R 3 Cmo 53/97);
- obchodníku, jenž měl sklad výrobků určité továrny, lze po zrušení tohoto poměru s továrnou po případě uložit prozatímním opatřením zákaz inserování a vyhlášek, jimiž by se v zákaznictvu proti skutečnému stavu mohlo vzbudit zdání, že sklad továrny zůstává i nadále v obchodních místnostech tohoto obchodníka (Rc 119/23 R II 262/32).

Pro posouzení klamavosti je rovněž otázka, kdo je, resp. kdo může být oklamán. Podle koho je klamavost posuzována, co je oním rozhodujícím měřítkem? Adresátem reklamy je zákazník. A to „*zákazník průměrných znalostí, nevěnující reklamě zvláštní pozornost*“¹⁰. Tento názor zastávala již rozhodovací praxe prvorepublikových soudů, kdy postačovala „*způsobilost oklamati průměrné obecnstvo*“ (rozh. Rc 11987 Rv I 954/31). Nerozhoduje tedy úsudek jednotlivého zákazníka. Klamavost reklamy nevyklučuje, pokud se konkrétní adresát oklamat nedal, protože je odborník v dané oblasti anebo při zvýšené pozornosti zvlášť vnímavý divák mohl oklamání vyloučit. Na druhou stranu nelze počítat s osobou s podprůměrnými znalostmi, která se dá oklamat velice snadno.

Způsobilost klamat se přitom nemusí týkat všech adresátů. Podle praxe v SRN postačí způsobilost oklamat 10-15 % adresátů reklamy¹¹. V poslední době se však nároky na spotřebitele zvyšují, a tak se zvyšuje i procentuální hranice nutná k posouzení reklamy za klamavé. (Blíže viz kapitola Komunitární právo, oddíl Ochrana spotřebitele.)

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

Posledním znakem skutkové podstaty je, že klamání se musí projevit „*na poli soutěžního závodění*“¹². Musí způsobit následek, a to ten, že jeden soutěžitel získá prospěch na úkor jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů. Jinak řečeno – to, co získá soutěžitel jednající v rozporu s pravidly hospodářské nebo jiný soutěžitel pro svůj podnik, zároveň (příčinná souvislost) ztrácí jiný soutěžitel (nemusí to být nutně ten, jehož se klamává

¹⁰ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku, 1. díl, 3. přepracované vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2003, str. 443.

¹¹ Hajn, P.: Právo nekalé soutěže, AUB Iuridica 135, MU Brno, 1994, str. 41.

reklama výslovně dotýká) nebo spotřebitel. Pokud by tedy nějaký spotřebitel získal prospěch, „*aniž by tím kdokoli cokoli ztrácel nebo mohl ztráct – nemohla by být skutková podstata naplněna*“¹³. Opět jde o pouhou způsobilost přivodit prospěch na úkor jiného. Ve skutečnosti tedy žádný prospěch ani újma nastat nemusí.

Prospěch získaný v hospodářské soutěži bude spočívat zejména v tom, že soutěžitel získá náskok před jinými soutěžiteli. Dostane se tak neoprávněně do výhodného postavení, ve kterém by při zachování podmínek fair play nebyl.

Újma jiného soutěžitele bude spočívat v tom, že jiní soutěžitelé budou nebo mohou být připraveni o zakázku, objednávku, dodávku, uzavření smlouvy atd., s níž jinak „*podle obvyklého běhu věcí mohli počítat*“¹⁴. Spotřebitel bude poškozen tím, že se v důsledku oklamání rozhodne pro pro něj nenejpříznivější nabídku, pro kterou by se při znalosti objektivně správných informací nerozhodl.

Právní prostředky ochrany

Soutěžitelé se uchylují k nekalé soutěži – a tedy i ke klamavé reklamě – proto, že se jim takové jednání vyplatí. Úkolem práva je jednak zabránit tomuto jednání a jednak uložit sankce za tyto činy. Smyslem sankcí je na jedné straně „*potrestat*“ viníka a odčerpat mu majetkový prospěch, kterého v hospodářské soutěži dosáhl nekalými praktikami na úkor jiných soutěžitelů a kterého by poctivou cestou nedosáhl, a na straně druhé poskytnout zadostiučinění osobám, které byly nekalou soutěží na svých právech dotčeny. Za tímto účelem poskytuje právo dotčeným soutěžitelům a spotřebitelům následující právní prostředky ochrany.

Svépomoc

Svépomoc je jedním z nejstarších prostředků k prosazování práva, který protiprávním jednáním dotčené osobě umožňuje, aby sama bránila svá práva. „*Opatření se opírají o hodnocení samotného účastníka, který se tak stává soudcem ve vlastní věci.*“¹⁵

¹² Skála, K.: Nekalá soutěž, Způsobilost údaje oklamat a tím zjednat přednost při soutěži, C.4.I.1., 1927, ASPI.

¹³ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku, 1.díl, 3. přepracované vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2003, str. 444.

¹⁴ Skála, K.: Nekalá soutěž, Způsobilost údaje oklamat a tím zjednat přednost při soutěži, C.4.I.1., 1927, ASPI.

¹⁵ Hajn, P.: Nové skutečnosti v ochraně proti nekalé soutěži, Právní rádce, 2002, 2, str. 5.

Český právní řád umožňuje svépomoc v § 6 občanského zákoníku, podle kterého je možné odvrátit neoprávněný zásah do práva, pokud tento zásah bezprostředně hrozí. Je tedy možná obrana ještě dříve, než k samotnému zásahu dojde. Svěpomocné jednání však má své limity - zásah je možné odvracet jen přiměřeným způsobem. Nesmí se samy stát nekalou soutěží, protože platí obecná zásada, že nekalé soutěži se nelze bránit nekalou soutěží.

Pokud je takovým jednáním způsobena škoda, vylučuje § 418 odst. 2 OZ odpovědnost osoby, která jednala v nutné obraně proti hrozícímu nebo trvajícím útoku. I v tomto případě musí být obrana přiměřená povaze a nebezpečnosti útoku. Takovou obranou by jistě nebyl například zásah, kdy by se dotčená osoba proti reklamě na billboardu bránila tak, že by billboard sama odstraňovala.

V oblasti klamavé reklamy nebude pravděpodobně klasická svépomoc příliš využitelná. Do jisté míry má však znaky svépomoci i postup, kdy se poškozený soutěžitel rozhodne namísto soudní cesty zvolit vyjednávání a obrátí se sám na viníka, aby se tento do budoucna zdržel takového jednání, příp. aby dobrovolně poskytl určité zadostiučinění. Takový postup je častý například v Německu, kde se advokát obrací na nekalého soutěžitele dopisem, ve kterém uvede argumenty, podle nichž usuzuje na to, že se jedná o nekalou soutěž, provede právní zhodnocení a požaduje, aby soutěžitel přijal závazek, že od napadeného jednání upustí a neučiní-li tak, že zaplatí smluvní pokutu v určené výši. Toto řešení umožňuje stranám, aby se dohodly na nápravě bez značných nákladů na soudní řízení. „*Podle odhadů zahraničních odborníků (se kterými P. Hajn hovořil), se tři čtvrtiny záležitostí nekalé soutěže takto vyřídí v předprocesním stádiu.*“¹⁶

V České republice je tento postup spíše raritou. Je tomu tak i proto, že zatím neexistuje tak rozsáhlá judikatura jako v Německu, takže se nedá tak snadno odhadnout výsledek budoucího sporu. Důvodem je také doba, po kterou „*se vleče soudní řízení ... nekalý soutěžitel se často řídí oním Goethovým 'v lůně času je skryto mnoho nadějí' a nehodlá příliš snadno a brzy vyvěsit bílý prapor.*“¹⁷

Předběžná opatření

Předběžná opatření jsou obecně upravena v občanském soudním řádu a to pro předběžná opatření před zahájením řízení v § 74 a násl. a v § 102, pokud je v průběhu řízení třeba prozatímně upravit poměry účastníků. Jejich podstata tkví v tom, že soud

¹⁶ Hajn, P.: Smluvní pokuta ve věcech nekalé soutěže, DHK. 95, 20: B205.

¹⁷ Tamtéž.

provede zásah do právních poměrů na základě toho, že jsou mu určité skutečnosti pouze osvědčeny. Není nutná naprostá jistota. Naopak, kdyby soud již s jistotou věděl, „na čí straně je právo“, mohl by ihned rozhodnout s konečnou platností namísto vydání předběžného opatření.

V České republice není ještě obrana cestou předběžných opatření příliš častá a teprve „opatrně se v praxi prosazuje tendence užívat takového prostředku procesní ochrany.“¹⁸ Veliký zájem médií proto vyvolalo rozhodnutí Městského soudu v Praze z poloviny října roku 2005, kterým bylo zakázáno mobilnímu operátoru Eurotel užívat slogan „Volání zdarma na dva roky“ ve spojení s větou „Přecházím k Eurotelu“. Návrh na vydání předběžného opatření podal konkurenční operátor T-Mobile, který zpochybnil tvrzení, že uživatel bude volat s „Eurotelem“ po dobu dvou let zcela zdarma. Pro využití nabídky si totiž musí aktivovat některý z tarifů Eurotelu a platit měsíční poplatky. Eurotel soudu vyhověl šalamounsky tak, že změnil slogan pouze na „Odcházím k Eurotelu“ a v inzerci pokračoval. „T-Mobilu“ bylo uloženo podat žalobu do 17.11.2005. Kampaň Eurotelu skončila 31.10.2005.¹⁹ Jak se bude celý případ dále vyvíjet, se teprve ukáže.

Speciální úprava předběžného opatření ve věcech nekalé soutěže neexistuje. Jeho konstrukce je proto vytvářena judikaturou. Ohledně posuzování návrhu na vydání předběžného opatření Vrchní soud v Praze ve svém rozhodnutí R 3 Cmo 248/96 stanovil, že „je předčasné se v řízení o vydání předběžného opatření podle § 74 OSŘ zabývat hodnocením podstaty jednání odpůrce. To bude – pokud navrhovatel podá ve věci žalobu – až předmětem řízení ve věci samé, po provedení důkazního řízení. Nyní je rozhodné, zda jsou dány podmínky pro vydání navrženého předběžného řízení podle § 74 OSŘ či nikoli.“²⁰ Již v rozhodovací praxi první republiky bylo „dostatečným důvodem k povolení předběžného opatření, nelze-li podle návrhu a jeho osvědčení mít za to, že zdržovací žaloba bude bez dalšího zamítnuta“. (Vážný č. 11810)²¹

K otázce, kdy je využití tohoto institutu na místě, Vrchní soud v Praze říká: „Podle § 74 a násl. OSŘ může soud využít prostředku předběžného opatření, je-li třeba, aby poměry účastníků byly zatímně upraveny. Je nepochybné, že tohoto prostředku soud může využít v těch případech, kdy hrozí nebezpečí z prodlení (tedy úprava poměrů účastníků po dobu než bude rozhodnuto ve věci samé musí být naléhavá, zejména k zamezení vzniku či rozšiřování škody nebo jiné újmy). Zda jde o takový případ, zákon ponechává k úvaze

¹⁸ Čápková, H.: Potírání nekalé soutěže cestou předběžných opatření, Pr. 97, 8: 693, ASPI.

¹⁹ ČTK, Eurotel musel kvůli nařízení soudu změnit reklamu, novyden.atlas.cz, 31.10.2005.

²⁰ Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první, Praha, C.H.Beck, 2000, str. 121 an.

soudu, pokud se však soud rozhodne použít uvedeného prostředku, musí mít rozhodné okolnosti osvědčeny. K charakteru předběžného opatření tedy náleží mj. i jeho dočasnost, zásah do práv předběžným opatřením dotčeného účastníka musí být přiměřený návrhatelem osvědčenému porušení jeho práv a právem chráněných zájmů, stejně tak musí být přiměřená i případná újma, vzniklá z předběžného opatření dotčenému účastníkovi. “(R 3 Cmo 248/96)²²

Lze stanovit tři základní podmínky, které musí být splněny, aby bylo možné vydat předběžné opatření – to dočasnost, adekvátnost a aktuálnost.

Požadavek dočasnosti lze vysvětlit na následujícím příkladu. Žalovaný byl společníkem společnosti N s.r.o. a do 31.1.1994 také jejím obchodním ředitelem. Žalobcem byla společnost N s.r.o. Ta uzavřela 29.9.1992 s polskou firmou M smlouvu o prostředkování jejích obchodů s podlahovými rošty a průmyslovými plošinami. Žalovaný kontaktoval dne 9.2.1994 polskou firmu a začal s ní realizovat její obchody sám. Žalobce považuje za nekalosoutěžní jednání to, že žalovaný přejímá jeho zákazníky přímo od polské firmy a přebírá i tuzemskou síť jeho zákazníků. Domáhal se proto vydání předběžného opatření, kterým by bylo žalovanému uloženo sdělit písemně firmě M, že odstupuje od všech uzavřených smluv a uveřejnit sdělení, že není oficiálním zástupcem firmy M. spolu s omluvou. Krajský obchodní soud v Praze návrh zcela zamítl usnesením ze dne 25.5.1994 s tím, že nejsou splněny podmínky pro vydání předběžného opatření. Vrchní soud v Praze oproti tomu návrhu zčásti vyhověl, když uložil žalovanému odstoupit od všech smluv uzavřených se společností M. Oproti tomu návrh na uveřejnění sdělení, že žalovaný není oficiálním zástupcem firmy M, Vrchní soud zamítl pro nevratné účinky těchto úkonů. Vrchní soud „posuzuje dočasnost předběžného opatření nejen jako prozatímního prostředku, než bude ve věci samé rozhodnuto, ale také z toho hlediska, zda stav, k němuž povinnosti uložené žalovanému směřují, má trvalý charakter, či nikoliv.“²³ Požadavek dočasnosti znamená, že stav založený předběžným opatřením má pouze prozatímně upravit poměry do doby, než bude vydáno konečné rozhodnutí. Nemá provést takový zásah do poměrů mezi účastníky, který nebude možné rozhodnutím ve věci samé změnit.

Adekvátnost, neboli přiměřenost, zaručuje osobě, které bude předběžným opatřením uložena povinnost, že se bude jednat o zásah do jejích práv, který je přiměřený jednání, kterého se dopustila. Jak již bylo řečeno výše, předběžné opatření je vydáváno na základě

²¹ Hajn, P.: Nové skutečnosti v ochraně proti nekalé soutěži, Právní rádce, 2002, 2, str. 8.

²² Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první, Praha, C.H.Beck, 2000, str. 121 an.

²³ Čápová, H.: Potírání nekalé soutěže cestou předběžných opatření, Pr. 97, 8: 693, ASPI.

pouhého osvědčení významných skutečností, proto je třeba zajistit, aby poměry založené předběžným opatřením nezpůsobily dotčené osobě újmu větší, než jaká hrozila z nekalosoutěžního jednání. Jako neadekvátní byl například shledán návrh na vydání předběžného opatření, kterým navrhovatel požadoval, aby se odpůrce zcela zdržel podnikání v oboru, který mu byl povolen.

Ohledně požadavku aktuálnosti je nutné, aby předběžné opatření bylo nutné „tady a teď“. Aby tedy byla aktuální nutnost takového zásahu do právních poměrů mezi účastníky. Předběžné opatření může být vydáno buď před zahájením řízení nebo i v jeho průběhu, *“je-li třeba, aby zatímně byly upraveny poměry účastníků, nebo je-li obava, že by výkon soudního rozhodnutí mohl být ohrožen.”* - § 74 odst. 1 OSŘ.

Institutu předběžných opatření se poměrně silně dotkla novela občanského soudního řádu č. 59/2005 Sb., která je účinná od 1.4.2005. Předběžné opatření může být vydáno před zahájením řízení pouze na návrh osoby, která prokáže, že je třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků, nebo je-li obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen, a jestliže budou alespoň osvědčeny skutečnosti, které jsou rozhodující pro uložení povinnosti předběžným opatřením. Zákon tedy požaduje, aby potřeba vydání předběžného opatření byla soudem prokázána, zatímco skutečnosti, které jsou pro jeho vydání rozhodující, mohou být pouze osvědčeny. Po zahájení řízení může soud nařídit předběžné opatření i bez návrhu.

Velice významnou změnou, kterou přinesla zmiňovaná novela, je požadavek na složení jistiny k zajištění náhrady škody nebo jiné újmy, která by mohla vydáním předběžného opatření vzniknout. § 75b OSŘ ukládá navrhovateli povinnost, aby nejpozději v den, kdy u soudu podá návrh na nařízení předběžného opatření, složil na účet soudu jistotu ve výši 50.000,-Kč a v obchodních věcech dokonce 100.000,-Kč. Tato povinnost byla do zákona č. 59/2005 vložena pozměňovacím návrhem poslance Ivana Langerá, který argumentoval tím, že se tak zabrání zneužívání tohoto institutu.²⁴ Otázkou však zůstává, zda se tím nezabrání i využívání tohoto procesního opatření drobnými podnikateli, kteří mohou být v rámci nekalé soutěže ohroženi a nedisponují částkou 100.000,-Kč.

O nařízení předběžného opatření rozhodne předseda senátu bezodkladně, nejpozději však do sedmi dnů od podání návrhu. Na rozdíl od jiných návrhů, neobsahuje-li návrh na nařízení předběžného opatření všechny náležitosti nebo je-li nesrozumitelný nebo neurčitý, předseda senátu návrh odmítne, místo aby navrhovatele vyzval k doplnění návrhu. V praxi pak takový účastník raději podá návrh nový, který již nebude obsahovat nedostatky, kvůli

²⁴ Sněmovní tisk 643/3, www.psp.cz, 27.12.2005.

kterým byl původní návrh zamítnut, než aby podával odvolání proti usnesení o odmítnutí původního návrhu. O návrhu rozhodne soud bez slyšení účastníků. Rozhodující je stav v době vyhlášení usnesení soudu prvního stupně.

Vyžadují-li to okolnosti, nebo je-li nebezpečí z prodlení, předseda senátu usnesení o předběžném opatření ihned vyhlásí účastníku, kterému ukládá povinnost. Předseda senátu má dokonce možnost vyhlásit usnesení na místě samém, je-li to potřebné. Stejnopis usnesení musí být odeslán účastníkům do tří dnů ode dne jeho vydání. Usnesení je vykonatelné vyhlášením a nebylo-li vyhlášeno, je vykonatelné, jakmile je doručeno tomu, komu ukládá povinnost. Rovněž tyto změny přinesla novela 59/2005 Sb., která tak umožnila soudu zrychlit celý proces nařízení předběžného opatření.

S předběžným opatřením je však pro navrhovatele spojeno i určité riziko. Zákonodárce tím vyvažuje moc, kterou dává do rukou navrhovatele a která je snadno zneužitelná. Soud – jak již bylo výše řečeno – rozhoduje na základě skutečností nikoliv prokázaných, ale pouze osvědčených. Mohlo by proto snadno dojít k tomu, že navrhovatel zneužije svého práva, aby na určitou dobu vyloučil svého konkurenta ze soutěže. Obavy ze zneužití předběžného opatření k šikanování, poškozování a k odstranění konkurence byly zmíněny již v důvodové zprávě k zákonu č. 111/1927 Sb.z. a n. proti nekalé soutěži.²⁵ Jako pojistka proti tomu funguje v § 77a odst. 1 OSŘ zakotvená povinnost navrhovatele nahradit škodu a jinou újmu tomu, komu předběžným opatřením vznikly, pokud předběžné opatření zaniklo nebo bylo zrušeno z jiného důvodu než proto, že návrhu ve věci samé bylo vyhověno, nebo proto, že právo navrhovatele bylo uspokojeno. Jako další pojistka funguje od 1.4.2005 také jistota, která musí být na účet soudu složena před podáním návrhu na nařízení předběžného opatření (viz výše).

Nároky z nekalé soutěže

Osobám, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena, dává obchodní zákoník možnost domáhat se toho, aby se rušitel tohoto jednání zdržel a odstranil závadný stav, a dále mohou požadovat přiměřené zadostiučinění, které může být poskytnuto i v penězích, náhradu škody a vydání bezdůvodného obohacení.

Nároky jsou rozděleny tak, že v první řadě má být obnovena poctivá hospodářská soutěž tím, že dojde k ukončení závadné činnosti a odstranění jejích důsledků, následně pak je potrestán viník – rušitel – a reparován poškozený – osoba, jejíž práva byla porušena nebo ohrožena. To však neznamená, že žalobce musí v petitu uplatnit všechny tyto nároky.

²⁵ Čápová, H.: Potírání nekalé soutěže cestou předběžných opatření, Pr.97, 8: 693, ASPI.

Jak konstatoval Vrchní soud v Praze, „každý z nároků, uvedených v ust. 53 ObchZ, je nárokem zcela samostatným, jenž může být uplatněn ...a při splnění zákonných podmínek mu může být v řízení soudem vyhověno bez ohledu na to, zda zároveň je uplatněn nárok další. Právo žádat poskytnutí přiměřeného zadostiučinění může ten, jehož práva byla jednáním nekalé soutěže porušena či poškozena, uplatnit proti rušiteli nezávisle na tom, zda uplatnil i nárok zdržovací či na odstranění závadného stavu.“ (R 3 Cmo 1511/94)²⁶

1. Nárok na zdržení se jednání a odstranění závadného stavu.

Zákon tyto požadavky blíže nevymezuje, jen stanoví, že osoby, jejichž práva byla nekalou soutěží dotčena, se mohou domáhat toho, aby se rušitel tohoto jednání zdržel. Doslovným výkladem bychom mohli dojít k závěru, že žalobce může žádat pouze, aby se zdržel právě toho konkrétního jednání, kterým byla jeho práva porušena nebo poškozena. To by však bylo v praxi často nedostačující, protože by kupříkladu nic nebránilo rušiteli, který se dopustil nekalé soutěže vysíláním klamavé reklamy v televizi, aby tutéž reklamu v nepatrně upravené verzi vysílal v rádiu či otiskl v novinách. Z toho důvodu by měl mít přednost výklad, podle kterého žalobní petit i výrok rozsudku budou vymezovat dané jednání i s jeho případnými variacemi.

Náročné je vyjádřit zdržovací petit v případě, že závadné jednání spočívá v použití tvarových charakteristik, grafického vyobrazení apod. Vizuální znázornění umožňuje lépe popsat dané jednání. Je proto možné využít i v petitu a v soudním rozhodnutí kombinace slova a obrazu, jakkoli se to může zdát neobvyklé. Tento postup se začíná uplatňovat i v české soudní praxi.²⁷

Odstranění závadného stavu spočívá v tom, že rušitel sám na své náklady provede taková opatření, aby podmínky soutěže byly takové, jako by do ní nikdy svým závadným jednáním nezasáhl. Úplná náprava je mnohdy nemožná. Byla-li uvedena klamavá reklama, kterou již spotřebitelé vnímali, nelze ji vymazat z jejich paměti. Odstranění závadného stavu však může spočívat v tom, že budou staženy z oběhu publikace, ve kterých byla reklama otisknuta, nebo bude přelepen billboard se závadnou reklamou.

2. Přiměřené zadostiučinění

²⁶ Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první. Praha, C.H.Beck, 2000, str. 110 an.

²⁷ Hajn, P.: Nové skutečnosti v ochraně proti nekalé soutěži, Právní rádce, 2002, 2, str. 6.

Funkcí zadostiučinění je odškodnit osobu dotčenou za způsobené příkoří a zároveň je sankcí pro rušitele. Může být poskytnuto v nehmotné podobě, v penězích nebo v obou podobách. Slouží jen k vyvážení újmy nehmotného charakteru. Nemůže být proto požadováno namísto náhrady škody.

V první řadě je poskytováno zadostiučinění nehmotné. Nejčastěji ve formě omluvy. Taková satisfakce však může působit zcela v rozporu se svým účelem, pokud přichází s delším časovým odstupem, kdy se již na původní jednání zapomělo a omluva jej jen připomíná, to však bude spíše případ skutkové podstaty zlehčování. V případě klamavé reklamy je i po delší době na místě, protože může sloužit i k tomu, že prostřednictvím omluvy jednoho soutěžitele druhému se široký okruh spotřebitelů dozví, že reklama byla klamavá, a tak cestou zadostiučinění bude odstraněn i závadný stav.

Zadostiučinění v penězích je poskytováno tehdy, když nemateriální satisfakce je nedostačující. Její maximální výši určí žalobce v petitu, soud však může přiznat méně nebo ji nemusí přiznat vůbec. Na rozdíl od náhrady škody není možné dokazovat přesný rozsah újmy, žalobce však musí uvést důvody, ze kterých vyplývá, že mu skutečně byla způsobena újma. Co se týče její výše, měl by soud rozhodovat s ohledem na okruh zasažených subjektů, na míru zásahu do práv žalobce, na dobu trvání závadného stavu a na trvalost způsobených následků. Měla by dostatečně kompenzovat zásah do práv žalobce, ale neměla by vést k nadměrnému obohacení žalobce ani mít likvidační charakter pro žalovaného.

3. Náhrada škody

Náhrada škody je obecným soukromoprávním institutem, který slouží k tomu, aby škůdce nahradil poškozenému materiální újmu, kterou mu způsobil svým protiprávním chováním. Podle § 757 ObchZ se odpovědnost za škodu způsobenou porušením povinností stanovených tímto zákonem řídí ust. § 373 a násl., upravující odpovědnost za škodu v závazkových vztazích.

Odpovědnost podle obchodního zákoníku je odpovědností objektivní, která vzniká bez ohledu na zavinění. To může být problematické v případech, kdy si viník vůbec nemusel být vědom škodlivosti svého chování. Na druhou stranu obchodní právo je právo profesionálů, a proto je na místě přísnější režim než pro laiky v občanském právu.

Podmínkami vzniku objektivní odpovědnosti je protiprávní jednání, škoda a příčinná souvislost. Právě příčinnou souvislost je velice těžké dokázat, protože

v hospodářské soutěži zpravidla vystupuje velké množství subjektů, nabídku a poptávku ovlivňuje řada skutečností a dokázat, že žalobci byla způsobena škoda právě a jen závadným chováním žalovaného je často nemožné. Ještě těžší je dokazovat škodu, která hrozila. Hlavně z tohoto důvodu není uplatňování nároku na náhradu škody v právní praxi příliš obvyklé.

4. Bezdůvodné obohacení

Bezdůvodné obohacení je institut, který je jednotně upraven v občanském zákoníku v § 451 a násl. V případě nekalé soutěže se jedná o majetkový prospěch získaný z nepoctivých zdrojů. Pochybné může být označení zdrojů za nepoctivé v případě soutěže objektivně nekalé.²⁸ Na druhou stranu stejné rozpaky vzbuzuje v tomto případě i označení nekalé soutěže jako nekalé.

5. Uveřejnění rozsudku

Právo uveřejnit rozsudek dává účastníku, jehož návrhu bylo vyhověno, § 155 odst. 4 OSŘ. Dříve bylo toto oprávnění zakotveno v § 55 odst. 2 ObchZ. Podle dřívějšího znění obchodního zákoníku bylo možné toto právo přiznat nejen žalobci, který ve sporu uspěl, ale i žalovanému, kterému nebylo závadné jednání prokázáno. Nové znění občanského soudního řádu oproti tomu jasně stanoví, že soud může toto právo přiznat jen účastníku, jehož žalobě vyhověl, na náklady neúspěšného účastníka.

O uveřejnění rozsudku rozhoduje soud na návrh účastníka. Připouští-li zákonodárce, že žalobci může být toto právo přiznáno, vyplývá z toho a contrario, že takové právo není automatické a svévolné uveřejnění rozsudku je nepřípustné a mohlo by samo zakládat čin nekalé soutěže.

Zákon dává soudu možnost, nikoli povinnost přiznat právo na uveřejnění. Bude proto záviset jen na jeho úvaze, zda tak učiní. Pokud ano, musí podle zákona stanovit i rozsah, formu a způsob uveřejnění. V praxi obvykle stanoví i maximální částku nákladů za uveřejnění.

„Pokud má zveřejnění rozsudku plnit svůj účel, pak nestačí obvykle pouze zveřejnění výroku rozsudku. Obecně řečeno, publikace rozhodnutí má nesporně význam sankce, jež i mnohdy po časovém odstupu může přispět k narovnání těch soutěžních vztahů, jejichž narušení bylo předmětem řízení, rovněž ale i určité

²⁸ Hajn, P.: Nové skutečnosti v ochraně proti nekalé soutěži, Právní rádce, 2002, 2, str. 9.

satisfakce pro v řízení úspěšného účastníka. Má však i význam výchovný.“ (R 3 Cmo 1031/95)²⁹

Co se týče promlčení, neobsahuje obchodní zákoník speciální úpravu pro promlčení nároků z nekalé soutěže. Platí proto obecná úprava v § 387 a násl. ObchZ. Pro zdržení se a odstranění závadného stavu platí obecná promlčecí lhůta čtyři roky. Stejně tak v případě nároku na přiměřené zadostiučinění. U práva na náhradu škody běží i objektivní lhůta 10 let ode dne, kdy došlo k porušení povinnosti.

Obtížnější je situace u vydání bezdůvodného obohacení. Obchodní zákoník pouze umožňuje žádat jeho vydání. Samotná úprava se však nachází v občanském zákoníku. V úvahu proto přichází dvě varianty. Jednak je možné, aby bylo aplikováno ustanovení § 397, podle kterého nestanoví-li zákon lhůtu jinou, činí promlčecí doba čtyři roky. V tomto případě rozumíme pojmem zákon jen obchodní zákoník. V případě druhé varianty je pojem zákon vyložen jako jakýkoli zákon, tedy i občanský zákoník a platí lhůta pro promlčení práva na vydání plnění z bezdůvodného obohacení podle občanského zákoníku – tedy subjektivní lhůta 2 roky a objektivní tři roky, u úmyslného bezdůvodného obohacení deset let.

Podle rozhodnutí Nejvyššího soudu 35 Odo 619/2002-232 ze dne 18.června 2003 „*Skutečnost, že obchodní zákoník výslovně neupravuje počátek běhu promlčecí doby a její délku, pokud jde o právo na vydání bezdůvodného obohacení ..., pak neznamena nutnost aplikace právní úpravy občanského zákoníku, nýbrž pouze to, že tyto otázky je zapotřebí řešit dle obecných ustanovení obchodního zákoníku o promlčení (dle jeho § 391 a § 397). Jelikož obchodní zákoník je v poměru k občanskému zákoníku předpisem zvláštním (lex specialis), což platí i pro obecná ustanovení obchodního zákoníku upravující promlčení (§391 a § 397) v poměru k ustanovení § 107 občanského zákoníku, platí, že při řešení otázky promlčení práva na vydání bezdůvodného obohacení v obchodních závazcích se použije především právní úprava obsažená v obchodním zákoníku.*“

Toto rozhodnutí však nebylo v akademických kruzích přijato bezvýhradně. V Bulletinu advokacie č. 10/2005 vyzývá Doc. JUDr. Karel Marek, CSc., k diskusi na toto téma.³⁰ Sám zastává názor, že právo na vydání bezdůvodného obohacení se promlčí podle § 107 odst. 1 a 2 občanského zákoníku, tedy v subjektivní lhůtě dva roky a objektivní lhůtě tři, příp. deset let při úmyslném jednání. Argumentuje tím, že pojem „zákon“ v § 397 ObchZ je

²⁹ Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první. Praha, C.H.Beck, 2000, str. 116.

³⁰ Marek, K.: Poznámka k promlčení bezdůvodného obohacení v obchodněprávních vztazích, Bulletin advokacie, 10/2005, str. 48, 49.

nutné vykládat jako „jakýkoli zákon“, neboť kdyby měl zákonodárce na mysli pouze obchodní zákoník, použil by spojení „tento zákon“, příp. „tímto zákonem“, jak učinil v § 391 nebo v § 757.

Já osobně se přikláním spíše k názoru docenta Marka. K jeho jazykovému výkladu přidávám argument z výkladu logického. Použijeme-li totiž pouze ustanovení obchodního zákoníku pro stanovení počátku běhu a délky promlčecí doby, nemůžeme rozlišovat lhůtu subjektivní a objektivní, neboť promlčecí doba začne běžet vždy ode dne, kdy právo mohlo být uplatněno u soudu (viz § 391) a skončí vždy uplynutím doby čtyř let. Může však být právo uplatněno u soudu, pokud osoba, na jejíž úkor došlo k bezdůvodnému obohacení dosud neví, že k bezdůvodnému obohacení došlo, příp. kdo se na její úkor obohatil? V případě náhrady škody obchodní zákoník rozlišuje subjektivní a objektivní promlčecí lhůtu. Pokud tak u bezdůvodného obohacení nečiní, je podle mého názoru namístě aplikovat úpravu § 107 odst. 1 a 2 občanského zákoníku a podle něj stanovit jak počátek běhu, tak délku promlčecí doby.

Aktivní a pasivní legitimace účastníků řízení

Aktivně legitimován je ten, kdo svým návrhem může zahájit řízení ve věcech nekalé soutěže. Podle ObchZ jsou aktivně legitimovány osoby, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena. Zákonodárce tak právní prostředky ochrany neposkytuje jen soutěžitelům a spotřebitelům, ale i jiným osobám. Přesto je však nutné, aby existoval soutěžitel nebo spotřebitel, kterému mohla být způsobena újma, aby byly naplněny znaky skutkové podstaty nekalé soutěže podle § 44 odst 1 ObchZ.

Aktivně legitimované osoby se mohou proti rušiteli domáhat, aby se zdržel protiprávního jednání a odstranil závadný stav a dále mohou požadovat přiměřené zadostiučinění, které může být poskytnuto i v penězích, náhradu škody a vydání bezdůvodného obohacení.

Nejčastěji bude žalující stranou soutěžitel nebo spotřebitel. Další osobou, jejíž práva byla porušena nebo ohrožena, by podle teorie mohl být ten, jehož atributy byly neoprávněně užity v soutěžitelově reklamě.³¹ Podle názoru D. Rause „*všechny tyto osoby mohly být v § 53 konkrétně vyjmenovány (včetně svých oprávnění), což by vedlo k jednoznačnému výkladu*“.³² Podle mého názoru by takové řešení nebylo příliš vhodné. Cesta taxativního výčtu v sobě vždy nese riziko, že zákonodárce určitou osobu opomene,

³¹ Hajn, P.: Nové skutečnosti v ochraně proti nekalé soutěži, Právní rádce, 2002, 2, str. 10.

³² Raus, D.: Spory o nekalou soutěž a pasivní legitimace, Právní rádce, 1998, 4, str. 14.

stejně tak není možné předvídat všechny situace, které mohou v budoucnu vzniknout. Takovéto vymezení aktivně legitimovaných osob dává soudu prostor, aby vždy v konkrétní situaci posoudil, zda práva žalobce byla či nebyla poškozena, příp. ohrožena.

Vedle těchto přímo dotčených osob dává obchodní zákoník právo domáhat se, aby se rušitel zdržel protiprávního jednání a aby odstranil závadný stav, také právnické osobě oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů. Jejich nároky jsou však omezeny jen na zdržení se jednání a odstranění závadného stavu, protože jim žádná újma ani škoda nevzniká.

Toto právo však mají tyto osoby pouze v případě klamavé reklamy, klamavého označení zboží a služeb a vyvolávání nebezpečí záměny. Lze těžko vysvětlit, proč zákonodárce vyloučil jejich aktivní legitimaci v případě skutkových podstat obsažených v § 48 až 51. Spotřebitelů se bezpochyby dotýká i jednání spočívající v parazitování na pověsti nebo zlehčování, neboť jsou to právě oni, komu jsou takové nepravdivé informace předkládány. Stejně tak zůstala mimo aktivní legitimaci i srovnávací reklama.

Se zajímavým řešením tohoto problému přichází profesor Petr Hajn, když podle něj „*může být tato věcná nedůslednost překonána zřejmou nedůsledností legislativně technickou.*“³³ Podle jeho výkladu tím, že aktivní legitimace právnických osob oprávněných hájit zájmy soutěžitelů a spotřebitelů není vyloučena ve vztahu ke generální klauzuli obsažené v § 44 odst 1 ObchZ, jsou tyto osoby aktivně legitimovány podat žalobu ve všech případech nekalé soutěže, neboť „*jednotlivé speciálně upravené případy nekalé soutěže se dají chápat (a také tak bývají pojímány) jako příklady na jednání zakázaná v § 44 odst. 1 ObchZ.*“³⁴

Obchodní zákoník legitimuje tyto osoby, i když nebyly dotčeny jejich majetkové zájmy proto, aby mohly chránit práva osob, které sice dotčeny byly, avšak újma jednotlivce je nepatrná. Souhrn těchto nepatrných újem u velkého množství subjektů však představuje značný prospěch pro rušitele. Rušitel spoléhá na to, že jednotlivcům, do jejichž práv nepatrně zasáhl, se nevyplatí vést finančně i technicky nákladné spory. Právě v takových případech má nastoupit právnická osoba oprávněná hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů. Subjekty chránící zájmy soutěžitelů zde vystupují proto, aby chránily pověst soutěžitelů v daném oboru, aby nedocházelo ke „*zdivočení soutěžních mravů*“³⁵.

Zákon ohledně těchto zvlášť legitimovaných osob nestanoví nic bližšího. Literatura řeší otázku, zda postačí, aby na oprávnění hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů poukazoval

³³ Hajn, P.: K úpravě nekalé soutěže po „technické novele“ ObchZ, Bulletin advokacie, 5/2002, str.9.

³⁴ Tamtéž.

³⁵ Hajn, P.: Nové skutečnosti v ochraně proti nekalé soutěži, Právní rádce, 2002, 2, str. 10.

zakládací dokument těchto institucí, anebo zda je nutné, aby tyto osoby fakticky vykonávaly činnost při uplatňování zájmu uvedených skupin osob. „*Odborníci se kloní spíše k benevolentnějšímu přístupu, jaký byl původně praktikován např. v SRN a umožnil, aby takové právnické osoby přispívaly k rozvinutí práva proti nekalé soutěži. Až později se kladly na takové právnické osoby přísnější nároky s cílem omezit ty z nich, které obhajobu zájmů soutěžitelů a spotřebitelů chápaly příliš široce a provozovaly ji jako svérázný druh podnikatelské činnosti.*“³⁶

Omezení aktivní legitimace je obsaženo v § 83 odst. 2 písm. a OSŘ. Jde o ustanovení, které se do občanského soudní řádu přesunulo z § 54 odst. 3 obchodního zákoníku k 1. 1. 2003. § 83 odst. 2 se nevztahuje jen na spory ve věcech nekalé soutěže, ale také např. na spory ve věcech ochrany spotřebitelů, přeměn obchodních společností, atd. Jde o institut tzv. skupinové (kolektivní) žaloby (class action, recours collectif, action collective, action de groupe, Verbandsklage), která se pod vlivem amerického práva objevila ve 2. polovině dvacátého století i v kontinentálních evropských právních řádech. Jde o to, že „*takovou žalobou, kterou podá fyzická nebo právnická osoba, je s právními účinky reprezentován i neorganizovaný neurčitý okruh osob, které se ocitly ve srovnatelné právní situaci.*“³⁷ Skupinová žaloba má za následek to, že pokud jedna osoba podá žalobu proti konkrétnímu rušiteli pro určité nekalosoutěžní jednání, nemůže jiný soutěžitel nebo spotřebitel podat další žalobu proti témuž rušiteli pro totéž chování.

Do konce roku 2002 § 54 odst. 3 ObchZ výslovně stanovoval, že další žalobce, resp. osoba, která chtěla žalobu podat, ovšem bránilo jí v tom zahájení řízení jiným žalobcem, se stávala vedlejším účastníkem. Ustanovení § 83 odst. 2 OSŘ tuto možnost výslovně neobsahuje, avšak jistě se na takové osoby vztahuje obecná úprava vedlejšího účastníka v § 93 OSŘ.

Možnost vystupovat jako vedlejší účastník je dána proto, že původní žalobce může ve sporu vystupovat neobratně a špatným vedením sporu by zapříčinil ztrátu nároků i ostatních dotčených osob. Výrok pravomocného rozsudku je totiž podle § 159 a odst. 2 OSŘ závazný i pro další osoby oprávněné proti žalovanému pro tytéž nároky z téhož jednání nebo stavu.

Pasivně legitimován je rušitel, jak nazývá pachatele nekalosoutěžního jednání obchodní zákoník. Tím může být nejen soutěžitel, ale i jiná osoba, která soutěžiteli v hospodářské soutěži pomáhá a chce mu zjednat prospěch na úkor jiných soutěžitelů. Blíže k tomu

³⁶ Tamtéž.

³⁷ Winterová, A. a kol.: Civilní právo procesní, Linde Praha, a.s., Praha, 2002, str. 226.

Vrchní soud v Praze: „*Jednání podle § 45 ObchZ se může dopustit každý, rozhodný je zde jeho zájem na výsledku soutěže – konkurenčního boje dvou soutěžitelů – projevený jednáním učiněným v rozporu s dobrými mravy soutěže, jak je popsáno v této skutkové podstatě. Pasivní legitimace druhého žalovaného je dána právě tou skutečností, že měl zvláštní zájem (vyplývající z jeho členství v řídicím orgánu prvního žalovaného) na získání prospěchu prvního žalovaného...*“ (R 3 Cmo 1031/95).³⁸ Druhý žalovaný v tomto případě napsal článek, ve kterém posuzuje výrobky žalobce a prvního žalovaného. Soud uvedl, že každý, kdo vstupuje na trh s výrobkem, musí být připraven na to, že tento výrobek bude předmětem posuzování. „*Má však právo na to, aby takto šířené informace vycházely z faktů a nezasahovaly nepřiměřeně do jeho práv.*“ Ve sporu vystupoval ještě třetí žalovaný, který rovněž napsal článek posuzující výrobky žalobce a prvního žalovaného. Oba autoři článků se bránili tím, že „*jejich články vyslovují jejich názory a zkušenosti. Pokud by tomu tak bylo, pak za předpokladu, že nemají žádný vztah a zájem na činnostech žalobce a prvního žalovaného, jsou jejich články pouhou informací o zkušenostech uživatelů systémů, nebylo by možno mít proti článku výhrady z hlediska ochrany hospodářské soutěže. ... Uvedený předpoklad však schází u druhého žalovaného. Druhý žalovaný ... byl v době vydání článků členem představenstva prvního žalovaného. Druhý žalovaný měl tedy zájem na úspěchu v té době realizované reklamní kampaně prvního žalovaného. Svůj vztah k prvnímu žalovanému druhý žalovaný v člancích k orientaci čtenáře článku neuvedl.*“

Obrácení důkazního břemene

Podle § 54 odst. 2 ObchZ „*jestliže se práva, aby se rušitel jednání nekalé soutěže zdržel nebo odstranil závadný stav v případech uvedených v § 44 až 47 a § 52 domáhá spotřebitel, musí rušitel prokázat, že se jednání nekalé soutěže nedopustil.*“ Zákonodárce tak obrací důkazní břemeno a namísto obecné zásady, že žalující strana dokazuje, se strana žalovaná musí žaloby zprostit a prokázat, že se protiprávního jednání nedopustila. To samé platí i pro povinnost k náhradě škody, pokud jde o otázku, zda byla škoda způsobena jednáním nekalé soutěže, a pro právo na přiměřené zadostiučinění a na vydání neoprávněného majetkového prospěchu.

Výši způsobené škody, závažnost a rozsah újmy, povahu a rozsah bezdůvodného obohacení však musí prokázat vždy žalobce, i když je jím spotřebitel.

³⁸ Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první. Praha, C.H.Beck, 2000, str. 115 an..

Smyslem tohoto ustanovení sice pravděpodobně bylo ulehčit procesní postavení spotřebitelů, nicméně dané řešení není příliš šťastné. V odborné literatuře již bylo poukázáno na legislativně technické chyby, když jsou souběžně používány pojmy neoprávněný majetkový prospěch a bezdůvodné obohacení, přičemž českému právnímu řádu odpovídá pojem bezdůvodné obohacení.³⁹ E. Večerková poukazuje také na nejasnosti ohledně významu slova „to“ na počátku druhé věty v § 54 odst. 2 ObchZ.⁴⁰

Pochybnosti v daném ustanovení vzbuzuje skutečnost, že má být důkazní břemeno obráceno pouze ve sporech, v nichž žalující stranou je spotřebitel. Podle důvodové zprávy k technické novele: *„Přesun důkazního břemene u žalob z nekalé soutěže podaných spotřebiteli na rušitele ... patří v současné době již ke standardním výbavám řešení soudních sporů v této oblasti ve státech Evropské unie a pokládá se za důležitý prvek zvýšení ochrany spotřebitele. Je to logické, protože spotřebitel nemá k dispozici důkazy a údaje, ani finanční prostředky na to, aby si je opatřil.“*

Spotřebitel sice skutečně je slabší stranou, avšak v oblasti nekalé soutěže spočívá smysl obrácení důkazního břemene v tom, že žalující strana často nemá možnosti si opatřit informace k prokázání nekalosti jednání žalovaného. Informace sdělované reklamou a vychvalující zboží jednoho soutěžitele zpravidla bude mít k dispozici pouze tento soutěžitel a jeho konkurent tak nemá možnost prokázat nepravdivost těchto informací.

V komunitární právu je proto často připuštěno, aby soud obrátil důkazní břemeno, je-li to v dané situaci vhodné, bez ohledu na to, zda je žalujícím spotřebitel nebo soutěžitel. Např. směrnice 84/450/EHS ve znění směrnice 97/55/ES o klamavé a srovnávací reklamě počítá ve svém čl. 6 s tím, že při její implementaci bude umožněno soudům nebo správním orgánům, aby od zadavatelů reklamy byly vyžadovány důkazy o pravdivosti tvrzení obsažených v reklamě. Stejně tak směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách v čl. 12 stanoví, že *„členské státy udělí soudům nebo správním orgánům pravomoci, které je ... zmocňují a) požadovat na obchodníkovi, aby prokázal správnost skutkových tvrzení ... , jestliže se takový požadavek ... jeví jako přiměřený vzhledem k okolnostem případu, b) považovat skutková tvrzení za nesprávná, není-li důkaz ... předložen ...“*

Zajímavý příklad obrácení důkazního břemene ukazuje následující případ. Zemský soud v Oldenburgu v SRN rozhodoval spor mezi dvěma jasnovidci. Ti působili oba na základě živnostenského oprávnění jako poradci v životních situacích, resp. při řešení mezilidských

³⁹ Hajn, P.: K úpravě nekalé soutěže po „technické novele“ ObchZ, Bulletin advokacie, 5/2002, str. 10, odkaz na: Kozel, R.: Komentář k novele obchodního zákoníku 2001, Sagit, Ostrava 2001, str. 21.

⁴⁰ Večerková, E.: Aktivní legitimace ve sporech z nekalé soutěže po novele obchodního zákoníku, Obchodní právo, 8/2001, str. 2 a násl.

problémů. Žalovaný uveřejnil reklamu: „*procento úspěšnosti 99,998 %, skutečný mistr, jediný v Evropě, žádný podvod. Škola magie a hraničních věd, stát. povol.*“. Žalobce se domáhal, aby soud uložil žalovanému zdržet se takové reklamy.

Soud dospěl k závěru, že uvedený slogan „99,998 %“ nebude nikoli nepodstatná část veřejnosti chápat jako bezobsažné vychvalování, ale jako ověřitelnou výpověď. „*To je pro zainteresované kruhy, které věří na serióznost takové činnosti, zřetelný odkaz na to, že se musí jednat o zvlášť úspěšného jasnovidce,*“ uvedl soud a dále pokračoval: „*Zásadně je k důkazu o nesprávnosti u tak vysokého procenta úspěšnosti povinen žalobce. To však žalobce učinit nemůže, protože přezkoumat správnost tohoto reklamního tvrzení se podle povahy věci zcela vymyká jeho zjišťovacím možnostem. Je proto v první řadě věci žalovaného, aby na základě vysokého počtu individuálních případů, v nichž měl objektivně úspěch, osvědčil správnost svého tvrzení. Nejde totiž o to, zda žalovaný četné zákazníky subjektivně uspokojil a ti mu zaslali pochvalné dopisy. Reklama totiž nesměřuje k tomu, že má žalovaný 99,998 % spokojených zákazníků, ale že v tak vysokém procentu byly jeho předpovědi správné.*“ Žalovaný nebyl ochoten požadovaný důkaz podat a soud proto vycházel z klamavosti jeho sloganu.⁴¹

Uvedený příklad velice názorně vysvětluje, jak je obrácení důkazního břemene ve sporech nekalé soutěže důležité a jak by často bez této možnosti neměl žalobce možnost domoci se svého práva.

Na druhou stranu v některých případech bude schopen i spotřebitel své důkazní břemeno bez problémů unést a jeho obrácení je zbytečné. Na rozdíl tedy od komunitární úpravy, která připouští obrácení důkazního břemene s ohledem na okolnosti konkrétního případu, obrací česká kasuistická úprava důkazní břemeno vždy, je-li žalobcem spotřebitel, bez ohledu na to, zda je nebo není možné, aby spotřebitel důkazní břemeno unesl.

K obrácení důkazního břemene, je-li žalobcem spotřebitel, však nedochází podle § 54 odst. 2 ObchZ vždy, nýbrž jen v případech nekalé soutěže uvedených v § 44 až 47 a § 52. Proč zvolil zákonodárce zrovna tato ustanovení, není příliš jasné, neboť i v případě dalších skutkových podstat, jako např. srovnávací reklamy nebo zlehčování může dojít k situaci, kdy žalující spotřebitel nebude moci dokázat protiprávnost jednání rušitele.

Zcela nelogické je pak uvedení § 44 ObchZ ve výčtu. V § 44 je definována generální klauzule nekalé soutěže. Celé ustanovení je tedy možné vyložit tak, že důkazní břemeno je obráceno ve všech případech nekalé soutěže. Potom však postrádá smysl výčet jednotlivých skutkových podstat.

⁴¹ Hajn, P.: K úpravě nekalé soutěže po „technické novele“ ObchZ, Bulletin advokacie, 5/2002, str. 11.

Další problém ustanovení § 54 odst. 2 se nachází v jeho závěru, když ukládá, aby výši způsobené škody, závažnost a rozsah jiné újmy, povahu a rozsah bezdůvodného obohacení vždy prokázal žalobce, i když je jím spotřebitel. Tímto pravidlem, které bylo včleněno do obchodního zákoníku harmonizační novelou v roce 2000, došlo ke zhoršení postavení spotřebitele, ale i dalších žalobců ve sporech z nekalé soutěže. Do té doby totiž soudní praxe běžně uznávala, že určení výše tvrzeného bezdůvodného obohacení je často závislé na údajích, které má k dispozici pouze žalovaný a soudy proto využívaly svých procesních možností, aby přiměly žalovaného k předložení dokladů, z nichž bylo možné zjistit potřebné údaje a umožnit tak žalobci přesně vyčíslit uplatněný nárok. Podle nového znění však tyto údaje musí doložit vždy žalobce.

Vývoj práva nekalé soutěže

První pokusy o harmonizaci práva nekalé soutěže

Právo ES dnes velice silně ovlivňuje národní soutěžní právo. Zatímco první větev soutěžního práva – právo proti omezování hospodářské soutěže, bylo součástí evropského práva od počátku a jeho základ se nachází v samotné smlouvě o založení EHS v člancích 81 a 82, v druhé části práva hospodářské soutěže – v právu nekalé soutěže dosahují státy konsenzu jen velice obtížně. Postupem času však byla přijata řada předpisů, které do této oblasti zasahují.

Vliv komunitárních předpisů v oblasti nekalé soutěže spočívá především v přizpůsobování a deregulaci národního práva.¹ Jedním zvláště významným případem deregulačního vlivu je odstranění zákazu srovnávací reklamy, který byl v mnoha státech po dlouhou dobu obhajován, směrnici 84/450/EHS o sblížování právních a správních předpisů členských států týkajících se klamavé reklamy ve znění směrnice 97/55/ES upravující směrnici 84/450/EHS týkající se zavádějící reklamy, aby zahrnovala i srovnávací reklamu.

Komise se již před mnoha lety zaměřila na projekt harmonizace norem soutěžního práva členských států. Učinila tak z toho důvodu, že rozličné zákonné úpravy představují závažné překážky pro vytvoření společného trhu, protože omezují podnikatele při aktivitách přesahujících hranice státu. V konečném důsledku vedou tato omezení k nevýhodám pro spotřebitele, kteří nemohou plně využívat výhod společného trhu.

Z toho důvodu již krátce poté, co zakládací smlouvy na jaře roku 1958 vstoupily v platnost, zadala Max-Planckově Institutu v Mnichově vypracovat studii o možnostech a podmínkách přizpůsobení norem soutěžního práva v tehdejších šesti členských státech. Výsledkem bylo několika svazkové pojednání E. Ulmera a jeho spolupracovníků o právu nekalé soutěže. Závěrem projektu bylo, že harmonizace národních právních řádů je možná. V prvé řadě mělo dojít k přijetí mezinárodní smlouvy, která by po vzoru Pařížské unijní úmluvy zakotvovala generální klauzuli.²

K uskutečnění tohoto projektu nakonec nedošlo. Počátkem sedmdesátých let byl tento plán definitivně zavržen. Důvody byly dva. Prvním důvodem bylo, že se do popředí zájmu

¹ Emmerich, V.: *Unlauterer Wettbewerb*. 7 Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2004, str. 13.

² Tamtéž, str. 14.

dostal v té době spotřebitel a Komise zaměřila svou pozornost na úpravu trhu především z aspektu ochrany jeho osoby. Další důvodem bylo přijetí Velké Británie a Irska do Evropských společenství, dvou zemí právní kultury common-law, v jejichž právních rádech se žádné zákony na ochranu proti nekalé soutěži nevyskytují. Stejně tak je jim neznámá generální klauzule, a proto striktně odmítaly veškeré návrhy.

Úprava nekalé soutěže prostřednictvím ochrany spotřebitele

Komise proto nakonec opustila ideu harmonizace soutěžního práva a zaměřila se na ochranu spotřebitele. Prvním výsledkem byl návrh směrnice o zavádějící a nekalé reklamě („irreführende und unlatere Werbung“) z roku 1976. Ačkoli se návrh omezoval jen na pouhou spotřebitelskou reklamu, ukázalo se brzy, že Komise přesto touto omezenou předlohou zasáhla příliš daleko. Po mnohaletých jednáních zbyla jen málo efektivní směrnice o zavádějící reklamě z roku 1984, která neměla v podstatě žádný vliv na národní úpravy. Změnu přinesla až již zmiňovaná směrnice o srovnávací reklamě o třináct let později.

Postupem času byla přijata celá řada směrnic a nařízení upravujících danou oblast, ovšem vždy jen z hlediska zájmu spotřebitele. Jedná se o směrnici o provozování televizního vysílání z roku 1989, která byla novelizována v roce 1997, o směrnici o dálkovém obchodu, rovněž z roku 1997, o směrnice o údajích o cenách a o spotřebitelské zdržovací žalobě, obě z roku 1998 a směrnici o elektronickém obchodu z roku 2000, tzv. směrnici e-commerce. Dále se jedná o celou řadu nařízení a směrnic z oblasti potravin, vína, kosmetiky a léků, které obsahují jednotlivé aspekty úpravy soutěžního práva. Výsledkem je ovšem zoufalé roztržštění právní úpravy.³

Nutnost změn

Nepřehlednost této úpravy přiznala i sama Komise a začala pracovat na nápravě. Paradoxně začaly být připravovány dva zcela rozdílné návrhy, které si přímo odporovaly. Příčinou tohoto stavu byla konkurující příslušnost mezi generálními ředitelstvími – GD – Hospodářská soutěž a GD – Ochrana spotřebitele.

Prvním návrhem byla rámcová směrnice o nekalých obchodních praktikách („unlautere Geschäftspraktiken“) v rámci společného trhu ve vztahu mezi podnikateli a spotřebiteli, tzv. oblast B2C – business to consumer. Předloha této rámcové směrnice navrhovala zavést obecný zákaz nekalých obchodních praktik – čl. 5 směrnice. Těmi měly být chápány

³ Tamtéž, str. 15, 16.

jednak zavádějící a jednak agresivní obchodní metody, ke kterým dojde při porušení obecné profesionální etiky, resp. nedodržení základní péče vynakládané příslušníky daného povolání. Zavádějícími praktikami měly být zavádějící konání definované v čl. 6 a zavádějící opomenutí v čl. 7. Skutková podstata agresivních obchodních praktik směřovala k ochraně morálky soutěže. Jejím cílem bylo zaručit spotřebiteli, aby se mohl rozhodnout svobodně, bez nátlaku a nepřijatelného vlivu. Příloha č.1 pak obsahovala taxativní výčet klamavých a agresivních obchodních praktik.

Druhým připravovaným předpisem bylo nařízení o propagaci prodejních akcí („Verkaufsförderung“) na vnitřním trhu. Tento návrh předložila Komise v roce 2001. Na základě připomínek Parlamentu však v roce 2002 zpracovala upravenou verzi, kterou se Rada poprvé zabývala v roce 2003.⁴ Přijetí nařízení bylo původně plánováno na podzim roku 2004, ale ztroskotalo a jeho další osud je nejistý.

Cílem Komise bylo nahradit touto cestou dosavadní národní zákazy týkající propagace prodejních akcí, jako např. slevy, dárky, výherní soutěže, atp. Těžiště úpravy mělo spočívat v unifikaci dodatečných pravidel pro transparentci takových zvláště výhodných nabídek.⁵ Nařízení by ukládalo podnikateli celou řadu informačních povinností, aby se předešlo klamání spotřebitele, např. nabídka slevy musí přesně označovat výši slevy i cenu zboží před slevou, apod. Vedle toho měl být zaveden princip země původu pro zbývající zákazy.

Z těchto dvou návrhů nakonec definitivně zvítězila směrnice o nekalých obchodních praktikách. Ta byla přijata dne 11.5.2005 a v účinnost vstoupila dne 12.6.2005. Celým názvem se jedná o směrnici Evropského parlamentu a Rady o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a byla vyhlášena pod číslem 2005/29/ES.

Současná úprava

Směrnice o klamavé reklamě

Jak již bylo uvedeno výše, jedná se o Směrnici Rady ze dne 10. září 1984 o sblížení právních a správních předpisů členských států týkajících se klamavé reklamy ve znění Směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/55/ES z 6. října upravující Směrnici 84/450/EHS týkající se zavádějící reklamy, aby zahrnovala i reklamu, srovnávací. Pouhé názvy těchto dvou směrnic jasně vypovídají o kvalitě překladu komunitárních předpisů do češtiny. Při překladu směrnice 84/450/EHS byl zvolen termín „klamavá reklama“ z důvodu

⁴ Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu České republiky do EU, Bova Polygon, Praha, str. 275.

souladu s českým právem, i když německému označení „irreführende Werbung“ odpovídá spíše reklama zavádějící. V názvu směrnice 97/55/ES je však uvedeno, že upravuje směrnici o reklamě zavádějící. Netroufám si posoudit, jaký překlad je vhodnější, je však jisté, že v zájmu právní jistoty by stejný cizojazyčný výraz měl být překládán vždy stejně.

Směrnice byla přijata z toho důvodu, že „*reklama přesahuje hranice jednotlivých členských států a má tak přímý vliv na vytvoření a fungování společného trhu; ... klamavá reklama může vést k narušení soutěže v rámci společného trhu; ... v důsledku klamavé reklamy může spotřebitel při nákupu zboží nebo jiného majetku nebo využívání služeb činit rozhodnutí, která ho poškozují; ... rozdíly v právních předpisech členských států nejenže mnohdy vedou k nedostatečné ochraně spotřebitele, ale rovněž brání provádění reklamních kampaní mimo území státu, a tím ovlivňují volný pohyb zboží a poskytování služeb.*“ - preambule směrnice.

Účelem směrnice bylo podle čl. 1 ve znění směrnice 97/55/ES „*chránit spotřebitele, osoby provozující živnost nebo podnikatelskou činnost nebo vykonávající řemeslo nebo profesi a zájmy veřejnosti obecně proti zavádějící reklamě a jejím nespravedlivým důsledkům a stanovit podmínky, za kterých je povolena srovnávací reklama*“. Jednalo se tedy o účel poměrně široký, uvážíme-li, že hlavním důvodem přijetí směrnice byla ochrana spotřebitele.

Směrnice definuje v čl. 2 pojem reklamy i klamavé reklamy. Reklamou se rozumí „*každé předvedení související s obchodem, živností, řemeslem nebo svobodným povoláním, jehož cílem je podpora odbytu zboží nebo poskytnutí služby, včetně nemovitostí, práv a závazků*“.

Klamavou reklamou směrnice rozumí „*každou reklamu, která jakýmkoli způsobem, včetně předvedení, klame nebo pravděpodobně může oklamat osoby, kterým je určena nebo které zasáhne, a která pro svůj klamavý charakter pravděpodobně ovlivní jejich ekonomické chování, nebo která z těchto důvodů poškodí nebo může poškodit jiného soutěžitele*“. Tato definice potvrzuje klasické rčení, že méně znamená více. Není vůbec důležité, čeho se mají údaje týkat (jak zešíroka rozebírá český obchodní zákoník), ani ohledně čeho má vzniknout klamná představa (jak to činí PUÚ). Rozhodující zde je, že reklama jakkoli klame a tím pravděpodobně ovlivní ekonomické chování spotřebitele, neboť je to právě on, komu je reklama určena.

V následujícím článku je uveden demonstrativní výčet rysů, které je nutno brát v úvahu při posouzení, zda se jedná o klamavou reklamu: a) vlastnosti zboží nebo služeb, jako je

⁵ Tamtéž.

jejich dostupnost, charakter, provedení; b) cena nebo způsobu jejího vypočtení a podmínky, za který je zboží dodáváno a služby poskytovány; c) podstata, charakteristické rysy a práva zadavatele reklamy, jako je jeho totožnost a majetek, atp.

Co se týče procesních ustanovení, dává směrnice členským státům na výběr, za bude rozhodovat soud nebo správní orgán. Musí však existovat vhodné prostředky, kterými se osoby nebo organizace, které mají oprávněný zájem na zákazu klamavé reklamy, budou moci bránit. Soudy nebo správní orgány musí mít pravomoc zahájit řízení o zastavení reklamy nebo zakázat takovou reklamu, která dosud uveřejněna nebyla. Dále mohou státy udělit daným orgánům pravomoc nařídít zveřejnění tohoto rozhodnutí nebo vyžadovat zveřejnění opravného prohlášení. Soudy nebo správní orgány musí mít pravomoc požadovat na zadavateli reklamy, aby prokázal správnost skutkových tvrzení, a mohou považovat skutková tvrzení za nesprávná, není-li takový důkaz předložen nebo jeví-li se nedostatečný.

Smluvním státům je v čl. 7 zachována možnost přijmout nebo zachovat přísnější úpravu. Při překladu tohoto ustanovení ve směrnici o srovnávací reklamě došlo k překladatelskému pochybení ještě závažnějším než u volby termínu „klamavé“ nebo „zavádějící“ reklamy. Zatímco v německém znění je stanoveno, že *„diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder zu erlassen, die bei irreführender Werbung einen weiterreichenden Schutz der Verbraucher, der einen Handel ... vorsehen.“* Tedy že členské státy mohou zachovat nebo přijmout ustanovení, která poskytnou lepší ochranu spotřebiteli a dalším osobám při zavádějící reklamě („irreführende Werbung“), podle českého znění: *„Tato Směrnice nebude členským státům bránit v tom, aby si zachovaly nebo přijaly opatření za účelem zajištění širší ochrany, pokud jde o srovnávací reklamu, pro spotřebitele, ...“* Podle českého překladu tedy mají státy možnost přísnější úpravy jen v případě reklamy srovnávací. Při výkladu bude však nutné dát přednost německému znění, které bylo přijato Evropským parlamentem a Radou před zněním vytvořeným českým překladatelem.

Jak již však bylo uvedeno výše, praktický význam směrnice v oblasti klamavé reklamy nebyl příliš velký, většina států svou vlastní úpravou poskytovala spotřebitelům větší ochranu již před jejím přijetím. Jinak tomu bylo se směrnicí 97/55/ES, která v mnoha členských státech poprvé umožnila srovnávací reklamu a stanovila podmínky jejího použití.

Postavení této směrnice změnila již výše uvedená směrnice o nekalých obchodních praktikách. Do budoucna se směrnice o klamavé reklamě vztahuje pouze na obchodníky,

neboť podle čl. 1 je nově „*účelem této směrnice chránit obchodníky proti klamavé reklamě a jejím nekalým účinkům a stanovit podmínky, za nichž je dovolena srovnávací reklama*“. Ochrana spotřebiteli před klamavou reklamou bude společně s ochranou před dalšími nekalými obchodními praktikami poskytována právě směrnicí 2005/29/ES.

Směrnice o provozování rozhlasového a televizního vysílání

Další směrnicí dotýkající se reklamy a nekalé soutěže je Směrnice 89/552/EHS o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání. Řada ustanoveních této směrnice má veřejnoprávní povahu a do českého právního řádu byla transponována v §§ 48 až 53 zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání. Směrnice stanoví, že reklama musí být snadno identifikovatelná a oddělená od zbytku programu, je zakázána reklama skrytá a podprahová, apod. Zakázány jsou reklamy, jejichž předmětem jsou cigarety, tabákové výrobky, léky na lékařský předpis.

Směrnice zavádí pro oblast televizní reklamy a teleshoppingu tzv. princip země původu. Reklama je proto posuzována podle předpisů státu, ze kterého je vysílána. Stát příjmu vysílání ji již kontrole podrobit nesmí, s výjimkou dočasného pozastavení podle čl. 2 odst. 2. Jde o „*zákaz tzv. druhé kontroly*“⁶. K této otázce se vážou důležitá rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věcech C-34/95, Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) Foerlag AB, a C-35/95 a C-36/95, Konsumentombudsmannen (KO) v. TV Shod i Sverige AB.⁷ ESD se v těchto případech zabýval vztahem mezi směrnicí 84/450/EHS a směrnicí 89/552/EHS. Zatímco v případě směrnice o provozování televizního vysílání nesmí členský stát kontrolovat vysílání z hlediska svých předpisů, směrnice o klamavé reklamě umožňuje i státům, ve kterých je reklama šířena, podrobit ji kontrole.

V prvním případě společnost De Agostini inzerovala časopis Allt om dinosaurier! (Vše o dinosaurech!), určený dětem mladším 12 let. Podle švédského ombudsmana došlo k porušení švédského práva, které reklamu adresovanou dětem do 12 let zakazuje. V dalších sporech docházelo k vysílání televizních reklam z Velké Británie prostřednictvím satelitních programů TV3 a TV4 do Švédska a švédský ombudsman se domníval, že reklamy vykazují prvky klamavosti.

⁶ Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu České republiky od EU, Bova Polygon, Praha, 2004, str.277.

⁷ Tamtéž, str. 277, 278.

ESD se proto zabýval otázkou, kdy může stát příjmu vysílání podrobit reklamu kontrole z hlediska svých předpisů, a dospěl k závěru, že směrnice o klamavé reklamě je ve vztahu speciality ke směrnici o provozování televizního vysílání. Reklamu vysílanou z jiného členského státu tedy druhý členský stát nesmí podrobit kontrole (s výjimkou několika důvodů v čl. 2 odst. 2.). Pokud však je předmětem vysílání reklama klamavá, musí splňovat i přísnější požadavky státu příjmu vysílání. Tento stát však reklamu posuzuje jen z hlediska klamavosti. Proto nepůsobí-li reklama zaměřená na děti mladší 12 let klamavě, není Švédsko oprávněno takovou reklamu podrobovat kontrole nebo ji dokonce zakázat.

Směrnice o nekalých obchodních praktikách

Tato směrnice je sice z chronologických důvodů řazena ve výkladu současné úpravy až na poslední, třetí místo, ale z hlediska významu zaujímá v právu nekalé soutěže bezpochyby první příčku. Přesto se však nedá hovořit o tom, že by nyní obsahovalo komunitární právo ucelenou úpravu nekalé soutěže, neboť i tato směrnice poskytuje ochranu pouze spotřebiteli. Komunitární právo stále nechrání soutěžitele navzájem např. před zlehčováním, parazitováním na pověsti, atp. Výjimkou je klamavá a srovnávací reklama v novém znění směrnice 84/450/EHS, jak již bylo řečeno výše.

Účelem této směrnice je přispět k řádnému fungování vnitřního trhu a zajistit vysokou úroveň ochrany spotřebitelů v rámci celé Evropské unie, bez ohledu na to, v jakém členském státě se spotřebitel a obchodník nachází.

V rámci Společenství dosud neexistovalo mnoho předpisů upravující tuto oblast. Určitý minimální standart v oblasti klamavé reklamy vytvářela směrnice o klamavé reklamě 84/450/EHS. Ta se však vztahovala pouze na oblast reklamy a připouštěla, aby jednotlivé státy zachovaly nebo přijaly úpravu přísnější. Právní předpisy členských států upravující nekalou soutěž proto vykazovaly značné rozdíly. Tyto rozdíly představovaly překážky v řádném fungování vnitřního trhu, neboť obchodník z jednoho státu, chtěl-li vstoupit na trh státu jiného, musel si zjišťovat právní úpravu nekalé soutěže v tomto jiném státě, což ho mohlo od vstupu na trh v tomto jiném státě odradit.

Směrnice o nekalých obchodních praktikách sblízuje právní předpisy států o nekalých obchodních praktikách, včetně klamavé reklamy, jež přímo poškozují ekonomické zájmy spotřebitelů, a tím nepřímou poškozují ekonomické zájmy oprávněných soutěžitelů. Prvotním smyslem směrnice je tedy sice ochrana spotřebitele, avšak tím, že stanovuje požadavky na obchodní praktiky pro obchodníky, poskytuje i ochranu poctivým

obchodníkům před jejich ne tak řádně jednajícími kolegy a vytváří tak rámec pro korektní hospodářskou soutěž.

Sama směrnice výslovně zmiňuje ve své preambuli, že existují i takové obchodní praktiky, které sice nedopadají přímo na spotřebitele, ale mají dopad na hospodářskou soutěž a tím se spotřebitelů dotýkají. Tyto praktiky zatím zůstávají mimo působnost směrnice, ale prostřednictvím směrnice Rada a Evropský parlament vyzývají Komisi, aby pečlivě posoudila potřebu dalších legislativních předpisů v oblasti nekalé soutěže a v případě potřeby připravila jejich návrh.

Směrnice se nevztahuje na vnitrostátní předpisy, které regulují nekalé obchodní praktiky poškozující pouze soutěžitele. Stejně tak se směrnice nevztahuje na takové obchodní praktiky, které sice mohou ovlivnit vnímání produktu spotřebiteli, avšak nemohou narušit jeho schopnost učinit informované rozhodnutí. Mimo zájem směrnice zůstávají také právní požadavky na vkus a slušnost. Členské státy si mohou stanovit vlastní právní požadavky na vkus a slušnost i u praktik, které neomezují svobodné rozhodování spotřebitelů. Směrnici nejsou dále dotčena pravidla komunitární ani vnitrostátní upravující smluvní právo, práva duševního vlastnictví, zdravotní nezávadnosti a bezpečnosti produktů, atp.

Směrnice zavádí obecný zákaz nekalých obchodních praktik, které ovlivňují ekonomické chování spotřebitelů. K těmto nekalým obchodním praktikám může docházet mimo smluvní vztah, po uzavření smlouvy nebo během jejího plnění. Nekalé obchodní praktiky se dělí na klamavé a agresivní obchodní praktiky. Klamavé obchodní praktiky, jež zahrnují i klamavou reklamu, se dále dělí na klamavá jednání a klamavá opomenutí. Příloha I. Směrnice obsahuje taxativní výčet jednání, která jsou považována vždy za nekalá. V případě ostatních obchodních praktik je nutné provést tzv. „test nekalosti“⁸ podle článků 5 až 9 směrnice.

Směrnice nestanovuje žádné sankce a ponechává jejich úpravu na členských státech. Požaduje jen, aby sankce byly „účinné, přiměřené a odrazující“ – bod 22 Preambule směrnice. Směrnice ponechává zcela na volbě států, zda pravidla směrnice budou implementována do veřejného práva a budou tedy dozorována příslušnými státními orgány nebo zda se stanou součástí práva soukromého a bude na spotřebitelích, aby se domáhali svých práv.

Členskými státy je zachováno právo po dobu šesti let ode dne, do kdy musí být směrnice implementována, tj. od 12.6.2007, i nadále uplatňovat další omezení, kterými se

⁸ Šmejkal, V.: Konec hejlů v Čechách?, www.ecin.cz, Ekonom, 10.3.2005.

provádějí směrnice obsahující ustanovení o minimální harmonizaci. Tato omezení však musí být zásadní z hlediska ochrany spotřebitele a musí být přiměřená. Členské státy jsou povinny nahlásit Komisi veškeré vnitrostátní předpisy, na základě kterých budou taková omezení aplikována.

Směrnice obsahuje obecné vymezení obchodních praktik, které jsou nekalé. Obchodní praktika je obecně nekalá tehdy, pokud „*je v rozporu s požadavky náležité profesionální péče*“ a pokud „*podstatně narušuje nebo je schopna podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele, který je jejímu působení vystaven nebo kterému je určena, nebo průměrného člena skupiny, pokud se obchodní praktika zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů ve vztahu k danému produktu.*“ Obě podmínky musí být splněny současně.

Směrnice vychází z pojmu průměrného spotřebitele. Tím je takový spotřebitel, který „*má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory*“. Toto pojetí odpovídá současnému chápání spotřebitele podle judikatury Evropského soudního dvora – viz následující kapitolu o ochraně spotřebitele. Záleží na posouzení soudu, co podle jeho názoru „*je už na lokálního konzumenta příliš a co naopak mohl a měl prohlédnout jako nevinný žertík.*“⁹ Směrnice však poskytuje zvýšenou ochranu skupině spotřebitelů, kteří jsou v důsledku své duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvláště zranitelní takovou obchodní praktikou. I zde se pak hodnotí daná praktika z pohledu průměrného spotřebitele, avšak jedná se o průměr takovéto skupiny.

Klamavé obchodní praktiky zahrnují klamavá jednání a klamavá opomenutí. Klamavé jednání je takové, které obsahuje nesprávné informace nebo uvádí nebo je schopna uvést průměrného spotřebitele v omyl, i když jsou uvedené informace věcně správné, pokud ovlivní rozhodnutí spotřebitele o určité obchodní transakci. Rozhodující tedy je, že uvedení informací způsobí, že spotřebitel nemůže provést informovanou volbu. Informace se mohou týkat produktu, ceny, práv spotřebitele, atp.

V případě klamavého opomenutí se jedná o takové obchodní praktiky, kdy obchodník opomene uvést závažné informace, které průměrný spotřebitel pro své rozhodnutí potřebuje. Výsledek je stejný jako u klamavého jednání – není schopen provést informovanou volbu. Za takové závažné informace jsou považovány hlavní znaky produktu, adresa a totožnost obchodníka, cena, atp.

Dle přílohy se o klamavé obchodní praktiky jedná např. tehdy, pokud:

⁹ Tamtéž.

- obchodník nepravdivě tvrdí, že výrobek je dostupný pouze po omezenou dobu,
- obchodník uvádí práva, která pro spotřebitele vyplývají ze zákona, jako přednosti nabídky,
- obchodník vyzývá ke koupi produktů za určitou cenu, aniž by zveřejnil důvody, na základě kterých se může domnívat, že nebude schopen zajistit dodávku nabízených produktů za cenu platnou pro určité období a v přiměřeném množství vzhledem k povaze produktu, rozsahu reklamy a nabízené ceny – tzv. vábívá reklama,
- se jedná o tzv. pyramidový obchod, kdy spotřebitel zaplatí za možnost získat odměnu, která závisí na získávání nových spotřebitelů, nikoli na prodeji nebo spotřebě produktů (v němčině tzv. „Schneeballsystems – systém sněhové koule),
- obchodník uvádí nepravdivé tvrzení, že produkt může vyléčit nemoci, poruchu nebo tělesné postižení.

Agresivní obchodní praktika je taková, která „*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.*“ Ani v tomto případě není spotřebitel schopen učinit svobodnou volbu, avšak nikoli z důvodu neinformovanosti, jako je tomu u klamavých praktik, nýbrž z důvodu donucení.

Obtěžování, donucování nebo nepatřičné chování může vyplývat z načasování, místa, povahy nebo doby trvání obchodní praktiky, z použití výhružného nebo urážlivého jazyka nebo chování, z vědomého využívání obchodníkem jakéhokoli konkrétního neštěstí, atp.

Podle výčtu nekalých obchodních praktik se o agresivní obchodní praktiky jedná v následujících případech:

- obchodník vytváří dojem, že spotřebitel nemůže provozovnu opustit,
- obchodník při osobní návštěvě u spotřebitele odmítne na jeho výzvu opustit jeho byt a nevracet se,
- vytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím telefonu, faxu, e-mailu, atp.,
- vytváření klamného dojmu, že spotřebitel již vyhrál nebo vyhraje, ačkoli ve skutečnosti žádná výhra neexistuje.

Členské státy jsou povinny implementovat směrnici nejpozději do 12.6.2007. Do této doby musí být přijaty a zveřejněny příslušné právní a správní předpisy. O tomto musí státy informovat Komisi. Předpisy musí být účinné nejpozději od 12.12.2007. Komise je

povinna do 12.6.2011 předložit Evropskému parlamentu a Radě souhrnnou zprávu o uplatňování této směrnice a o případné potřebě další harmonizace.

Ochrana spotřebitele

Spotřebitel jako slabší strana

Spotřebitel je jedním z příkladů „slabšího“ v právu. Typickým znakem soukromého práva je rovné postavení subjektů a svoboda vůle těchto subjektů, které se zcela volně rozhodují, zda do nějakého právního vztahu vstoupí, jaký bude jeho obsah, atp. To je však možné jen v případě, že obě strany mají stejnou vyjednávací sílu. V případě existence slabší strany je však tato rovnováha narušena a slabší se dostává do postavení, kdy nemá jinou možnost, než poslechnout stranu silnější. Důvody nerovnováhy u spotřebitele jsou především „*hospodářská, informační a psychická nedostatečnost*“¹⁰.

Úkolem práva je poskytnout slabší straně zvýšenou ochranu a tím obnovit rovnováhu ve vztahu. Zvolit správný postup, aby byla obnovena rovnováha a nedošlo naopak k přílišnému zvýhodnění spotřebitele, je velice obtížné. Jak uvedl Prof. Hajn: „*Výstižně to vyjádřil jeden z francouzských politiků, když prohlásil (cituji po paměti), že děti a rozvojové státy spojuje společná vlastnost – dokáží ze své slabosti učinit druh síly, z bezmocnosti nástroj určité moci. ... Legendární český psychiatr profesor Heveroch vystihl podstatu léčebného přístupu k psychastenikům (lidem 'psychicky podvyživeným') lapidárním pokynem: 'Nehýčkat slabochy.'*“¹¹

V oblasti klamavé reklamy nevýhody spotřebitele spočívají v tom, že na něj působí reklama vypracovaná odborníky z oborů psychologie, marketingu, atp., kteří dobře vědí, jak co nejpřesvědčivěji ovlivnit zákazníka.

Spotřebitel v pojetí národních právních řádů

S ohledem na rozdílné právní i kulturní tradice se v rámci členských zemí rozlišují dva typy spotřebitele. Německá i rakouská rozhodovací praxe vytvořila obraz spotřebitele průměrného, který není příliš pozorný a nechá se snadno oklamat. Toto pojetí souvisí s dlouho trvajícím absolutismem, ve kterém vše rozhodoval stát, a proto i v oblasti

¹⁰ Tichý, L.: Ochrana spotřebitele v soukromém právu, skripta rozeslaná posluchačům stejnojmenného výběrového předmětu v akademickém roce 2003/2004, str. 13.

¹¹ Hajn, P.: Ochrana spotřebitele proti klamavé reklamě (K rozhodovací praxi ESD), PrRo 2004, 2: 72.

soukromého práva stát zastával názor, že musí o tohoto „*homuncula, který je až patologicky hloupý*“¹² pečlivě pečovat.

Rozhodoval-li soudce, zda posuzovaná reklama mohla spotřebitele ošálit, zvážil nejprve, zda by byl oklamán on sám. V negativním případě se však ještě nemuselo jednat o nezávadné jednání, protože soudce jakožto člověk vzdělaný a inteligentní se nedá oklamat tak snadno jako ostatní. Proto si soudci mnohdy vyžadovali sociologické výzkumy, přičemž ke klamavosti stačilo, byla-li „*reklama způsobilá oklamat 5 až 15% populace, k níž se určitá reklama obracela*“.¹³

Zcela jinou osobou je zodpovědný otec římské starověké rodiny, který pečuje o svou rodinu a také jí vládne. Proto země latinské právní kultury posuzovaly spotřebitele jako bytost svědomitou, která se nedá tak snadno ošálit. Rozhodující pro posouzení klamavosti proto bylo, jak by se měl chovat zodpovědný občan. Soudce tedy rozhodoval podle svého uvážení a nemusel si opatřovat sociologické výzkumy.

Spotřebitel v reklamě v rozhodovací praxi ESD

Reklama je činnost velice tvořivá, do jisté míry se jedná dokonce o umění, které má své soutěže a festivaly, proto je těžké ji spoutat právními předpisy. Jediným řešením je proto obecná formulace zákona doplněná bohatou judikaturou. Předmětem judikatury se tak stává i vymezení osoby spotřebitele, jakožto osoby, která může být reklamou oklamána.

Po vzestupu práva na ochranu spotřebitel bylo na Evropském soudním dvoru, jaký z možných přístupů po vzoru členských států zvolí a jaký tedy bude „evropský spotřebitel“. ESD se rozhodl pro pojetí zemí latinské kultury, které klade na spotřebitele větší nároky.

Již před přijetím směrnice 84/450/EHS rozhodoval ESD o klamavosti v případě *Walther Rau v. De Smedt*.¹⁴ V daném případě belgické právo ukládalo výrobcům uvádět na trh máslo a margarín v rozličných tvarech – margarín v kostkách, máslo v jiných tvarech – aby byly tyto výrobky na první pohled rozlišitelné. To však kladlo nároky na zahraniční dovozce, pokud chtěli na belgický trh dodávat své výrobky, aby jejich tvar přizpůsobili belgickým požadavkům. ESD rozhodl, že požadavek belgického práva je sice ospravedlnitelný, ale klade přílišné požadavky na zahraniční dovozce, přičemž informovanosti spotřebitele lze dosáhnout i jinak.

¹² Tamtéž.

¹³ Tamtéž.

¹⁴ Tamtéž, stejně jako následující rozhodnutí ESD.

V rozhodnutí Pall/Dahlhausen byl řešen případ, kdy zahraniční zboží bylo opatřeno značkou R, vypovídající o ochraně známky, avšak známka byla chráněna jen v zemi původu, nikoli v zemi určení. Podle ESD mohl průměrný účastník soutěže nahlédnout do rejstříku ochranných známek, aby zjistil, kde značka výrobku chráněna. Ke zcela opačnému závěru došel československý soud v první republice ve svém rozsudku Rc 12735 R I 595/33: „*Údaje o tom, že zboží jest patentováno, mohou vzbuditi klamnou představu, že jest patentováno v Československu, zvláště není-li doloženo, kde jest patentováno a že není patentováno v Československu. V takovém případě jest lhostejno, že zboží jest patentováno v cizozemsku (v Německu).*“ Pojetí spotřebitele se sice od té doby velice změnilo, přesto se domnívám, že není reálné po účastnících trhu požadovat, aby kontrolovali známkoprávní ochranu v rejstříku.

Rozhodnutí Nissan se týkalo paralelních dovozů automobilů této značky do Francie z Belgie. V reklamě byla zdůrazňována jejich nižší cena, aniž by se však uvádělo, že se jedná o jednodušší provedení. Podle ESD by byl zákaz takové reklamy důvodný, kdyby si podstatná část spotřebitelů nevšimla, že nižší ceně odpovídá horší vybavení. Podle tohoto rozsudku musí být klamavé praktiky relevantní a musí existovat příčinný vztah mezi klamavým údajem a oklamáním spotřebitele.

Zajímavý je rovněž rozsudek ohledně tyčinky Mars. Ta byla nabízena po určitou dobu za stejnou cenu o 10% větší. Na obalu bylo správně uvedeno „+10%“, avšak grafické znázornění bylo větší než 10%. Ve Francii nebyla reklama shledána závadná. Podle německé judikatury se však jednalo o klamání spotřebitele. ESD dospěl k závěru, že zákaz takové prezentace by nutil dovozce měnit obal v závislosti na místě určení, což by vedlo ke zvýšeným nákladům. Soud poukázal „*na nově se tvořící obraz spotřebitele, když uvedl, že spotřebitel průměrné inteligence ví, že není nutná spojitost mezi velikostí výrobku v reklamě a jeho velikostí skutečnou*“.¹⁵

V návaznosti na stále náročnější pojetí spotřebitele v rozhodovací praxi ESD došlo ke změnám také v rozhodovací praxi německých soudů. I ony opustily dřívějšího „*hloupého homuncula*“ a kladou na spotřebitele větší nároky. Jako příklad může sloužit rozhodnutí Spolkového soudního dvora SRN – I ZR 76/1992.¹⁶ Předmětem posouzení zde byl francouzský destilát z vína, pro který výrobce zvolil název „Napoléon“. Na etiketě bylo zřetelně uvedeno, že se jedná o vinnici. Spolkový soud rozhodl, že k tomu, aby se jednalo

¹⁵ Tamtéž.

¹⁶ Tamtéž.

o klamání spotřebitele, nestačí, že 12 – 18% spotřebitelů spojuje s označením „Napoléon“ klamnou představu, že se jedná o koňak.

I jedna z posledních významných směrnic zabývající se ochranou spotřebitele, výše popsaná směrnice 2005/29/ES vychází ze současného trendu ochrany průměrného spotřebitele, který je v rozumné míře pozorný a opatrný. Zvýšená ochrana je poskytována zvláště zranitelným skupinám spotřebitelů, jako jsou děti, starší lidé, osoby duševně nezpůsobilé. Vždy se však bude jednat o objektivní posouzení, neboť se obchodní praktiky posuzují z pohledu průměrného spotřebitele, nikdy z pohledu konkrétního spotřebitele, který se cítí být obchodní praktikou oklamán.

Vztah spotřebitele a soutěžitele

Soutěžitel a spotřebitel jsou jako dvě spojené nádoby. Nevystupují na trhu nezávisle na sobě, ale navzájem se ovlivňují. Vyplývá to ze stálého vztahu nabídky a poptávky. Jakékoli omezení nebo oprávnění, které je uloženo nebo poskytnuto soutěžiteli nebo spotřebiteli, má vždy dopad i na druhého z této nerozlučné dvojice.

Předpisy chránící spotřebitele proto nepřímou chrání také poctivé soutěžitele. Tím, že jsou uložena obchodníkům – soutěžitelům omezení ve vztahu ke spotřebiteli, jsou upravovány také vzájemné vztahy soutěžitelů v rámci hospodářské soutěže.

Význam právních předpisů upravujících ochranu spotřebitele proto nespočívá jen v této ochraně, ale také ve vytváření prostředí pro řádnou hospodářskou soutěž. Cestou ochrany spotřebitele tak začala být regulována i nekalá soutěž. Jaký bude další vývoj komunitárního práva a zda se jednou předmětem jeho regulace stanou i vzájemné vztahy soutěžitelů v rámci nekalé soutěže, ukáže teprve čas.

VEŘEJNOPRÁVNÍ REGULACE REKLAMY

Obecná charakteristika

Prameny

Veřejnoprávní regulace reklamy je vymezena především zákonem č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy (dále jen „ZRR“). Tato základní úprava je doplněna ustanoveními hlavy IV zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, § 5 zákona č. 46/2000 Sb., tiskový zákon, § 8 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, § 5 zákona č. 273/1993 Sb., o některých podmínkách výroby, šíření a archivování audiovizuálních děl, § 28 zákona č. 285/2002 Sb., transplantační zákon, § 21 zákona č. 120/2002 Sb., o podmínkách uvádění biocidních přípravků a účinných látek na trh, § 3 zákona č. 321/2001 Sb., o některých podmínkách sjednávání spotřebitelského úvěru, § 26 a § 33 zákona č. 256/2001 Sb., o pohřebnictví, § 15 zákona 167/1998 Sb., o návykových látkách.

Zákon o regulaci reklamy (ZRR) a definice reklamy

Zákon o regulaci reklamy je účinný od 1. dubna 1995. Do té doby byla veřejnoprávní úprava reklamy značně nejednotná a roztržštěná. Jednalo se jen o několik ustanovení v řadě speciálních zákonů. Jedním z nich byl i zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele. Ten stanovil obsahové náležitosti reklamy a inzerce určené pro spotřebitele, přičemž bylo obtížné oddělit reklamu určenou pro spotřebitele od reklamy určené pro někoho jiného, která nespádala do věcné působnosti zákona. Reklama a inzerce nesměly obsahovat nic, co by uráželo národnostní nebo náboženské cítění, mravnost, propagaci násilí, propagaci výrobků prokazatelně škodlivých životu nebo zdraví, apod. K 1. dubnu byla tato ustanovení zrušena a reklama z pohledu veřejného práva komplexně upravena zákonem č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy.

Reklamou se podle § 1 ZRR rozumí „*oznámení, převedení či jiná prezentace šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv a závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky.*“ V porovnání se soukromoprávní úpravou obchodního zákoníku je věcná

působnost ZRR užší, neboť se vztahuje jen na reklamu podnikatelských subjektů. Zatímco se tedy nezisková organizace může svou reklamou dopouštět nekalé soutěže, není tato reklama podrobena státnímu dohledu podle ZRR. (Podrobněji viz kapitola O reklamě obecně, oddíl Pojem reklamy.)

Omezení reklamy podle ZRR

Povaha zákazů a omezení

Zákon v § 2 nejprve vymezuje reklamy, které jsou zakázány. Jedná se o zákazy podle povahy reklamy, např. reklama skrytá, podprahová, reklama v rozporu s dobrými mravy a podobně. Těmto zákazům se podrobněji věnují další pododdíly. Jak bude naznačeno, jedná se o zákazy do značné míry formulované obecně a orgánům dozoru je ponechán prostor pro správní uvážení. Rozhodování o tom, zda určitá reklama je či není mravná, zda uráží či neuráží náboženské cítění, je otázka velice citlivá a záleží do značné míry na osobním uvážení. Co se jednomu jeví jako přiměřené, může jiného urážet, co jednoho pobaví, může druhý chápat jako zneužívání motivu strachu.

V § 3 a násl. ZRR jsou stanovena omezení reklamy podle druhu zboží: tabákové výrobky, alkoholické nápoje, humánní léčivé přípravky – s rozdílnou úpravou pro reklamu zaměřenou na širokou veřejnost a na odborníky, zdravotnické prostředky, potraviny a kojenecká výživa, přípravky na ochranu rostlin, střelné zbraně a střelivo, poskytování pohřebních a jiných podobných služeb.

Rozpor se zákonem

Je zakázána reklama zboží, služeb nebo jiných výkonů či hodnot, jejichž prodej, poskytování nebo šíření je v rozporu s právními předpisy. Může se jednat o výrobky a služby obecně nedovolené nebo nedovolené v konkrétním případě. Tedy např. reklama na drogy, reklama na prodej osobních údajů nebo nabízení služeb osobou, která nemá pro danou činnost povolení.

Reklama skrytá a podprahová

Dále se zakazuje reklama skrytá a podprahová. Společné mají tyto dva druhy to, že si je jejich adresát neuvědomuje. Podprahová reklama je založena na vjemu mimo vědomí.

Poprvé byla využita Jamesem McDonalodem Vicarym, který do filmového pásu umístil nápis na podporu konzumace výrobků Coca Cola a popcornu.¹ Nápis se na obrazovce objevil jen na jednu tisícinu vteřiny. Přesto měla mít tato reklama za následek zvýšení konzumace. V České republice byla podprahová reklama posuzována v pořadu Peříčko TV Nova v říjnu 2001, kdy se ve vysílání objevily nesouvisející nápisy. Rada pro rozhlasové a televizní vysílání však rozhodla, že se o podprahovou reklamu nejedná. Dalším případem byla reklama na deník Super, kdy se na obrazovce objevila spirála, která se díky optickému klamu otáčela. I zde však došla Rada pro reklamu k závěru, že nejde o podprahové sdělení.²

Skrytá reklama je sice vnímána vědomě, ale spotřebitel si neuvědomuje, že se jedná o reklamu. Jde např. o reklamní článek o automobilu, který se vydává za odborné posouzení, o rozhovor se známou osobností, která tvrdí, že díky zázračnému výrobku zhubla třicet kilogramů, nebo vyjádření lékaře, podle kterého má daný lék zaručené účinky.

V případě zákazu klamavé reklamy zákon odkazuje na vymezení v obchodním zákoníku. Při jejím posouzení pak orgán dozoru podle § 7b ZRR bere v úvahu všechny její rysy a informace, které obsahuje, a přitom posuzuje charakteristiky zboží a služeb, dostupnost, provedení, původ, vhodnost k využití, výsledky zkoušek a prověrek, cenu, charakteristiku zadavatele reklamy, apod. Za klamavou reklamu může tedy její původce odpovídat jednak podle obchodního zákoníku a zároveň podle zákona o regulaci reklamy.

Rozpor s dobrými mravy, diskriminace, urážení náboženského cítění

Dále „*nesmí být reklama v rozporu s dobrými mravy, zejména nesmí obsahovat jakoukoli diskriminaci z důvodu rasy, pohlaví nebo národnosti nebo napadat náboženské nebo národnostní cítění, ohrožovat obecně nepřijatelným způsobem mravnost, snižovat lidskou důstojnost, obsahovat prvky pornografie, násilí nebo prvky využívající motivu strachu. Reklama nesmí napadat politické přesvědčení.*“ - § 2 odst. 3 ZRR.

Počátkem roku 2005 uvedla společnost Mountfield reklamu, ve které vystupoval komik Zdeněk Izer v převlečení za Žida. Podaří se mu přechytračit Běďu Trávníčka a mne si ruce nad velkou slevou, kterou si vytočil na kole štěstí. Touto reklamou se cítili dotčeni izraelský velvyslanec i předseda Židovské asociace právě z důvodu, že reklama uráží jejich náboženské cítění, zesměšňuje židovský národ a může vyvolat antisemitské nálady.

¹ Císařová, Z., Křesťanová, V.: Zákon o regulaci reklamy. Poznámkové vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2002, str. 24.

²Tamtéž, str. 24, 25.

Reklama byla stažena z vysílání po domluvě s firmou Mountfield. K jejímu právnímu posouzení tedy vůbec nedošlo, ale podle mého názoru se jednalo o reklamu vtípnou a ničím neurážející ani nezesměšňující židovský národ.

Zneužívání motivu strachu

V polovině devadesátých let byla vysílána reklama, ve které dojde k automobilové nehodě, automobil hoří, dveře jsou zablokované a pasažéři vyděšení buší do oken. Jednalo se o reklamu, která nabízela kladivo na rozbití oken se sloganem: „*Chraňte život svých blízkých.*“ Taková reklama je podle mého názoru typickým příkladem protiprávního zneužívání motivu strachu.

Naopak zdařilá je reklama prezentovaná v Rakousku na billboardech podél silnic. Jedná se o zobrazení supů s krvavými očima a s nápisem: „*Jedte rychleji, čekáme na vás.*“³ Podobná reklamní kampaň proběhla i u nás. Jednalo se o sérii billboardů varujících před rychlou jízdou, např. zobrazení márnice se záběrem na palec u nohy nebožtíka a nápisem: „*Vaše nová SPZ.*“ Jedná se sice o reklamy sociální, které nepodléhají úpravě ZRR, uvádím je však pro ukázkou toho, že i takové reklamy mohou být vkusné.

Reklama uvádějící zvláštní nabídku

Další omezení zavádí novela zákona o regulaci reklamy v § 2b ohledně reklamy uvádějící zvláštní nabídku. Toto ustanovení „*zakazuje reklamu uvádějící zvláštní nabídku zboží v případech, kdy prodávajícímu jako zpracovateli nebo zadavateli reklamy je známo, nebo může předpokládat, že není nebo nebude schopen zajistit nabízené zboží v množství, které odpovídá očekávané poptávce, a to s ohledem na rozsah nebo způsob šíření reklamy, povahu zboží nebo nabízenou cenu, anebo pokud v reklamě neuvede, jaké množství zboží bude v rámci zvláštní nabídky v jednotlivých provozovnách nabízeno k prodeji.*“⁴ V reklamě uvádějící zvláštní nabídku musí být jednoznačně uvedeno, od kdy do kdy zvláštní nabídky trvá.

Zákonodárce tak reagoval na praxi velkých obchodních řetězců, které ve svých propagačních materiálech lákaly zákazníky na zvlášť výhodnou nabídku, kdy bylo prodáváno různé zboží za poloviční i nižší ceny, avšak k prodeji bylo pouze několik kusů výrobků nebo byly k prodeji jen v některé z několika provozoven.

³ Ondřejová, D.: Humor v reklamě, Právo a podnikání, 2002, 2, str. 16.

⁴ Sněmovní tisk č. 957/1, www.psp.cz, 7.11.2005.

Novela byla přijata Poslaneckou sněmovnou poprvé v říjnu roku 2005. Senátem však byl zákon vrácen s tím, že se jedná o zbytečné omezování nabídky a činí ze spotřebitele nesvéprávnou osobu neschopnou se samostatně rozhodovat. Poslanecká sněmovna však setrvala na svém názoru a vrácený zákon znovu přijala dne 20.12.2005. Zákon nabude účinnosti dnem vyhlášení, avšak přechodné ustanovení čl.III., bod 3. zavádí přechodnou dobu tří let, takže *„reklama vytvořená nebo šířená na základě smluv uzavřených přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se posuzuje po dobu tří let ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona podle dosavadní úpravy.“*

Reklamou uvádějící zvláštní nabídku se zabývá i směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách, která ji však nazývá vábivou reklamou. Definuje ji ve výčtu zakázaných nekalých obchodních praktik jako reklamu, která vyzývá ke koupi produktů za určitou cenu, aniž by obchodník zveřejnil důvody, na základě kterých se může domnívat, že nebude schopen zajistit dodávku uvedených produktů za cenu platnou pro dané období a v přiměřeném množství vzhledem k povaze produktu, rozsahu reklamy a nabízené ceny.

Ustanovením § 2b ZRR tak zákonodárce s předstihem šesti let implementoval zákaz vábivé reklamy, neboť v souladu se směrnicí zakazuje takovou reklamu, kdy obchodník musí předpokládat, že nebude schopen uspokojit poptávku vyvolanou reklamou a neuvede údaje, které o tomto svědčí, tedy neuvede údaje o množství, které bude nabízeno k prodeji.

Osoby mladší 18 let

Zvláštní úpravu věnuje zákon osobám mladším 18 let. Jedná se o osoby důvěřivější, které snáze podlehnou vlivu reklamy a neuvědomují si její propagační účel. Z toho důvodu je zakázáno u těchto osob podporovat chování ohrožující jejich zdraví a psychický nebo morální vývoj, doporučovat jim ke koupi výrobky za využití jejich důvěřivosti a nezkušenosti, nabádat je, aby přemlouvaly své rodiče ke koupi, nevhodným způsobem je ukazovat v nebezpečných situacích a podobně.

Odpovědnost a sankce podle ZRR

Osoby odpovědné

Za obsah reklamy zásadně odpovídá zpracovatel, tedy osoba, která reklamu pro sebe nebo pro jiného zpracovala. Spolu s ním odpovídá zadavatel – osoba, která si reklamu

objednala. Zadavatel se zproští odpovědnosti, pokud prokáže, že zpracovatel nedodržel při zpracování jeho pokyny, v důsledku čehož je reklama v rozporu se zákonem. Naproti tomu zpracovatel nebude odpovídat tehdy, pokud reklamu zpracoval na základě nepravdivých údajů poskytnutých mu zadavatelem, ovšem pouze v případě, že nepravdivost údajů nebyl schopen posoudit ani s vynaložením veškerého úsilí, tedy úsilí, které lze od něj spravedlivě požadovat. Spolu se zadavatelem a zpracovatelem odpovídá za šíření reklamy i její šířitel. I když to zákon nestanovuje, může se zprostit odpovědnosti za stejných podmínek jako zpracovatel.⁵

Podle novely zákona zmíněné výše u reklamy zavádějící zvláštní nabídku se bude moci každá právnická osoba zprostit odpovědnosti, pokud prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení povinnosti zabránila.

Sankce

Za porušení povinností uloží orgán dozoru zadavateli, zpracovateli nebo šířiteli pokutu. Za klamavou reklamu hrozí zadavateli nebo zpracovateli pokuta až do 10.000.000,-Kč, přičemž pokuta může být uložena i opakovaně.

Omezení ve zvláštních zákonech

Televizní a rozhlasové vysílání

Reklamě se věnuje také zákon č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání. Jedná se o hlavu IV zákona, která klade požadavky jednak na obsah reklamy a jednak na časový rozsah.

S ohledem na věcnou působnost ukládá zákon povinnosti provozovatelům. Ti jsou povinni nezařazovat do vysílání reklamy vybízející k chování ohrožující morálku, zájmy spotřebitele, dále reklamy určené dětem nebo v nichž vystupují děti, pokud podporují chování ohrožující jejich fyzický, psychický a mravní vývoj, reklamy, v nichž účinkují hlasatelé, moderátoři a redaktoři zpravodajských a publicistických pořadů, reklamy podprahové a skryté, reklamy snižující úctu k lidské důstojnosti, útočící na víru, atd. V řadě případů jde o stejná omezení, jako obsahuje zákon o regulaci reklamy. Jak je však

⁵ Císařová, Z., Křesťanová, V.: Zákon o regulaci reklamy. Poznámkové vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2002, str. 80.

uvedeno výše, ten se nevztahuje na nepodnikatelské subjekty. Oproti tomu povinnosti podle zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání musí dodržovat provozovatel vysílání, ať je zadavatelem reklamy podnikatel nebo nepodnikatelský subjekt.

Za obsah vysílání odpovídá provozovatel. Sankce ukládá Rada pro rozhlasové a televizní vysílání. Za porušení povinností může uložit pokutu, pozastavit vysílání nebo dokonce odejmout licenci či zrušit registraci.

Ochrana spotřebitele

Zákaz klamání spotřebitele obsahuje také zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele. Zákaz se nevztahuje pouze na reklamu, ale na jakékoli uvádění údajů, které jsou poskytovány spotřebiteli. Podle § 8 „*nikdo nesmí klamat spotřebitele, zejména uvádět nepravdivé, nedoložené, neúplné, nepřesné, nejasné, dvojsmyslné nebo přehnané údaje anebo zamlčet údaje o skutečných vlastnostech výrobků nebo služeb či úrovni nákupních podmínek.*“ Za porušení tohoto zákazu hrozí pachateli pokuta až do výše 1 000 000,-Kč.

Omezení v dalších zákonech

Omezení reklamy obsahují také následující zákony: zák. č. 285/2002 Sb., transplantační zákon, podle kterého „*jsou zakázány inzerování a reklama za účelem nabídky a poptávky tkání a orgánů*“; zák. č. 256/2001 Sb., o pohřebnictví, který omezuje údaje, které mohou být v reklamě obsaženy a zakazuje reklamu ve zdravotnických zařízeních a ústavech sociální péče a doručování reklamy prostřednictvím dopisů, letáků, elektronickou poštou, atp.; zák. č. 167/1998 Sb., o návykových látkách, který zcela zakazuje reklamu na návykové látky, přípravky a prekursory.

SAMOREGULACE

Pojetí samoregulace, Rada pro reklamu

Samoregulace jako vnitřní kontrola

Samoregulace je třetím pilířem úpravy reklamy v České republice. Jedná se o úpravu mimoprávní, na základě dobrovolně akceptovaných norem. Jedním z prvních etických kodexů byl základní kodex obchodního postupu společnosti J. C. Penney Comp. v USA, nazvaný „Krédo podniku“, který tato společnost vyhlásila již v roce 1913.¹ Podstatou samoregulace je dobrovolné dodržování etických zásad.

V oblasti reklamy zaujímá výsadní postavení Kodex reklamy vydaný Radou pro reklamu. Dalšími je např. Etický kodex internetové reklamy, Etický kodex advokátů, Závazné zásady korektního jednání podnikatelských subjektů, které jsou členy Sdružení pohřebnictví, apod.

Samoregulačními orgány v České republice jsou Rada pro reklamu, která hraje nejvýznamnější roli a je proto podrobněji popsána, dále Mezinárodní asociace farmaceutických společností, Česká asociace farmaceutických firem a Sdružení výrobců volně prodejných léčiv.²

Rada pro reklamu (RPR)

Rada pro reklamu byla založena 23. srpna 1994 jako první podobná organizace zemí bývalého východního bloku zadavateli reklamy, reklamními agenturami a médii podle zák. č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů. Jejími členy jsou například Asociace reklamních agentur, České sdružení pro značkové výrobky, Unie vydavatelů, ale třeba také Komerční banka nebo TV Nova.³ Základní model fungování převzala od britské The Advertising Standards Authority, považované za nejvýznamnější samoregulační instituci v Evropě.⁴ Od roku 1995 je Rada řádným členem Evropské asociace pro samoregulaci reklamy (EASA), sídlící v Bruselu.

¹ Pelikán, T.: Ochrana spotřebitele ve správním právu – regulace reklamy, 2000, e.č.: 15175, ASPI.

² Císařová, Z., Křest'ánová, V.: Zákon o regulaci reklamy. Poznámkové vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2002, str. 12.

³ Kulhánek, M.: Samoregulace v ČR, ObP. 98, 10:15.

⁴ Co je Rada pro reklamu?, www.rpr.cz, 29. 9. 2004.

„Podstatou samoregulace reklamy je nezasahování státu či státních orgánů do regulace reklamy. Reklama je přitom regulována pravidly, která přijme celý reklamní průmysl. Tato pravidla jsou vyjádřena v Kodexech reklamy, které se stát od státu liší podle historických, společenských a legislativních podmínek toho kterého státu.“⁵ Samoregulace nenahrazuje regulaci právní, nýbrž na ni navazuje doplněním o etické zásady.

Od svého vzniku do konce roku 2004 se Rada zabývala více než 390 případy. V 90 případech doporučila reklamu stáhnout nebo provést její úpravu, aby byla v souladu s Kodexem. Více než 220 stížností Rada zamítla pro jejich nedůvodnost či neporušování Kodexu, 37 případů bylo vyřízeno změnou reklamy nebo jejím stažením – z vlastní iniciativy odpovědné osoby a zbylé stížnosti postoupila jiným orgánům. Posouzením reklamy se zabývá Arbitrážní komise RPR. Rozhodovací proces je zahájen po obdržení stížnosti na konkrétní reklamu nebo z vlastního podnětu Rady. Rozhodnutí Rady má pouze formu doporučení, přesto bylo od roku 1994 jen 5 rozhodnutí, která nebyla akceptována.

Kodex reklamy

Vymezení reklamy, cíle Kodexu

Kodex reklamy definuje reklamu jako „proces komerční komunikace, prováděný za úhradu jakýmkoli 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“.

Vztahuje se tak na reklamu pro podnikatelské i nepodnikatelské účely v tisku, na plakátových plochách, reklamu zásilkových služeb, v audiovizuální produkci, kinoreklamu a reklamu v televizním a rozhlasovém vysílání. Rada se však nezabývá reklamou volební a reklamou politických stran ve všech jejích formách.⁶

Podle preambule je „cílem Kodexu napomáhat tomu, aby reklama byla především pravdivá, slušná a čestná, a aby v rozsahu tohoto Kodexu respektovala mezinárodně uznávané zásady reklamní praxe vypracované Mezinárodní obchodní komorou.“ Jedná se o Mezinárodní kodex reklamních praktik vydaný již v roce 1937.

Základním cílem založení Rady byla ochrana spotřebitele před působením neetických reklam. Z toho důvodu je Rada oprávněna zahájit rozhodovací proces pouze v případě, že

⁵ Tamtéž.

⁶ Tamtéž.

reklama poškozují zájmy spotřebitele. A jsou to právě soukromé fyzické osoby, které se na Radu obrací nejčastěji.

Základní odpovědnost za dodržování Kodexu nese zadavatel, pokud reklamu schválil nebo s ní jinak vyjádřil souhlas. Reklamní agentury nesou odpovědnost za výrobu reklamy a její zadávání médiím. Média pak nesou odpovědnost za šíření reklamy.

Všeobecné zásady

Všeobecnými zásadami reklamní praxe vyjádřenými v kapitole II je slušnost, čestnost, pravdivost a společenská odpovědnost reklamy. Za neetickou prohlásila Rada na příklad reklamu s doživotně odsouzeným vězněm Jiřím Kajínkem, který propagoval Kiss Radio se sluchátky na uších, a s nápisem: „*Rádio na doživotí*“.

Ze zásady slušnosti vyplývají požadavky, aby reklama neporušovala hrubým způsobem normy slušnosti a mravnosti, zejména prezentace lidského těla musí být uskutečňována s plným zvážením jejího dopadu, přičemž nesmí být snižována lidská důstojnost. Zobrazování žen v reklamě je častým důvodem stížnosti. Jako závadný uznala Rada billboard, na kterém byly zobrazeny ženské nohy v porodnickém křesle, mezi nimiž byl umístěn počítač. Slogan billboardu zněl: „*Zrod nových hodnot.*“ Stejný „rozsudek“ vynesla Rada nad billboardem s vyobrazením zadních partií ležící ženy a s nápisem: „*V popředí zájmu deníku Express je i pozadí události.*“⁷

Podle zásad čestnosti nesmí být reklama koncipována tak, aby zneužívala důvěru spotřebitele nebo jeho nezkušenosti a důvěřivosti, nesmí využívat podprahové vnímání ani nesmí využívat reklamu skrytou, tedy předstírat, že jde o vědecké pojednání, reportáž, apod.

Nejvíce stížností směřuje proti zavádějící a klamavé reklamě. Reklama nesmí šířit klamavé údaje o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích nebo výkonech. Stejně jako v obchodním zákoníku je stanoveno, že „*klamavým údajem je i údaj sám o sobě pravdivý, jestliže vzhledem k okolnostem a souvislostem, za nichž byl učiněn, může uvést v omyl*“ – 3.1. Kodexu. Klamavě bude působit pravdivý údaj na dveřích advokátní kanceláře „Mgr. Jan Novák, člen advokátní komory“, místo klasického označení „advokát“. „*Informace o páně magistrově členství v Advokátní komoře je sice pravdivá, ale u jeho potenciálních klientů může vyvolat klamnou představu, že je přeci jen 'cosi více' než obyčejný advokát.*“⁸

⁷ Kulhánek, M.: Samoregulace reklamy v ČR, ObP. 98, 10:15.

⁸ Tamtéž.

Na druhou stranu je přípustná nadsázka, ze které jasně vyplývá, že informace není pravdivá a ani se nesnaží jako pravdivá působit, např. slogan: „*Red Bull Vám dá křídla.*“

Reklama nesmí ani obsahovat nic, co by mohlo vést k násilným aktům nebo je jakkoli podporovat. Rada uznala za závadnou reklamu s fotografií kočky, která měla na ušních boltcích připevněny kolíky na prádlo a na temeni hlavy a okolo očí napíchané špendlíky.⁹ Stejně tak nesmí hrubě urážet národnostní, rasové nebo náboženské cítění spotřebitelů. Viz ortodoxní Žid v reklamě firmy Mountfield popsané u veřejnoprávní regulace.

Zvláštní požadavky

Kapitola III upravuje zvláštní požadavky na reklamu týkající se hodnoty zboží, cenového srovnání, očerňování a zlehčování soutěžitelů a jejich producentů, napodobení reklam, osobní doručení, ochranu soukromí a zneužití jedince a záruky. Co se týče ochrany soukromí a zneužití jedince, je zakázáno zobrazovat žijící osoby, pokud s tím výslovně nesouhlasí. Toto ustanovení bylo porušeno v reklamách s vyobrazením papeže Jana Pavla II., Josefa Luxe nebo Václava Havla.

Na nositele veřejné autority (politiky, lékaře, apod.) se vztahuje omezení vystupovat v reklamě, resp. omezení pro inzerenty využívat tyto osoby v reklamě, i když s tím souhlasí. Za závadnou prohlásila Rada reklamu s Václavem Klausem zobrazeným jakožto bezdomovcem na soukromou vysokou školu Newton College nebo billboard, na kterém je Václav Klaus s lyžemi značky Völkl.

Část druhá Kodexu se věnuje reklamě na alkohol, ochraně dětí a mládeže před reklamou, tabákové reklamě, reklamě na léky, identifikaci inzerátů tištěných ve stylu redakčního materiálu a reklamě na zásilkový prodej.

Význam Kodexu

I když řada ustanovení Kodexu má svou obdobu také v právních normách, přesto hraje Kodex důležitou roli v reklamní praxi. Řízení o závadnosti reklamy před Radou, resp. před Arbitrážní komisí je rychlé, dává prostor k vyjádření i zadavateli nebo šířiteli a tím může přispět k rychlejšímu odstranění neetických reklam, aniž by musel nastupovat stát se svým autoritativním donucením.

⁹ Tamtéž.

TRESTNĚPRÁVNÍ DOPADY

Role trestního práva v oblasti reklamy

Trestní právo jakožto součást veřejného práva chrání zájmy společnosti a ústavního zřízení České republiky, práva a oprávněné zájmy fyzických a právnických osob - § 1 zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon. V souladu se zásadou subsidiarity trestní represe představuje trestní právo „*ultima ratio*“¹ a nastupuje až tehdy, když jiná právní odvětví – právo soukromé, správní právo přestupkové – nedostačují.

Trestné činy hospodářské jsou upraveny v hlavě druhé části druhé TrZ. V souvislosti s klamavou reklamou přicházejí v úvahu skutkové podstaty tří trestných činů: trestný čin poškozování spotřebitele podle § 121, trestný čin porušování závazných pravidel hospodářského styku podle § 127 a trestný čin nekalé soutěže podle § 149. Nejvýznamnější roli z hlediska klamavé reklamy hraje trestný čin nekalé soutěže. Proto je mu v následujícím textu věnováno nejvíce prostoru, zatímco dva zbývající trestné činy jsou zmíněny jen okrajově.

Trestný čin nekalé soutěže

Skutková podstata

Skutková podstata nekalé soutěže se v trestním zákoně nachází od samého počátku jeho existence, tedy již od 1. 1. 1962. Praktický dopad začalo mít však až po přechodu z plánovaného hospodářství na tržní, protože zjednodušeně řečeno, kde není soutěž, nemůže být ani soutěž nekalá. Cílem tohoto ustanovení je „*kontrola všemocné a neviditelné ruky trhu, resp. části vztahů vzniklých jejím působením*“.²

Nekalá soutěž je vymezena tak, že se jí dopustí ten, „*kdo jednáním, které je v rozporu s předpisy upravujícími soutěž v hospodářském styku nebo se zvyklostmi soutěže, poškodí dobrou pověst nebo ohrozí chod nebo rozvoj podniku soutěžitele.*“ Objektivní stránka skutkové podstaty tedy má tři znaky:

¹ Novotný, O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M.: Trestní právo hmotné – I. Obecná část, Praha, Aspí Publishing, s.r.o., 2003, str. 18.

² Jedlička, S.: Nekalá soutěž jako trestný čin, PRa. 97, 6: 25.

1. pachatel se dopustí jednání v rámci hospodářské soutěže;
2. toto jednání je v rozporu s předpisy upravujícími soutěž v hospodářském styku nebo se zvyklostmi soutěže;
3. následek tohoto jednání v podobě poškození dobré pověsti nebo ohrožení chodu nebo rozvoje podniku soutěžitele.

Jednání v rámci hospodářské soutěže

Jednání může mít podobu konání nebo opomenutí. V souladu s výkladovým pravidlem v § 3 odst. 3 TrZ musí jít o konání nebo opomenutí úmyslné a musí k němu dojít v hospodářské soutěži. Musí zde proto být nejméně dva subjekty, které se střetávají na poli nabídky a poptávky. Jak konstatoval Vrchní soud v Praze: „*Nekalou soutěží je každé jednání v hospodářské soutěži, jehož se může dopustit podnikatel i nepodnikatel, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům. Skutečnost, že žalovaný neposkytuje plnění téhož druhu nebo plnění zastupitelné jako žalobce a tedy nesoupeří s žalobcem na téže straně tržních vztahů, neznamená, že nemůže nést odpovědnost za jednání mající souvislost v hospodářské soutěži.*“ (3 Cmo 1336/94-22).³ Hospodářská soutěž je tedy pojímána poměrně široce.

Předpisy upravující soutěž v hospodářském styku a zvyklosti soutěže

Předpisem upravujícím soutěž v hospodářském styku je především obchodní zákoník a jeho ustanovení §§ 44 – 55. Předpisem upravujícím hospodářskou soutěž je sice i zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, avšak z důvodu označení skutkové podstaty „nekalá soutěž“ můžeme tento zákon vyloučit. Vyloučit jej můžeme i s uvážením na dobu, kdy byl přijat. Nahradil sice stejnojmenný zák. č. 63/1991 Sb., ale i on byl přijat dlouho po zakotvení skutkové podstaty do trestního zákona a zákonodárce si proto při tvorbě této skutkové podstaty nemohl být vědom, jak se bude dále vyvíjet obchodní právo.

Zvyklosti soutěže jsou určitá pravidla, která se vytvářejí živelně ve vztazích mezi soutěžiteli. Obchodní zákoník místo nich u nekalé soutěže používá pojem dobré mravy soutěže.

Tento znak skutkové podstaty by se mohl dostat do rozporu se zásadou „*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*“.⁴ Z této zásady totiž vyplývá požadavek na přesnost, jasnost a určitost trestních norem. Pokud má pachatel jednat úmyslně, musí se úmysl

³ Munková, J.: Právo proti nekalé soutěži, Komentář, I. vydání, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 191.

⁴ Jedlička, S.: Nekalá soutěž jako trestný čin, PRA. 97, 6: 25.

vztahovat na všechny znaky skutkové podstaty. Pokud mu však není daná zvyklost známa, těžko může jednat úmyslně. U norem, na něž trestní zákon ve skutkové podstatě odkazuje, se totiž negativní omyl právní – tedy neznalost práva – posuzuje stejně jako neznalost trestního práva samotného, tedy „*ignorantia legis non excusat*“.⁵ Oproti tomu neznalost jiných než trestněprávních norem se posuzuje podle zásad o omylu skutkovém a jejich neznalost proto vylučuje úmysl i vědomou nedbalost. Podle názoru S. Jedličky v citovaném článku by odsouzený v takovém případě měl šanci dosáhnout zrušení rozsudku u Ústavního soudu z toho důvodu, že mu nebylo prokázáno zavinění ve vztahu k vědomosti o tom, že jedná v rozporu se zvyklostmi soutěže.

Podle usnesení Nejvyššího soudu „*rozpor s předpisy upravujícími soutěž nebo se zvyklostmi soutěže ve smyslu trestného činu nekalé soutěže podle § 149 TrZ nelze spatřovat v každém porušení zásad poctivého hospodářského styku, nýbrž jen v porušení takovým jednáním, které je objektivně způsobilé společenskou funkci hospodářské soutěže zkreslit a tím i účinky soutěže zeslabit nebo vyloučit, popřípadě změnit v negativní.*“ (5 Tz 161/2000). V tomto případě Nejvyšší soud rozhodl, že trestného činu nekalé soutěže se nedopustil obviněný, který po ukončení pracovního poměru s Plynoservisem Brno, začal pro svou vlastní firmu AB Plynoservis používat reklamní leták s podtitulem „*firma vzniklá odštěpením od firmy Plynoservis Brno*“, ačkoli k žádnému odštěpení nedošlo. Podle soudu „*údaj v reklamním letáku byl sice nesprávný (o odštěpení), ale nešlo o zcela nepravdivou informaci, neboť obviněný byl dříve pracovníě spojen s podnikáním poškozeného a následně začal sám podnikat ve stejném oboru činnosti. Z těchto důvodů nebylo jeho jednání klamavou reklamou ve smyslu § 45 obch. zák. a ani parazitováním na pověsti podniku, výrobků nebo služeb jiného soutěžitele ve smyslu § 48 obch. zák.*“

Ke zcela opačnému závěru dospěl v podobném případě Vrchní soud v Praze v občanskoprávním řízení. Předmětem sporu byla novoroční blahopřání, které rozeslal žalovaný a na nichž bylo uvedeno, že „*nová společnost W., spol. s r.o., která vznikla odtržením celní deklarace od firmy M., s.r.o., ...*“ Skutkově se tedy jedná o stav téměř totožný – místo „odštěpením“ je použit pojem „odtržení“. Podle Vrchního soudu v Praze „*je v rozporu s dobrými mravy soutěže, pokud soutěžitel při zahájení své podnikatelské činnosti, kdy zde chybí jakýkoliv vztah právního nástupnictví (ten nelze dovozovat z pouhého přechodu několika pracovníků), jakkoli naznačuje či předstírá návaznost své*

⁵ Novotný, O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M.: Trestní právo hmotné – I. Obecná část, Praha, Aspi Publishing, s.r.o., 2003, str. 174.

činnosti na dosavadní činnosti jiného soutěžitele, eventuálně přímo její převzetí...“. (R 3 Cmo 30/98).⁶

Rozdílné rozhodnutí v podobných případech jsou však zcela na místě, neboť trestně postižitelné by měly být jen závažnější formy nekalosoutěžního jednání, zatímco méně závažné formy zůstávají ponechány pouze soukromoprávní odpovědnosti.

Následek protiprávního jednání

Následkem protiprávního chování musí být buď poškození pověsti nebo ohrožení chodu nebo rozvoje podniku. Co se týče poškození dobré pověsti, vyžaduje se dokonání tohoto následku, zatímco u chodu a rozvoje podniku postačí ohrožení. „*Chod nebo rozvoj podniku je ohrožen zejména v takových případech, jestliže hrozí způsobení nikoliv zanedbatelné škody, ztráty nikoliv zanedbatelného počtu zákazníků při provozování obchodní činnosti, ztráty nikoliv zanedbatelného množství odběratelů v oblasti průmyslové výroby.*“ (6 Tdo 72/2003)

Následek se tedy musí vztahovat pouze na soutěžitele. Na rozdíl od obchodního zákoníku nepostačí způsobit újmu spotřebiteli. Pokud by tedy jednání mělo znaky klamavé reklamy podle ObchZ, újmu by však utrpěli jen spotřebitelé, dopustil by se pachatel sice nekalé soutěže podle obchodního zákoníku, avšak podle trestního práva by spáchal trestný čin poškození spotřebitele podle § 121 nebo porušování závazných pravidel hospodářského styku podle § 127.

Osoba pachatele

Vedle jednání je dalším znakem skutkové podstaty subjekt, tedy osoba pachatele. Názory na jeho vymezení se však u tohoto trestného činu různí. Stojí proti sobě dva názory, které se liší ve vztahu pachatele k poškozenému a v jeho postavení na trhu.

Podle názoru Prof. Novotného „*pachatelem tohoto trestného činu může být jen speciální subjekt, a to soutěžitel, ve vztahu k jinému soutěžiteli, tj. k někomu, kdo podniká v totéž nebo obdobném oboru činnosti. Bez takové podmínky půjde o trestný čin podle § 127.*“⁷ Pachatelem tedy může být podle Prof. Novotného pouze podnikatel. To se však neshoduje s pojetím Vrchního soudu v Praze u výše citovaného rozhodnutí 3 Cmo 1336/94-22.

⁶ Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první, Praha, C.H.Beck, 2000, str. 131.

⁷ Novotný, O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M.: Trestní právo hmotné – II. Zvláštní část, 2. vydání, CODEX, Praha, str. 204.

Jiný názor zastává Doc. Šámal: „Soutěžitelem je každý, kdo se účastní jako subjekt hospodářského podnikání hospodářské soutěže v témže nebo příbuzném odvětví. Pachatelem však může být kdokoliv, nemusí to být jen soutěžitel. Je to např. i osoba, která v dohodě se soutěžitelem nebo i bez takové dohody šíří klamavou reklamu nebo podplácí.“⁸ Tomuto výkladu svědčí i to, že skutková podstata je uvozena slovem: „Kdo“, tedy ne soutěžitel, ne podnikatel, ale kdokoli. Podle docenta Šámala „zákonodárce záměrně neomezil spáchání trestného činu nekalé soutěže na soutěžitele, neboť by to vedlo k zásadnímu zúžení použitelnosti této skutkové podstaty v podstatě jen na pachatele – podnikatele (popř. jiné soutěžitele) fyzické osoby... Pokud je v § 149 TrZ použit pojem „soutěžitel“, u nějž musí dojít k poškození dobré pověsti nebo k ohrožení chodu nebo rozvoje jeho podniku, vyjadřuje tento pojem jen jeho postavení na trhu výrobků a výkonů jako účastníka hospodářské soutěže...“⁹

S. Jedlička vyvrací názor docenta Šámala s tím, že „jestliže trestní zákon odkazuje na příslušná ustanovení obchodního zákoníku, pak nutno uvést, že obchodní zákoník výslovně v ust. § 44 odst. 1 (generální klauzule) mluví o „způsobilosti přivodit újmu jiným soutěžitelům“. Z tohoto tedy zřejmě vyplývá, že rušitel (pachatel) sám musí být rovněž soutěžitelem. Jakýkoliv pachatel, který jedná „v rozporu s předpisy upravujícími soutěž v hospodářském styku“, tedy z dikce obchodního zákoníku nutně musí být soutěžitelem, tzn. speciálním subjektem. Jakýkoliv jiný výklad může vycházet pouze z gramatického výkladu § 149 TrZ, avšak opomíjí příslušná ustanovení blanketní úpravy – obchodního zákoníku.“¹⁰

Já osobně se přikláním k názoru docenta Šámala. Zúžení trestnosti jen na soutěžitele nebo dokonce jen na podnikatele by dávalo příliš velký prostor na obcházení zákona. Jako argument uvádím rozsudek Vrchního soudu v Praze, citovaný již výše u pasivní legitimace soukromoprávních sporů z nekalé soutěže: „Jednání podle § 45 ObchZ se může dopustit každý, rozhodný je zde jeho zájem na výsledku soutěže – konkurenčního boje dvou soutěžitelů ...“ (R 3 Cmo 1031/95)¹¹ Může-li se tedy kdokoli dopustit nekalé soutěže podle obchodního zákoníku, může se kdokoli stát i pachatelem trestného činu nekalé soutěže – naplní-li i ostatní znaky skutkové podstaty.

⁸ Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář, 2. vydání, C.H.Beck, Praha, str. 624.

⁹ Šámal, P.: Sborník VI. Karlovarnické právnické dny, Linde Praha, a.s., Praha, 1996, str. 114.

¹⁰ Jedlička, S.: Nekalá soutěž jako trestný čin, PRa. 97,6: 25.

¹¹ Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první. Praha, C.H.Beck, 2000, str. 116.

Srovnání civilněprávní a trestněprávní odpovědnosti za nekalou soutěž

Cílem civilněprávní i trestněprávní úpravy je chránit hospodářskou soutěž. Podmínky odpovědnosti však nejsou úplně stejné. Liší se přinejmenším v následujících znacích:

1. Osoba pachatele

Trestného činu se může dopustit pouze fyzická osoba. V případě právnické osoby je odpovědná fyzická osoba, která jedná za společnost a dopustí se společensky nebezpečného jednání. Civilněprávní odpovědnost se vztahuje na osoby fyzické i právnické. Proto v případě, kdy nelze zjistit, fyzickou osobu, která byl odpovědná za protiprávní jednání, bude dána odpovědnost civilněprávní, ne však trestněprávní.

2. Zavinění

Rozdílná je i subjektivní stránka odpovědnosti. Podle trestního zákona se při nekalosoutěžním činu vyžaduje úmysl. Odpovědnost podle obchodního zákoníku je však objektivní, proto se k psychickému stavu odpovědné osoby nepřihlíží.

3. Jednání

Obchodní zákoník stanoví, že nekalou soutěží je jednání v hospodářské soutěži, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže, trestní zákon pak mluví o jednání v rozporu s předpisy upravujícími soutěž v hospodářském styku nebo se zvyklostmi soutěže. Jak je však naznačeno výše, prakticky se formy jednání příliš neliší. Trestně postižitelné budou však jen skutečně závažné formy nekalosoutěžního jednání.

4. Následek

Trestní zákon vyžaduje způsobení následku v podobě poškození dobré pověsti nebo ohrožení chodu nebo rozvoje podniku soutěžitele. Pro vznik soukromoprávní odpovědnosti postačí způsobilost přivodit jakoukoli újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům.

5. Společenská nebezpečnost

Společenská nebezpečnost je materiálním znakem skutkové podstaty trestného činu. Aby se jednalo o trestný čin, musí být stupeň společenské nebezpečnosti vyšší než nepatrný. Jak stanovil Nejvyšší soud: „*Definice určená obchodním právem vymezuje pojem tohoto právního institutu z pohledu tohoto právního odvětví, dbaje jeho zásad a pravidel ... Skutková podstata trestného činu (formální znaky) určuje, kdy se jednání pachatele, jednajícího za splnění podmínek uvedených ve vztahu k nekalé soutěži obchodním právem, stává trestným činem, jestliže jeho nebezpečnost pro společnost (za situace, že se jedná o dospělého pachatele) dosahuje stupně vyššího než nepatrného (materiální znak trestného činu).*“ (6 Tdo 72/2003).

Trestný čin porušování závazných pravidel hospodářského styku

Tohoto trestného činu se dopustí ten, „*kdo v úmyslu opatřit sobě nebo jinému ve značném rozsahu neoprávněné výhody poruší závazným způsobem pravidla hospodářského styku stanovená obecně závazným právním předpisem....*“ Podle judikatury těmito závaznými pravidly mohou být též ustanovení §§ 45-52 ObchZ. (23/99).¹² Tato skutková podstata je tedy subsidiárním ustanovením ve vztahu k § 149 TrZ. Jak již je uvedeno výše, může se jednat např. o nekalou soutěž, kdy újma bude způsobena spotřebiteli.

Trestný čin poškozování spotřebitele

Ustanovení § 121 TrZ obsahuje dvě formy, které jsou samostatnými skutkovými podstatami. Dopustí se ho jednak ten, „*kdo na cizím majetku způsobí škodu nikoli nepatrnou tím, že poškozuje spotřebitele zejména tak, že je šidí na jakosti, množství nebo hmotnosti zboží*“ a jednak ten, „*kdo uvede ve větším rozsahu na trh výrobky, práce nebo služby a zatají přitom jejich podstatné vady*“.

Nás v souvislosti s klamavou reklamou zajímá jen druhá forma jednání – tedy uvádění vadných výrobků na trh. „*Uváděním na trh se rozumí také inzerce a reklama. Proto toto ustanovení chrání také poctivost reklamy.*“¹³ Samo uvádění vadných výrobků na trh není trestné, je však trestné zatajovat při tom podstatné vady těchto výrobků.

Za podstatné vady výrobků, prací nebo služeb „*je třeba považovat takové závažné vady, které mohou výrazněji ztěžovat jejich využití k obvyklému účelu. Zatajením podstatných vad je jakékoli jednání, které vede k tomu, že spotřebitel je uveden v omyl ohledně kvality vadného výrobku.*“¹⁴

¹² Jelínek, J., Sovák, Z.: Trestní zákon a trestní řád, Poznámkové vydání s judikaturou, Linde Praha, a.s., Praha, 2002, str. 140.

¹³ Tamtéž, str. 132.

¹⁴ Rubek, J.: Komentář k trestnímu zákonu, Hospodářské trestné činy - §127, ASPI.

ČÁST TŘETÍ

ZÁVĚR

ZÁVĚR

Je tomu již mnoho století, co si Simonides Athénský nechal vytesat nad dveře nápis: „*Já, Simonides Athénský, vykládám sny a léčím neduhy tělesné.*“¹ a učinil tak pravděpodobně první reklamu v dějinách lidstva. Od té doby prošla reklama dlouhým vývojem a dnes je pokládána dokonce i za jeden z druhů umění. Protože však také významným způsobem zasahuje do společenských vztahů a stává se tak předmětem zákonné úpravy.

Regulace reklamy je v současné době vystavěna na třech pilířích – soukromoprávním, veřejnoprávním a samoregulačním. Každý z těchto pilířů má jiný účel.

Úkolem soukromoprávního pilíře je stanovit podmínky pro využití reklamy na trhu. Reklama hraje velice významnou roli při „souboji“ konkurentů. Je to právě ona, která mnohdy rozhoduje o tom, kdo z podnikatelů bude u zákazníka úspěšnější. Má-li být však soutěž vedena fair play, musí být i reklama čestná a v souladu s dobrými mravy soutěže.

Klamavá reklama poškozuje jak ostatní soutěžitele, tak spotřebitele. V důsledku takové reklamy by totiž mohl na trhu vítězit ten, kdo by takového úspěchu nedosáhl při dodržení zákonných pravidel, namísto jiného, řádně postupujícího soutěžitele. Stejně tak mohl být dotčen spotřebitel, který se rozhodoval pod vlivem klamavé reklamy a mohl v důsledku toho zvolit výrobek, který není pro něj ten nejvýhodnější a který by byl býval nezvolil, kdyby se rozhodoval na základě pravdivých informací.

Veřejnoprávní pilíř stanovuje reklamě takové požadavky, aby byla v souladu s veřejným pořádkem, tedy aby nenabádala k diskriminaci, rasové nenávisti, nekazila mravní vývoj dětí, neurážela náboženské cítění, atp. Tato oblast se nachází pod dozorem státu.

Tyto dva právní pilíře doplňuje pilíř třetí, samoregulační. Ten obsahuje soubor etických norem, které na sebe dobrovolně převzaly subjekty reklamu uskutečňující, aby společně chránily její dobrou pověst. Tento pilíř proto nekonkuruje úpravě právní, ale doplňuje ji o etická pravidla, protože ne vše, co je v souladu s právem, je také etické...

Svou roli v oblasti reklamy hraje také právo trestní, které se svou zásadou subsidiarity trestní represe nastupuje až tehdy, když ostatní normy selhávají. Nejedná se však o čtvrtý

¹ Pelc, V.: *Hospodářská soutěž*, Grada Publishing, Praha, 1995, str. 85.

pilíř regulace reklamy, protože jeho cílem není stanovovat podmínky, za kterých je reklama možná, ale trestat společensky nebezpečná jednání, jejichž objektivní stránka se reklamy dotýká.

Základy práva klamavé reklamy v českém právu upravuje obchodní zákoník. Právo však zde má upravit jednání, které může mít velice rozličné podoby. Proto jak říká Prof. Petr Hajn: „*Zákony, které slouží k potírání nekalé soutěže, patří k značně abstraktním typům právních úprav, které musejí být dotvářeny rozhodovací praxí. Právo proti nekalé soutěži je do značné míry právem soudcovským. Významným zdrojem poznání o jednak přípustných a jednak nekalých soutěžních metodách je proto judikatura.*“²

Současná úprava navazuje na právo první republiky. Zákon proti nekalé soutěži z roku 1927 představoval úpravu velice kvalitní, na kterou navazovala bohatá a především kvalitní judikatura. Bohužel, vývoj po roce 1948 zasadil českému právu hlubokou ránu. Při obnově demokratického systému s tržním hospodářstvím byl právní řád první republiky velkou inspirací, avšak padesátileté období právního úpadku nelze překonat za pár let. Bude proto trvat ještě dlouho, než se u nás vytvoří takový stav právního vědomí, jaký je v moderních demokraciích, které mají za sebou dlouholetý kontinuální vývoj.

Od 1. května 2004, kdy se Česká republika stala členským státem Evropské unie, je součástí českého právního řádu také komunitární právo, tzv. *acquis communautaire*. Evropské společenství sdružuje státy různých právních kultur, a proto bývá někdy obtížné dospět ke shodě. Právo nekalé soutěže je otázkou velice citlivou, protože např. Velká Británie a Irsko takové právní odvětví vůbec neznají. Daná oblast je proto upravována především z hlediska ochrany spotřebitele.

Klamavou reklamu donedávna jako jednu z mála oblastí nekalé soutěže upravovala směrnice Rady 84/450/EHS o sblížení právních a správních předpisů členských států týkajících se klamavé reklamy, která byla v roce 1997 novelizována směrnicí Evropského parlamentu a Rady 97/55/ES, aby upravovala i reklamu srovnávací.

11. května 2005 byla přijata směrnice o nekalých obchodních praktikách 2005/29/ES, účinná od 12.6.2005. Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě se od té doby týká pouze reklamy mezi obchodníky, resp. chrání před klamavou a srovnávací reklamou pouze obchodníky, a oblast ochrany spotřebitele je upravena právě směrnicí 2005/29/ES. Směrnice o nekalých obchodních praktikách sice reguluje nekalou soutěž jen z hlediska spotřebitele, přesto je však její přijetí na poli Evropského parlamentu a Rady veliký úspěch

a její implementace silně ovlivní právní řády jednotlivých členských států a přispěje k vytvoření jednotného vnitřního trhu.

Oblasti reklamy se v komunitární právu dotýká i celá řada dalších směrnic a nařízení, ať už se jedná o směrnici o provozování televizního vysílání, o směrnici o reklamě na léčivé výrobky, atp.

Evropské právo je snad ještě více než kontinentální právní řády dotvářeno soudní praxí. Proto pochopení komunitárních předpisů a jejich působení společně s národním právem není možné bez studia judikatury Evropského soudního dvora. Předmětem jeho rozhodování není jen výklad směrnic a nařízení, ale také soulad národního práva s právem evropských společenství.

Cílem mé práce nebylo podat vyčerpávající výklad všech oblastí, kterých se reklama dotýká, ale na druhou stranu ani omezit se pouze na normy obchodního práva bez ohledu na regulaci v jiných právních odvětvích. Snažila jsem se vymezit roli klamavé reklamy jako skutkové podstaty nekalé soutěže v obchodním právu a naznačit souvislosti s dalšími právními odvětvími tak, aby vznikl ucelený obraz reklamy v českém právním řádu. Práce je doplněna příklady z judikatury a pro názornost uvádím i řadu příkladů ze současné reklamní praxe.

Co dodat na závěr? Snad obecnou myšlenku klasika moderní právní filozofie Bohuše Tomsy:

„Právo jest dílem specificky lidským a zdá se býti v dosahu ruky. Ale tomu, kdo blíže pozoruje, kdo se nespokojí s tím, aby ulpěl na jeho povrchu, objeví se za tím, co je na právu jisté, celá propast záhad, již třeba zaplniti.“³

² Motto z knihy: Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první. Praha, C.H.Beck, 2000 – cit. dle přílohy EMP č. 5/1999, Jurisprudence a právní praxe č. 5, str. 8.

³ Eliáš, K.: Co může být předmětem cese – Výklad § 524 občanského zákoníku, Pr. 97, 10-11: 910.

Seznam literatury

- Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo – I. díl, ASPI Publishing, s.r.o., Praha, 2001
- Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo – II. díl, ASPI Publishing, s.r.o., Praha, 2001
- Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl. 3. přepracované vydání, Linde Praha, a.s., 2003
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář, 8. vydání, C.H.Beck, Praha, 2003
- Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu České republiky do EU, Bova Polygon, Praha, 2004
- Munková, J.: Právo proti nekalé soutěži. Komentář, 2. vydání, C.H.Beck, Praha, 2001
- Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Vydání první. C.H.Beck, Praha, 2000
- Hajn, P.: Právo nekalé soutěže, AUB Iuridica 135, MU Brno, 1994
- Pelc, V.: Hospodářská soutěž, Grada Publishing, Praha, 1995
- Winter, F.: Reklama a právo, ORAC, Praha, 2001
- Hamman, L. – Drábek, J. – Buchtela, R.: Soutěžní právo československé, V. Linhart, Praha, 1938
- Knap, K.: Právo hospodářské soutěže, Orbis, Praha, 1973
- Emmerich, V.: Unlauterer Wettbewerb. 7. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2004
- Císařová, Z., Křesťanová, V.: Zákon o regulaci reklamy. Poznámkové vydání, Linde Praha, a.s., Praha, 2002
- Winterová, A. a kolektiv: Civilní právo procesní, Linde Praha, a.s., Praha, 2002
- Novotný, O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M.: Trestní právo hmotné. Obecná část, Aspi Publishing, s.r.o., Praha, 2003
- Jelínek, J.- Sovák, s.: Trestní zákon a trestní řád. Poznámkové vydání s judikaturou, Linde Praha, a.s., Praha, 2002
- Tichý, L.: Ochrana spotřebitele v soukromém právu, skripta rozeslaná posluchačům stejnojmenného výběrového předmětu, akademický rok 2003/2004
- DeFleur, M. L., Ballová-Rokeachová, S.J.: Teorie masové komunikace, Karolinum, Praha
- Čapek V., Pátek, J.: Světové dějiny I, FORTUNA, Praha, 1994
- Otto, J.: Ottův slovník naučný, Argo, Olomouc, 2000

- Jelínek, J. a kol: Ekonomická encyklopedie 2, Praha Svoboda, 1984
- Becker, R.: Urteile aus Wettbewerbsrecht, Werberecht und Urheberrecht, www.urteilsticker.de, 2.12.2005
- Čápková, H.: Potírání nekalé soutěže cestou předběžných opatření, Pr. 97, 8: 693
- ČTK, Eurotel musel kvůli nařízení soudu změnit reklamu, novyden.atlas.cz, 31.10.2005
- Hajn, P.: Nové skutečnosti v ochraně proti nekalé soutěži, Právní rádce, 2002, 2
- Hajn, P.: Jak interpretovat „dobré mravy soutěže“, PPP. 93, 3: 9
- Hajn, P.: Ke způsobilosti přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům, PPP. 93, 3: 9
- Hajn, P.: Smluvní pokuta ve věcech nekalé soutěže, DHK. 95, 20: B205
- Hajn, P.: Marketingové triky – přípustné nebo klamavé?, PRa. 98, 5: 11
- Hajn, P.: Ochrana spotřebitele proti klamavé reklamě (K rozhodovací praxi ESD), PrRo. 2004, 2: 72
- Hajn, P.: Civilněprávní nebo trestněprávní postih nekalé soutěže, DHK. 95, 18: B169
- Hajn, P.: K úpravě nekalé soutěže po „technické novele“ ObchZ, Bulletin advokacie, 2002, 5
- Havlín, M.: Historický vývoj nekalé soutěže, Pr. 96, 9: 822
- IHK, Irreführende Werbung – Ein Überblick über die relevantesten Fallgruppen, www.stuttgart.ihk.de, 2.12.2005
- Jedlička, S.: Nekalá soutěž jako trestný čin, PRa. 97, 6: 25
- Kulhánek, M.: Samoregulace reklamy v ČR, ObP. 98, 10: 15
- Kulhánek, M.: Reklama a dobré mravy soutěže, ObP. 98, 1: 12
- Kulhánek, M.: Reklama a osoby veřejně známé, PPP. 98, 3: 32
- Marek, K.: Poznámka k promlčení bezdůvodného obohacení v obchodněprávních vztazích, Bulletin advokacie, 2005, 10
- Ondřejová, D.: Humor v reklamě, Právo a podnikání, 2002, 6
- Pelikán, T.: Ochrana spotřebitele ve správním právu – regulace reklamy, ASPI, e.č. 15175
- SCADPlus, Unlautere Geschäftspraktiken, www.europa.eu.int
- Skála, K.: Nekalá soutěž . Způsobilost údaje oklamat a tím zjednat přednost při soutěži, 1927, ASPI, e.č. 81
- Skála, K.: Jednání nekalé soutěže v oboru nekalé reklamy, Nekalá soutěž C. 4. I. 1., 1927, ASPI
- Raus, D.: Spory o nekalou soutěž a aktivní legitimace, Právní rádce, 1998, 3
- Raus, D.: Spory o nekalou soutěž a pasivní legitimace, Právní rádce, 1998, 4

- Rouček, F.: Čsl. právo obchodní: Nekalá soutěž, ASPI, 1939
- Sparfeldová, S.: Nekalá soutěž v Německu, BA. 99, 1: 85
- Šmejkal, V.: Konec hejlů v Čechách?, www.ecin.cz, Ekonom, 10.3.2005
- Trube, C. M.: Das (neue) „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)“, www.jurpc.de, Web-Dok. 228/2004
- Večerková, E.: Aktivní legitimace ve sporech z nekalé soutěže po novele obchodního zákoníku, Obchodní právo, 2001, 8
- Vykopalová, J.: Reklama – velká neznámá?, Právo a podnikání, 2000, 4