

ČLÁNKY

Nad aktuální podobou práva proti nekalé soutěži (nejen) v občanském zákoníku

I. Úvod

Rekodifikace českého soukromého práva přinesla převratné změny v mnoha jeho oblastech. Naopak bychom se na první pohled mohli snadno nechat svést k závěru, že právo proti nekalé soutěži se jen s drobnými úpravami takřka kosmetického rázu přemístilo do občanského zákoníku, v němž svým systematickým zařazením především podtrhlo svůj odpovědnostní charakter. Tomuto soudu by nasvědčovalo i znění důvodové zprávy.¹⁾

I v této oblasti je však skutečný stav při bližším ohledání složitější a též nová právní úprava postihu nekalé soutěže si bezpochyby zaslouží bližšího zkoumání a úvahy o tom, jaké změny nový občanský zákoník přinesl nebo přinést mohl. Mnohé již na toto téma bylo publikováno.²⁾

II. Občanský zákoník versus zvláštní zákon

Aktuální úprava nekalé soutěže v mnohém navazuje na prvo republikový zákon č. 111/1927 Sb. z. a n., proti nekalé soutěži (dále též „ZPNS“), který však kromě soukromoprávních deliktů obsahoval i nekalosoutěžní delikty správní a trestní a dílčí ustanov-

vení procesněprávní povahy. Není proto divu, že se opakovaně objevuje myšlenka vyčlenění postihu nekalé soutěže do zvláštního zákona (zejména v textech I. Pelikánové³⁾).

Tato směrnice byla v r. 2008 implementována do zákona o ochraně spotřebitele (zákon č. 634/1992 Sb.; dále též jen „OchSpotř“), který sice již předtím obsahoval například povinnost postupovat v souladu s dobrými mravy či zákaz klamání spotřebitele, nově však též nabízí vskutku ucelený soubor pravidel vymezujících zakázané soutěžní jednání, postavený na obdobné konstrukci jako soukromoprávní regulace (generální klauzule a zvláštní skutkové podstaty). Zákon o ochraně spotřebitele tak nově představuje vedle tradiční úpravy plnohodnotný instrument postihu nepoctivé soutěže. Navzdory odlišnému primárnímu účelu (obecná ochrana jiných soutěžitelů a zákazníků versus zvláštní ochrana spotřebitelů) a konkrétním nástrojem postihu (režim soukromoprávní versus veřejnoprávní) je namístě vykládat obě skupiny pravidel souladně a v zásadě vtyčovat shodnou hranici mezi poctivou a nekalou soutěží bez ohledu na aplikovanou úpravu.

Nelze však přehlížet, že model samostatného předpisu by v jednotlivostech přinášel řešení nestandardní z pohledu aktuální legislativy. Společná úprava soukromoprávních a správních deliktů není v českém právním řádu jevem typickým, spíše ojedině-

* Autor je odborným asistentem na katedře obchodního práva PF UK. Tento článek byl zpracován v rámci projektu PRVOUK P05 Soukromé právo pro XXI. století.

¹⁾ Důvodová zpráva jen stručně zmiňuje recepci dosavadních skutkových podstat (s výjimkou úprav klamavé a srovnávací reklamy), obhájuje ponechání podstaty ohrožení zdraví nebo životního prostředí a zdůvodňuje začlenění nové podstaty dotěrného obtěžování. *Eliš, K. a kol.* Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem. Ostrava: Sagit, 2012, s. 1053.

²⁾ Jmenujme například *Ondřejová, D.* Nekalá soutěž podle nového občanského zákoníku. *Obchodněprávní revue*, 2013, č. 7–8, s. 207 a násl.; *Hajn, P.* Nekalá soutěž a některá obecná ustanovení nového občanského zákoníku. *Obchodněprávní revue*, 2014, č. 4, s. 97 a násl.; *Ondřejová, D.* Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. *Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014; samozřejmě též další průběžně vycházející komentáře vykládající příslušná ustanovení občanského zákoníku.

³⁾ *Pelikánová, I.* Komentář k obchodnímu zákoníku (s přihlédnutím k evropskému právu). 1. díl (§ 1–55). 4. vydání. Praha: ASPI, 2004, s. 598 a 599; *Pelikánová, I.* Obchodní právo. 5. díl. Odpovědnost (s přihlédnutím k návrhu nového občanského zákoníku). Praha: C. H. Beck, 2012, s. 94. Dokonce i v komentáři k novému občanskému zákoníku I. Pelikánová (spolu s R. Pelikánem) kritizuje úzký soukromoprávní pohled na postih nekalé soutěže, z něhož *implicitně* plyne závěr o vhodnosti komplexní úpravy ve stylu zákona proti nekalé soutěži. In *Švestka, J., Dvořák, J., Fiala, J. a kol.* Občanský zákoník. *Komentář*. Svazek I. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. L a LI.

lým.⁴⁾ Při začlenění skutkové podstaty trestného činu (nebo činů) by bylo nutné vypořádat se s § 12 trestního zákoníku (dále jen „TrZ“), podle něhož jen trestní zákon vymezuje trestné činy a stanoví trestní

[REDAKCE]

[REDAKCE] nekalosoutěžního zákona další z trestních zákonů. Nesystematičnost takové úpravy je však zjevná, poslední případ oddělené úpravy skutkové podstaty trestného činu (proti míru) z našeho právního řádu zmizel v r. 2009 právě s účinností současného trestního zákoníku. Také český civilní proces tenduje k absorpci dílčích procesních norem z jiných předpisů⁵⁾ – klasickým příkladem budiž právě přesun zvláštní úpravy překážky litispendence, překážky věci rozhodnuté, vyloučení veřejnosti ze soudního jednání a přiznání práva uveřejnit rozhodnutí na náklady žalovaného z obchodního zákoníku⁶⁾ do občanského soudního řádu⁷⁾ s účinností od r. 2003.⁸⁾

Vyčlenění nekalé soutěže z občanského zákoníku by kolidovalo se snahou jeho tvůrců učinit z něj plnohodnotný kodex soukromého práva. [REDAKCE]

[REDAKCE] Protože se změny nekalosoutěžní úpravy při rekonstrukci omezily na dílčí zásahy mnohdy formulační povahy bez vyšších ambic reformovat či inovovat, lze přijmout zvolené řešení odpovídající nové tradici. Pokud by však tehdy či někdy v budoucnu zvítězila ambice jednotně upravit nekalosoutěžní základ⁹⁾ právní regulace soutěžního chování, ideální platformou by se stal právě zvláštní zákon. Jsem toho názoru, že v tom případě by se mohlo jednat o zdařilejší implementaci směrnice o nekalých obchodních praktikách založené na generálních klauzulích vystihujících nekalé, klamavé a agresivní praktiky a na obligatorní černé listině zakázaných praktik. Směrnicí o nekalých obchodních praktikách nedotčenou oblast nekalých (zejména agresivních) praktik vůči jiným soutěžitelům lze konstruovat po vzoru dosavadní soukromoprávní regulace. Přesto se domnívám, že i tak by se tato komplexní úprava měla omezovat pouze na soukromoprávní a správní postih s tím, že trestní postih by byl nadále

řešen trestním zákoníkem a případné zvláštnosti soudního řízení by zůstaly součástí civilního kodexu.

[REDAKCE]

Nezřetelnou (a důvodovou zprávou nepřiznanou) předností nové úpravy je, že po mnoha letech práce na návrhu občanského zákoníku, při níž se vycházelo z tehdejší úpravy nekalé soutěže, do něj tato úprava přechází očištěna od neblahé novely č. 152/2010 Sb. účinné od července 2010, přijaté k postihu tzv. katalogových podvodů (dále v textu označovaná jako „katalogová novela“). Katalogová novela byla navržena a prosazena zřejmě s dobrým úmyslem. V jednotlivostech však byla místy zbytečná,¹¹⁾ místy kasuistická,¹²⁾ místy nepřiměřená¹³⁾ a místy v rozporu s mezinárodními závazky České republiky,¹⁴⁾ celkově tedy špatná.¹⁵⁾

4) Soukromoprávní a současně správní postih obsahuje též atomový zákon (zákon č. 18/1997 Sb., o mírovém využívání jaderné energie a ionizujícího záření, upravující občanskoprávní odpovědnost za jaderné škody v § 32 a násl. a správní postih v § 41 a 42) nebo zákon o myslivosti (zákon č. 449/2001 Sb., upravující odpovědnost za škodu způsobenou užíváním honitby, zvěří a na zvěři v § 52 a násl. a správní postih v § 63 a násl.).

5) Tato tendence je doprovázena i opačným jevem v případě rozsáhlejších částí procesního práva – srov. úpravu (soukromé) soudní exekuce nebo zvláštních druhů soudního řízení (včetně rejstříkového řízení upraveného primárně v rejstříkovém zákoně).

6) Ustanovení § 54 odst. 3 a § 55 ObchZ.

7) Ustanovení § 83 odst. 2 písm. a) OSŘ (překážka litispendence), § 116 odst. 2 OSŘ (výjimka z veřejnosti soudního jednání), § 155 odst. 4 OSŘ (právo zveřejnit rozsudek na náklady žalovaného) a § 159a odst. 2 OSŘ s odkazem právě na § 83 odst. 2 písm. a) OSŘ (překážka věci rozhodnuté).

8) Zákonem č. 151/2002 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím soudního řádu správního.

9) Nadále budou existovat dílčí úpravy soutěžních deliktů typu zákona o regulaci reklamy či zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání.

10) „Bylo by vhodnější jiné začlenění ustanovení o nekalé soutěži. Nekalá soutěž je deliktem, který má za následek nejenom vznik práva na náhradu škody, ale také veřejnoprávní sankce, jež nemají povahu závazků, a rovněž právo na zákaz takového jednání a právo požadovat odstranění závadného stavu (srov. § 2849 osnovy). Jedná se o ohrožovací delikt. Nekalá soutěž začleněná do rámce odpovědnosti za škodu je cizorodým prvkem. Vedle toho bude česká úprava i nadále trpět absencí veřejnoprávního prvku, protože trestní ustanovení v trestním zákoníku neumožňuje postihnout méně závažné delikty cestou správní sankce. Výhodu komplexního pohledu měl zákon proti nekalé soutěži z roku 1927. Puristické argumenty, že taková veřejnoprávní norma nemůže být součástí soukromoprávního kodexu, je třeba rezolutně odmítnout.“ *Peláková, I. Obchodní právo. 5. díl. Odpovědnost (s přihlédnutím k návrhu nového občanského zákoníku)*. Praha : C. H. Beck, 2012, s. 94.

11) Doplnění znaku jednání v hospodářské soutěži o alternativu jednání v hospodářském styku.

12) Viz doplnění skutkové podstaty klamavého označení zboží a služeb.

13) Zakotvení neplatnosti smlouvy nebo její části „od počátku“ pro případ porušení zákazu nekalé soutěže při jejím uzavření.

14) Podle § 43 odst. 2 ObchZ se česká osoba mohla domáhat ochrany před nekalou soutěží (rozuměj především katalogovými podvodny) u českých soudů i v případě uzavřené dohody o příslušnosti soudu jiného státu nebo o mimosoudním řešení sporu. V praxi skutečně těchto jinak přípustných ujednání bylo a je zneužíváno k limitaci či faktickému vyloučení obrany dotčeného subjektu. Předestřené řešení však kromě zvýhodnění českých subjektů oproti osobám z jiných států Evropského hospodářského prostoru, resp. unie založené Pařížskou unijní úmluvou koliduje se závazky ČR plynoucími z Luganské úmluvy o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech a Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů a neobstojí ve střetu s evropským nařízením č. 1215/2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech.

15) V dubnu 2013 předložili poslanci Věci veřejných návrh novely občanského zákoníku, kterým by se některé části katalogové novely promítly do nové úpravy nekalé soutěže (sněmovní tisk 1007, Poslanecká sněmovna, 6. volební období, 2010–2013). Návrh nepřešel prázdnou 1. čtení a jeho projednávání ukončily volby do Poslanecké sněmovny v říjnu 2013.

III. Generální klauzule nekalé soutěže

Vymezení nekalé soutěže v novém občanském zákoníku (§ 2976 odst. 1 ObčZ) vychází z úpravy obchodního zákoníku (§ 44 odst. 1 ObchZ), ačkoliv po vzoru § 1 ZPNS volí více „deliktní“ formulaci. I po 1. 1. 2014 přitom budou muset být naplněny

[redacted]

1. Jednání v hospodářském styku

První podmínkou vyjadřující souvislost této právní regulace s hospodářskou soutěží je požadavek, aby bylo rušitelem jednáno v hospodářském styku. Poslední účinné znění obchodního zákoníku po katalogové novele hovořilo o jednání v hospodářské soutěži nebo

[redacted]

novela nepřinesla žádnou reálnou změnu).¹⁶⁾ Judikatura se totiž při posuzování prvku jednání v hospodářské soutěži neupínala ke zkoumání existence přímého konkurenčního vztahu mezi žalujícím a žalovaným. Jednání v hospodářské soutěži extenzivně vykládá jako koncept zahrnující širokou škálu činností¹⁷⁾ tak, že jednáním v hospodářské soutěži (a dnes v hospodářském styku) bude i oslovování podnikatelů z jiných oborů „katalogovými podvodníky“ nebo jednání parazitní, při němž soutěžitel zneužije proslulých atributů jiného v situa-

¹⁶⁾ Shodně Macek, J. in Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. Obchodní zákoník. Komentář. 13. vydání. Praha : C. H. Beck, 2010, s. 172.

¹⁷⁾ Například rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 5. 2010, sp. zn. 23 Cdo 1345/2009, hojně citovaný, který vychází ze závěrů doktríny: „Při právním posouzení věci odvolací soud neúplně a nesprávně vzal v úvahu a zhodnotil všechny rozhodné okolnosti, vyplývající ze zjištěného skutkového stavu, a posoudil tak neúplně a nesprávně předpoklady pro právní závěr, že mezi žalobci a žalovanými neexistuje soutěžní vztah (není splněna první podmínka generální klauzule nekalé soutěže). Nevzal v úvahu ani další související otázky, které jsou při rozboru uvedené podmínky generální klauzule nutné a jsou mimo jiné uváděny i v odborné literatuře (blíže viz např. Pelikánová I. Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. § 1–55. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha : Linde Praha, 2003, s. 418–421) – zda se chování soutěžitele týká jeho soutěžní činnosti a spadá do rámce této činnosti. Pojem jednání v hospodářské soutěži není vymezen pomocí vztahu ke konkrétní osobě. Je proto rozhodující povaha chování, jeho souvislosti, nikoliv otázka, zda jde o jednání v konkrétním vztahu k druhému soutěžiteli. Takovým jednáním je tedy i prodej zboží spotřebiteli, propagace výrobků apod. Jednáním v soutěži však může být i chování spočívající v úpravě interiéru provozovny, v úpravě jejího okolí, v jednání s odběrateli a dodavateli, ba dokonce i v jednání s úřady (když např. podnikatel bude zlehčovat jiného soutěžitele). Soutěžením se totiž v praxi odehrává tak, že soutěžitel uskutečňuje svoji činnost v nejrůznějších právních i neprávních vztazích, ale jeho chování nepřímou ovlivňuje úspěšnost či neúspěšnost ostatních soutěžitelů, a to buď způsobem, který není protiprávní, anebo který je v rozporu s právem.“

ci, kdy nedochází ke střetu nabídek jejich produktů (nelze je označit za konkurenční).¹⁸⁾

[redacted]

2. Rozpor s dobrými mravy soutěže

Zákonná dikce v tomto směru nedoznala žádných změn (na rozdíl od německého práva, které v roce 2004 vypustilo jako znak nekalé soutěže „rozpor s dobrými mravy“ a nahradilo jej znakem „nekalosti“). Ačkoliv je právě posouzení existence tohoto znaku prubířským kamenem téměř každé nekalosoutěžní kauzy, občanský zákoník v tomto směru žádnou změnu nepřináší.

Z oblastí obchodního práva byla nekalá soutěž asi jedinou, u níž doktrína a judikatura od 90. let minulého století (i díky výrazné inspiraci, kterou tvůrci příslušné části obchodního zákoníku našli v zákoně proti nekalé soutěži) významně čerpa z předválečné doktríny a judikatury (zejména rozhodovací praxe Nejvyššího soudu ČSR let třicátých).

[redacted]

ti první republiky jsou dnes již passé. Typickým soutěžitelem není samo-

¹⁸⁾ Z aktuální praxe viz například kauzu soutěžitele prodávajícího energetické nápoje pod označením Duracell v plechovce imitující podobu těchto známých baterií, ačkoliv k tomu neměl žádné oprávnění (usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. 10. 2013, sp. zn. 23 Cdo 2662/2012). Energetické nápoje a baterie rozhodně nejsou substituovatelnými výrobky, přesto soudy přes námitky žalované jednoznačně dovozovaly existenci znaku (tehdy) jednání v hospodářské soutěži.

¹⁹⁾ Pelikánová, I., op. cit. sub 10, s. 221.

²⁰⁾ Samozřejmě existují judikované případy, v nichž soudy nedovodily existenci soutěžně orientovaného jednání. Tento závěr však neplnul z nepřiměřené limitace prvního znaku generální klauzule na existenci soutěžního (konkurenčního) vztahu. Klasickým příkladem je chování nemocnice (viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006), která předávala pozůstalým informaci o tom, jaké záležitosti je v souvislosti s úmrtím hospitalizované osoby třeba zařídít (včetně uvedení konkrétních pohřebních služeb) – takové jednání nebylo bez dalšího jednáním v hospodářské soutěži, jež by opravňovalo další pohřební službu k uplatnění nekalosoutěžních nároků vůči nemocnici (absence nekalé soutěže byla navíc dovozena i na základě jiných závěrů).

²¹⁾ Pelikánová, I., op. cit. sub 10, s. 222.

statně podnikající osoba (tzv. živnostník), která na svou odpovědnost provozuje podnikatelskou činnost a jejíž úspěch stojí a padá s dobrou pověstí, již se těší u svých zákazníků z blízkého okolí.²²⁾

[REDAKCE]

[REDAKCE] tímto průměrným spotřebitelem bychom totiž mnohdy museli přehodnotit dřívější soudní verdikty deklarující nekalosoutěžnost určitého jednání.²³⁾

3. Způsobilost přivodit újmu

Formulace tohoto znaku generální klauzule odpovídá úpravě předchozího obchodního zákoníku ve znění katalogové novely s jistým zjednodušením, když kromě jiných soutěžitelů jsou jako dotčené osoby uvedeni zákazníci (dříve: spotřebitelé a další zákazníci). V tomto případě katalogová novela předjímala formulační posun zřejmý z dosavadních prací na novém občanském zákoníku. Zároveň katalogová novela doplněním širšího pojmu zákazník „neutralizovala“ tehdejší zúžení pojmu spotřebitele pouze na fyzické osoby²⁴⁾ a učinila relevantním újmu jakéhokoliv adresáta jednání bez ohledu na případný podnikatelský charakter jeho chování.

Na rozdíl od tendencí evropských či německých nebyla využita možnost implementovat do generální klauzule zásadu *de minimis* typ [REDAKCE]

[REDAKCE]

[REDAKCE] praktika, která *podstatně* narušuje nebo je schopná *podstatně* narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele. Obdobně podle čl. 8 je agresivní obchodní praktikou ta, která *výrazně* zhoršuje nebo může *výrazně* zhoršit svobodnou volbu nebo chování průměrného spotřebitele.

²²⁾ Stesk spotřebitelské veřejnosti po těchto podnikatelích jdoucích se „svým jménem na trh“ se pokoušejí zažehnat soutěžitelé užíváním značek navozujících tuto prvorepublikovou atmosféru (srov. například privátní značku Vocilka s obrázkem řezníka užívanou společností Billa pro maso a uzeniny) nebo prodejem části produkce na farmářských trzích. Je třeba podotknout, že ani jeden z uvedených postupů nelze *a priori* považovat za nekalosoutěžní.

²³⁾ Například podle rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 23. 10. 2008, sp. zn. 32 Cdo 4661/2007, je dnes třeba posuzovat míru pozornosti průměrného spotřebitele přísněji než dříve.

²⁴⁾ Zúžení bylo provedeno novelou občanského zákoníku (zákonem č. 155/2010 Sb., kterým se mění některé zákony ke zkvalitnění jejich aplikace a ke snížení administrativní zátěže podnikatelů) účinnou od srpna 2010, tj. o měsíc později než právě katalogová novela.

Těž německý zákon proti nekalé soutěži od r. 2004 považoval za nekalou soutěž jednání, které je schopné soutěž poškodit *nikoliv jen nepodstatně* a od r. 2008 jí je jednání schopné *citelně* poškodit zájmy účastníků soutěže.

[REDAKCE]

IV. Zákonné skutkové podstaty

Hranici poctivé a nekalé soutěže vytyčuje generální klauzule.²⁵⁾ I do budoucna proto budou zvláštní skutkové podstaty především vzkazem zákonodárce praxi ohledně toho, jaké rysy a důsledky soutěžního chování typicky pokládá za rozporné s dobrými mravy. Tím pochopitelně usnadňují výklad práva a vymáhání nekalosoutěžních nároků. Další právní relevance pak nabývají v souvislosti s procesními zvýhodněními spotřebitelů u některých nekalosoutěžních podstat a v případě trestní odpovědnosti, která se s ohledem na zvýšené požadavky právní jistoty upíná pouze k činům naplňujícím některou ze zvláštních skutkových podstat.

²⁵⁾ Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 128.

²⁶⁾ Rozsudkem ze dne 29. 4. 2008, sp. zn. 32 Cdo 139/2008.

²⁷⁾ Nálezem ze dne 11. 9. 2009, sp. zn. IV. ÚS 27/09.

²⁸⁾ Rozsudek ze dne 25. 4. 2013, sp. zn. 23 Cdo 582/2011, sice přebírá některé závěry z předmětného rozhodnutí, zaměřuje se však spíše na výklad pojmu způsobilosti (jeho vyžadované intenzity). Stran rozsahu újmy z výše citované pasáže přejímá pouze část věty první před středníkem („Zákon nijak neurčuje rozsah újmy, která musí z určitého jednání alespoň hrozit, aby takové jednání mohlo být posouzeno jako nekalosoutěžní...“), čímž vlastně opouští navazující argumentaci svědčící zásadě *de minimis*.

²⁹⁾ Viz například rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 3. 2013, sp. zn. 23 Cdo 1757/2012: „Při posuzování konkrétních jednání jako jednání nekalé soutěže je vždy nutné dodržovat stanovený postup (podle ustálené judikatury) – v první řadě se soud musí detailně zabývat otázkou naplnění základních podmínek nekalé soutěže (podle generální klauzule – § 44 odst. 1 ObchZ), až následně, lze-li určité jednání považovat podle generální klauzule za nekalosoutěžní, zkoumáním podmínek zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže (pojmenované skutkové podstaty upravené v § 45 až 52 ObchZ).“

1. Klamavá reklama

Postih nekalé soutěže upravuje Pařížská unijní úmluva³⁰⁾ od své bruselské revize z r. 1900. Její tři demonstrativní skutkové podstaty odpovídající českým podstatám vyvolání nebezpečí záměny, zlehčování a klamavé reklamy³¹⁾ byly pak vloženy do čl. 10bis odst. 3 při dalších revizích úmluvy.³²⁾

[REDAKCE]

Lze konstatovat, že dřívější úprava byla mnohomluvná po vzoru prvorepublikovém,³⁶⁾ ta stávající je mnohomluvná po vzoru evropském. Jejich konkrétní význam pro výklad a aplikaci na jednotlivé případy (alespoň domněle) klamavých reklam však byl a bude mizivý. To, co rozhodovalo a bude rozhodovat konkrétní kauzy, bude otázka naplnění všech tří znaků generální klauzule a výsledek testu průměrného spotřebitele. Navzdory kacířskému vyznění výše uvedeného je nesporným faktem, že porevoluční judikatura k nekalé soutěži nenabízí případ, jenž by byl rozhodnut právě na základě samotné definice klamavé reklamy

³⁰⁾ Vyhláška č. 64/1975 Sb.

³¹⁾ Díkce úmluvy je poněkud obecnější („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“) a zahrnuje v podstatě i naše klamavé označení zboží a služeb.

³²⁾ V Londýně r. 1934 a v Lisabonu r. 1958 (*de Vrey, R. Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families*. Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 13).

³³⁾ Článek 2 písm. a) (definice reklamy) a písm. b) (definice klamavé reklamy) a článek 3 (kritéria posouzení klamavosti) kodifikované podoby směrnice (2006/114/ES).

³⁴⁾ Eurokonformnost předchozí úpravy v obchodním zákoníku nebyla doktrínou zpochybňována. Obecné formulace ve směrnici i v české úpravě nezakládaly přímé rozpory a ponechávaly dostatek prostoru pro výklad respektující evropskou směrnici a judikaturu.

³⁵⁾ Znění § 7b RekReg účinné od 1. 6. 2002 do 11. 2. 2008.

³⁶⁾ Srov. zejména § 2 odst. 2 a 3 ZPNP.

v obchodním zákoníku, a ani nová úprava v tomto směru změnu nepřinese. Staré i nové úpravě však nelze upřít jistou didaktičnost, kterou mohou ocenit adresáti z řad soutěžitelů či zákazníků.

2. Vyvolání nebezpečí záměny

Ustanovení § 2981 ObčZ se zdá být téměř doslovným převzetím úpravy skutkové podstaty vyvolání nebezpečí záměny v § 47 ObchZ. Konkrétní změny pak jsou důsledkem nové terminologie soukromého práva (podnik vs. závod nebo jméno osoby jako zastřešující kategorie zahrnující i obchodní firmu³⁷⁾). Obecně deklarovaný odpor autorů rekodifikačních návrhů k dlouhým ustanovením a odstavcům³⁸⁾ však vedl k rozdělení úpravy do tří odstavců.

[REDAKCE] zásah do formálně chráněného označení, b) zásah do příznačného (materiálně chráněného) označení a c) imitaci produktu.

Rozdělení však bylo provedeno mechanicky. Po jednotlivých subpodstatách uvedených pod písmeny a) až c) následoval v obchodním zákoníku text vztahující se ke všem třem podobám vyvolání nebezpečí záměny. V novém občanském zákoníku však rozdělení do odstavců propojilo tuto obecnou úpravu pouze s třetím odstavcem vymezujícím otrocká napodobení a další formy imitace.³⁹⁾

Konkrétně jde o požadavek, aby za vyvolání nebezpečí záměny byla vymezená jednání považována, pokud „jsou tato jednání způsobila vyvolat nebezpečí záměny nebo klamnou představu o spojení se soutěžitelem, [REDAKCE]

[REDAKCE] o klamavost co do osoby, o jejíž produkty v dané věci jde.

Především ale dochází k nezamyšlenému zúžení skutkové podstaty. Navzdory svému pojmenování totiž nebývá jen proti případům, kdy si průměrný spotřebitel mylně ztotožní jednoho soutěžitele s jiným. Obchodní zákoník jednoznačně ve všech třech případech reproboval i takové jednání, které u průměrného spotřebitele vyvolalo „pouze“ klamnou domněnku o propojení jednoho soutěžitele s jiným. Přitom tato na první pohled méně závažná jednání jsou v praxi mnohem nebezpečnější, protože průměrný spotřebitel bude jen obtížně přesvědčen obvykle nevýznamným soutěžitelem, že je jiným, renomovaným soutěžitelem. Vzbudit zdání, že takový nevýznamný soutěžitel je například obchodním partnerem nebo členem koncernu renomovaného soutěžitele, už přeci jen bude snažit a lesk dobré pověsti se i tak v signifikantní míře může odrazit též na postoji spotřebitele vůči jednajícimu soutěžiteli a jeho produktům.

Není mi známo, že by zákonodárce zamýšlel jakékoliv změny v této části nekalosoutěžní úpravy. Tato vada recepce je jistě vhodným námětem v případě úvah o technické novele. Zároveň však

³⁷⁾ Ustanovení § 132 odst. 1 a § 423 odst. 1 ObčZ.

³⁸⁾ Eliáš, K. a kol., op. cit. sub 1, s. 51.

³⁹⁾ K této vadě a jejím důsledkům viz též komentář Ondřejová, D., op. cit. sub 2, s. 159–168.

soudím, že tento lapsus nikterak neposunul hranice mezi soutěžním jednáním dovoleným a nedovoleným. I kdyby se soudy (v oblasti nekalé soutěže překvapivě) striktně držely dikce zákona, je zřejmé, že působení generální klauzule a případně dalších zvláštních skutkových podstat (klamavé reklamy, klamavého označení zboží a služeb nebo především parazitování na pověsti) povede k verdiktu souladnému s vůlí zákonodárce dříve vyjádřenou v § 47 ObchZ.

3. Zlehčování

Oproti předchozí skutkové podstatě nalézáme v úpravě zlehčování v § 50 ObchZ a § 2984 ObčZ naprostou shodu. Bohužel tím byla promarněna jedinečná příležitost k nápravě naprosto nevyhovující regulace soutěžního chování spočívajícího v hodnocení jiných soutěžitelů. Kritiku § 50 ObchZ a jeho doktrinálního a judikatorního výkladu lze shrnout do následujících výtek.⁴⁰⁾

Předmětem úpravy je sdělování údajů o jiných soutěžitelích, které jsou způsobilé přivodit těmto soutěžitelům újmu. Oba zákoníky rozlišují, zda jsou tyto závadné⁴¹⁾ údaje pravdivé, anebo nepravdivé. Podle prvního odstavce se jednání, jímž soutěžitel závadný údaj, který je *nepravdivý*, „*uvede nebo rozšiřuje*“, považuje za zlehčování. A tedy jde podle § 2976 odst. 1 *in fine* a odst. 2 písm. f) ObčZ o zakázané nekalosoutěžní jednání. Odstavec druhý za zlehčování navíc („*[Z]lehčováním je i*“) prohlašuje též jednání spočívající ve sdělení pravdivých závadných údajů. V tomto případě volí kumulativní dikci „*uvedení a rozšiřování pravdivého údaje*“.

V případě nepravdivého údaje má být reprobováno jakékoliv jednání (uvedení i rozšiřování). V případě pravdivého údaje jen takové chování soutěžitele, které naplňuje jak znak uvedení, tak i rozšiřování údaje. Doktrína⁴²⁾ při výkladu často jen setrvává na tomto odlišení obou konstrukcí (alternativní versus kumulativní). Někdy se autoři⁴³⁾ pokoušejí o bližší odlišení obou pojmů (uvedení a rozšiřování), nenabízejí však jasné vymezení případů dovoleného sdělování pravdivých závadných údajů. Čistě jazykový pohled nabízí různá odlišení. Například uvedení je akt jednorázový, zatímco rozšiřování opakovaný. Nebo uvedení je prvotní sdělení, rozšiřování je jeho opakování dalšími osobami. Nebo uvedení je sdělení pouze formou individuální komunikace, rozšiřování využívá prostředků komunikace s více osobami. S ohledem na smysl úpravy a odlišnou konstrukci pro pravdivé a nepravdivé údaje však nutno všechny nabídnuté výklady vyloučit na základě argumentu *reductio ad absurdum*, neboť žádný z nich nepodává smysluplné odlišení postihu sdělování pravdivých a nepravdivých závadných údajů.

Judikatura dokonce ani nepřistoupila na tuto hru se slovy a zakazuje ve výsledku jakékoliv uvedení nebo rozšiřování údajů – bez ohledu na jejich pravdivost či nepravdivost. Velmi restriktivně se staví i k výjimce ze zákazu zlehčování pravdivými údaji („*Nekalou soutěží však není, byl-li soutěžitel k takovému jednání okolnostmi donucen [oprávněná obrana].*“), když podmiňuje přípustnost takového jednání požadavkem subsidiarity.⁴⁴⁾ Tedy akceptuje (přesněji: akceptovala by) tuto oprávněnou obranu tehdy, jestliže soutěžitel neměl jinou možnost obrany proti oněm okolnostem. Jiná možnost obrany je spatřována v podání soudní žaloby nebo podnětu adresovaného orgánu veřejné moci kompetentnímu ke správnému postihu, což je však možné asi ve všech představitelných situacích. Například na zostouzení ze strany jiného soutěžitele při společném (neúspěšném) provádění veřejné zakázky lze vždy reagovat žalobou pro zlehčování a na zjištění o podvodných praktikách konkurence vůči zákazníkům lze vždy reagovat podnětem k České obchodní inspekci či jinému příslušnému orgánu. Uplatněním požadavku subsidiarity vyloučíme možnost reakce v podobě zveřejnění zprávy objektivně popisující vady práce druhého soutěžitele na veřejné zakázce nebo možnost zveřejnění varování spotřebitelům na vlastních webových stránkách v případě, že je praktika konkurenta doložitelná a zjevně protiprávní.

Na základě obtížně interpretovatelné zákonné úpravy tedy materiálně platí (je soudy dovozován a vynucován) na našem území zákaz zlehčování závadnými údaji bez ohledu na jejich pravdivost. Jediná výjimka je akceptována v případě, že toto sdělení má podobu přípustné srovnávací reklamy. I zde však nová dikce § 2980 odst. 2 písm. e) ObčZ otevřela prostor pro další expanzi soudní restrikce projevu soutěžitelů (viz dále).

Výše nastíněná podoba limitace projevu soutěžitelů na adresu ostatních je vadná a měla by doznat zásadních změn směrem k otevření prostoru pro hodnocení jiných soutěžitelů a jejich produktů. Vhodným inspiračním zdrojem přitom může být prvorepubliková úprava. Při nahlédnutí do § 10 ZPNS⁴⁵⁾ je zřejmé, že porevoluční úprava je její zkrácenou a velmi nezdařilou nápodobou. V případě pravdivého zlehčování byla tehdy připuštěna obrana důkazem pravdivosti. Pokud žalovaný prokázal pravdivost závadných údajů, soud nekalosoutěžní nároky nepřiznal. Důkaz pravdy jako obrana však nebyl přípustný, jestliže si byl žalovaný vědom toho, že podnik žalobce jimi může být vážně ohrožen, a zároveň k tomuto zlehčování nebyl nucen nějakou zvláštní okol-

⁴⁰⁾ Jednotlivé body kritiky byly rozvedeny v mém článku *Patěk, D.* Nad zákazem pravdivého zlehčování. *Obchodní právo*, 2010, č. 7, s. 2 a násl. Vzhledem ke konstantnosti úpravy i judikatury lze na závěrech tam uvedených setrvat i za nově účinné úpravy.

⁴¹⁾ Závadností tak, jak je v textu dále užívána, označují způsobilost údaje přivodit újmu soutěžiteli, jehož se týká – nikoliv přímo jeho protiprávnost.

⁴²⁾ Viz *Munková, J.* Právo proti nekalé soutěži. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 87–88; *Pelikánová, I.*, op. cit. sub 10, s. 230; *Hajný, P.* in *Bejček, J., Hajný, P., Pokorný, J. a kol.* *Obchodní právo. Obecná část. Soutěžní právo.* Praha: C. H. Beck, 2014, s. 233.

⁴³⁾ *Eliáš, K.* in *Eliáš, K., Bejček, J., Hajný, P., Ježek, J. a kol.* *Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo.* 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 337; nebo *Ondřejová, D.*, op. cit. sub 2, s. 202 a 205.

⁴⁴⁾ Například rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 26. 1. 1999, sp. zn. 3 Cmo 327/97 (in *Macek, J.* *Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže.* Praha: C. H. Beck, 2000, s. 220 a násl.) nebo rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 1. 2003, sp. zn. 29 Odo 8/2001.

⁴⁵⁾ Ustanovení § 10 ZPNS:

(1) *Kdo za účelem soutěže učiní nebo rozšiřuje o poměrech podniku údaje (§ 2, odst. 2) způsobilé poškodit podnik, může být, pokud nedokáže jejich pravdivost, žalován, aby se zdržel těchto údajů i jejich rozšiřování, odstranil stav a nabradil škodu z toho vzniklou. Též může být žalován, aby na své útraty v jednom nebo v několika časopisech, jež soud určí, uveřejnil odvolání zlehčení.*

(2) *Stejným způsobem může být nastupováno proti tomu, kdo za účelem soutěže, nejsa zvláštní okolností nucen, učiní údaje pravdivé u vědomí, že mohou podnik ve značné míře ohrozit.*

(3) *Žaloby podle těchto ustanovení nemají místa při vyžádaných důvěrných sděleních, dějí-li se bezplatně, leč že žalobce dokáže, že sdělení ta byla vědomě nepravdivá.*

(4) *Ustanovení § 3 jest přiměřeně použito.*

ností. Privilegovaná úprava naopak dopadala na bezplatná důvěrná sdělení, nepřipustná byla pouze v případě jejich vědomé nepravdivosti.⁴⁶⁾

Je vhodné dovolit osobě s tak nízkou mírou nestrannosti, jako je konkurent, aby hodnotila jiné soutěžitele a jejich výkony? Je – a to ještě více, než tomu bylo za první republiky. Prvorepubliková nekalosoutěžní judikatura⁴⁷⁾ chránila zákazníka pojmávaného empiricky, jako osobu vskutku jen běžně pozornou a opatrnou. Tento koncept převzala i judikatura v 90. letech. V květnu 2007 však Nejvyšší soud⁴⁸⁾ adoptoval evropské pojetí kvalifikovaného průměrného spotřebitele v normativním smyslu. Ten je chápán jako osoba, která má dostatek informací a je v rozumné míře pozorná a opatrná, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory (jak je vykládáno Evropským soudním dvorem). Toto pojetí je dnes v českém prostředí plně etablováno a obvykle i v rozhodovací činnosti respektováno. Tato imaginární osoba, jež určuje úroveň ochrany spotřebitelů, ale i dalších osob před nekalou soutěží, si musí být díky svým kvalitám vědoma (vždyť je „přiměřeně opatrná“), že informace pocházející od jiného soutěžitele musí podrobit vlastním kritickému zkoumání.⁴⁹⁾ Má-li být tato osoba „dostatečně informovaná“, není v zájmu zákonodárce bránit jí v přístupu k zajímavému informačnímu zdroji, kterým mohou být odborníci v oboru produktu, o který má zákazník zájem.

To lze demonstrovat na mediálně známé problematice nabízení produktů jedné značky v odlišné kvalitě v různých zemích EU. Nemyslím, že by v těchto případech byly zohledněny kulturní faktory, jak na ně poukazuje definice průměrného spotřebitele.⁵⁰⁾ Z pohledu práva proti nekalé soutěži a konceptu kvalifikovaného spotřebitele nutno dát za pravdu ministru zemědělství M. Jureč-

kovi,⁵¹⁾ že klíčové je uvedení pravdivých informací o složení výrobku prodávaného v konkrétní zemi. V daném kontextu je však korektní umožnit třeba i zainteresovaným odborníkům, jakými jsou konkurenti renomovaných výrobců, aby informovali spotřebitele o existenci těchto jakostních odchylek. U velkého množství produktů není z pohledu spotřebitele racionální⁵²⁾ porizovat zboží po důkladné (a to i přeshraniční) rešerši. Zároveň není důvod, aby renomovaný výrobce svou dobrou pověst získanou velmi kvalitními produkty nabízenými v jiných státech takto plně přenášel třeba do našeho státu, jestliže samotná kvalita modifikovaného produktu není této dobré pověsti zcela hodna.

Aktuální potlačení přípustnosti sdělování pravdivých údajů jinými soutěžiteli je v mezinárodním kontextu natolik unikátní, že v zahraničním přehledu nekalosoutěžních úprav členských států EU dokonce je mylně dovozen odlišný (liberálnější) přístup k pravdivým sdělením, která mají být údajně zakázána hlavně tehdy, jestliže je způsob sdělení nepřiměřený, urážlivý či agresivní.⁵³⁾ Navíc limitace soutěžitelů v tomto směru má i své ústavněprávní konsekvence, poněvadž skutková podstata zlehčování představuje jeden z limitů ústavně chráněné svobody projevu. To nastoluje otázku ústavní konformity stávající zákonné úpravy a soudního výkladu omezení svobody projevu.⁵⁴⁾ Pro porušení základního práva soutěžitele na svobodné vyjádření názoru již dokonce Ústavní soud nálezem ze dne 6. 3. 2012, sp. zn. I. ÚS 823/11, zvrátil závěr obecných soudů o nekalosoutěžnosti žalovaného jednání. Konkrétně šlo o nelichotivá vyjádření Martina Michala, manžela Heleny Vondráčkové, na adresu Kateřiny Brožové v rozhlasovém pořadu.⁵⁵⁾ Nutno však podotknout, že kauza vykazovala mnohá specifika (postavy showbyznysu jako osoby veřejného zájmu podrobené ve vyšší míře přípustné kritické diskuzi, veřejná a nikoliv ryze komerční povaha projevu a zohlednění partnerských vazeb, neboť jedna z hodnocených byla manželkou žalovaného), proto ji stěží lze označit za trvalý průlom v dosavadní judikatuře.

4. Klamavé označení zboží a služeb

Bez větších změn byly z obchodního zákoníku do občanského zákoníku převzaty tři skutkové podstaty výslovně upravené na našem území (spolu s předchozími třemi) již prvorepublikovým zákonem proti nekalé soutěži (klamavé označení zboží a služeb, podplácení a porušení obchodního tajemství).

⁴⁶⁾ Ve zkratce tedy platilo, že soutěžitel mohl sdělovat prokazatelně pravdivé závadné údaje o jiném soutěžiteli s výjimkou těch, které by mohly značně ohrozit jeho podnik. I v takovém případě však mohla přípustnost jednání založit zvláštní okolnost, jež ho ke sdělení nutila.

⁴⁷⁾ Např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČSR ze dne 20. 9. 1930, sp. zn. Zm I 68/30, č. 3942/1930 Vážného sbírky, citováno dle ASPI JUD20621CZ, podle něhož „[S]oud má při posuzování této otázky vycházeti z hlediska zákazníka (odběratele výrobku) ani příliš prozíravého, ani naprosto nepozorného“. Shodně tehdejší doktrína argumentovala, že rychlé životní tempo dovoluje spotřebitelům zpravidla jen zběžné a letmé zkoumání produktů aneb má-li zákazník zvláště vyvinutý postřeh a zkoumá-li pedanticky označení zboží nebo služeb, nebude ošálen. Není však průměrným zákazníkem (Hamann, L., Drábek, J., Buchtela, R. Soutěžní právo ČSR. Praha: Právnícké nakl. V. Linhart, 1938, s. 310).

⁴⁸⁾ Prvním rozhodnutím Nejvyššího soudu výslovně přejímajícím tuto formulaci Gut Springenheide byl rozsudek ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006 (citován v jiné souvislosti již v poznámce pod čarou č. 20).

⁴⁹⁾ Schopnost tohoto kritického zkoumání obdržných informací od něho judikatura očekává.

⁵⁰⁾ Odlišné chuťové preference u zákazníků v jednotlivých státech se nepochybně objevují. Ředitel společnosti Hamé vyrábějící pomazánky například uvádí, že Maďaři vyžadují ostřejší chuť, Rumuni hodně jedí luštěniny (a jsou proto přidávány do pomazánek), Rusové koření tolik nepoužívají (proto v jejich případě volí menší ostrost a výraznost chutě pomazánek) – viz článek Hlavně už žádné další sankce. Reflex, 2014, č. 38, s. 17. Stréží však obdobné ratio nalezneme u výrobců, jež mají různou kvalitu v závislosti na tom, na jaké straně česko-německé hranice jsou nabízeny (viz například Brolík, T. Jedno máslo, dvě kvality. Proč jsou stejné potraviny v Česku horší než v Německu. Respekt, 2015, č. 30, s. 17 a násl.).

⁵¹⁾ Brolík, T., Čápková, H. Kontrolujte, co jíte. Respekt, 2015, č. 39, s. 40 a násl. (zejména s. 43 a 44). Ministr v rozhovoru připouští problematičnost stávající praxe. Pokud však je na obalu uvedeno pravdivé složení, které odpovídá místní legislativě, nelze postihovat praxi, kdy je daný druh zboží v lepší kvalitě a v zásadě jinak shodném obalu prodáván v jiných státech. Je pak na zákazníkovi, aby aktivně vyhledával potraviny v požadované kvalitě, případně s využitím značek typu Klasa nebo Regionální potravina.

⁵²⁾ Ani u osoby dosahující kvalit průměrného spotřebitele.

⁵³⁾ Henning-Bodewig, F. Unfair Competition Law. European Union and Member States. The Hague: Kluwer Law International, 2006, s. 90.

⁵⁴⁾ Článek 4 odst. 1 a 4 ve spojení s článkem 17 odst. 1, 2 a 4 Listiny základních práv a svobod.

⁵⁵⁾ Během něj mimo jiné na dotaz moderátora („Mimo chodem, co soudíte o tom, že Kateřina Brožová má nahradit Helenu Vondráčkovou v muzikálu Hello, Dolly? Je to stejná kategorie?“) uvedl: „A tak to se vůbec nedá srovnat. To je jako když budete srovnávat Mercedes a Trabant. To je nesrovnatelný.“

Skutková podstata klamavého označení zboží a služeb (dříve § 46 ObchZ, dnes § 2978 ObčZ) má zajímavou právní historii, která začíná před přijetím prvorepublikového zákona. Ačkoliv již Rakousko-Uhersko jako signatář Pařížské unijní úmluvy usilovalo o přijetí zákonné úpravy po vzoru Německa, nebyly tyto plány realizovány vzhledem k prohlubujícím se problémům fungování tohoto soustátí na počátku 20. století a nutnosti přijmout úpravu společnou pro oba břehy Litavy. Mladý československý stát tento záměr realizoval až v r. 1927. Již v mezidobí (r. 1924) však přijal v souvislosti s Madridskou dohodou o potlačování falešných nebo klamavých údajů o původu zboží z roku 1891⁵⁶⁾ zákon č. 5/1924 Sb. z. a n., o označování původu zboží (derogovaný zanedlouho právě zákonem proti nekalé soutěži). Madridská dohoda zavazovala a zavazuje náš stát bránit dovozu výrobků označených nepravdivým nebo klamavým údajem o zemi nebo místě původu. Článek 4 této dohody⁵⁷⁾ je i prazákladem naší výslovné úpravy tzv. zdruhovělých označení, která se přes § 6 ZPNS a § 46 odst. 3 ObchZ dostala do § 2978 odst. 2 ObčZ.

Pařížská unijní úmluva od své lisabonské revize v r. 1958 zakazuje „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“. Je zřejmé, že dopadá na jednání subsumovatelná v českém právu jak pod klamavou reklamu, tak i pod klamavé označení zboží a služeb. Zároveň však (pro odpor americké delegace⁵⁸⁾) nebyl výslovně zahrnut do úmluvy omyl o původu zboží.⁵⁹⁾ V souladu s tím § 2 odst. 2 ZPNS neuváděl mezi příklady údajů o zboží nebo výkonu, jež mohly činit reklamu nekalou, údaj o původu zboží. Ustanovení § 4 a násl. ZPNS pak v souladu s Madridskou dohodou postihovalo nesprávné označení původu zboží.

Obchodní zákoník postihl klamavého označení výrazně rozšířil o další znaky (výrobce, charakteristické znaky a zvláštní jakost). Rozlišování dvou podstat (klamavé reklamy a klamavého označení zboží a služeb) je proto nyní dosti umělé a s ohledem na stejný právní režim i zbytečné. Rozhodně není namístě například odlišovat informace umístěné na výrobku (jako označení zboží) a informace šířené mimo něj (jako reklamu). Pro údajnou nekalosoutěžnost posuzované označení zboží bude v drtivé většině případů zároveň klamavou reklamou.⁶⁰⁾ V případě služeb je velmi obtížné odlišovat, zda se jedná o označení služby nebo o její rekla-

mu, neboť se samotnou službou pojmově nelze pevně spojit žádné označení. Neznamená to, že by označení služeb neexistovalo (například identifikací v ceníku nebo katalogu), ale mnohdy bude snazší případnou nekalosoutěžní informaci spojenou se službou subsumovat pod skutkovou podstatu klamavé reklamy.

Pravdou však zůstává, že v praxi toto legislativní rozdělení problémy nečiní a judikatura neřeší, zda se v konkrétní věci jedná o reklamu, či o označení, a odkazuje na obě skutkové podstaty. V mezinárodním srovnání je však třeba mít na paměti tuto neobvyklou českou úpravu, která do jisté míry terminologicky komplikuje překlady do jazyka českého například v případě anglosaského deliktu (tort) zvaného „misrepresentation“, jenž směřuje na klamavá sdělení obecně, v praxi je často aplikován na případy klamavé reklamy, zahrnuje však i jiná obchodní sdělení, a tedy i naše klamavé označení zboží a služeb.

Občanský zákoník nepřevzal kasuistickou úpravu katalogové novely vtělenou do § 46 odst. 5 ObchZ („Inzerce v rámci podnikatelské činnosti a pro účely hospodářského styku, která nabízí registraci v katalogích, jako jsou zejména telefonní a jiné seznamy, prostřednictvím platebního formuláře, složenky, faktury, nabídky opravy nebo jiným podobným způsobem, musí obsahovat jednoznačně a zřetelně vyjádřenou informaci, že tato inzerce je výlučně nabídkou na uzavření smlouvy. To platí přiměřeně i pro přímou nabídku takové registrace.“). Toto ustanovení obsahově příslušící spíše do úpravy kontraktace bylo možno nepřímou (systematickým začleněním) chápat jako legislativní příklad klamavého označení služeb. Jednalo se o nestandardní prvek nekalosoutěžní úpravy, která jinak spíše zakazuje určitá obecně formulovaná jednání. Zde naopak zákonodárce ukládal pozitivní povinnost při určitém soutěžním jednání cosí vykonat (uvést). Šlo vlastně o zákaz specifického klamavého opomenutí tak, jak jej známe z § 5a OchSpotř nebo dříve § 50a odst. 3 ObchZ⁶¹⁾ (v rámci úpravy srovnávací reklamy).

Obchodní zákoník ukládal soutěžitelům povinnost označovat tuto inzerci vždy jako „nabídku na uzavření smlouvy“, tedy jako ofertu (návrh na uzavření smlouvy podle § 43a odst. 1 předchozího občanského zákoníku – dále jen „ObčZ 1964“), ačkoliv inzerce je zásadně považována za výzvu k podání oferty.⁶²⁾ Především však tato úprava popírala základní rysy regulace soutěžních praktik. Inzerce neobsahující „jednoznačně a zřetelně vyjádřenou informaci“ o své právní povaze měla být považována za nekalou soutěž a právě na ni byla zamýšlena aplikace nového „katalogového“ znění § 55 ObchZ o neplatnosti uzavřených smluv. Při důsledné aplikaci by pak bylo zcela irelevantní, jaký je výsledný

⁵⁶⁾ Madridská dohoda o potlačování falešných nebo klamavých údajů o původu zboží ze dne 14. 4. 1891, revidovaná ve Washingtonu dne 2. 6. 1911, v Haagu dne 6. 11. 1925, v Londýně dne 2. 6. 1934 a v Lisabonu dne 31. 10. 1958 (vyhláška č. 64/1963 Sb.).

⁵⁷⁾ „Soudy každé země rozhodnou, která pojmenování se pro svou vlastnost druhových názvů vymykají ustanovením této Dohody; krajinná označení původu vinných výrobků nespádají přitom pod výhradu stanovenou tímto článkem.“

⁵⁸⁾ Mnohá označení původu zboží byla totiž v USA považována za označení druhová (generická, zdruhovělá). Viz *Henning-Bodewig, F.*, op. cit. sub 53, s. 19.

⁵⁹⁾ Ačkoliv lze dovozovat, že tento omyl je vlastně omylem o způsobu výroby nebo jeho charakteristice.

⁶⁰⁾ Již J. Sedláček v souvislosti se skutkovou podstatou nesprávného označování původu uváděl, že „[j]de o zvláštní případ nekalé reklamy“ (pozn. autora: dnešní klamavá reklama byla v § 2 ZPNS označena jako nekalá reklama). *Sedláček, J.* Obligační právo III. Mimosmluvní závazky jednateleství a versio in rem. Náhrada škody. – Nekalá soutěž. Brno : Československý akademický spolek „Právnick“, 1947, reprint Praha : Wolters Kluwer, 2010, s. 83.

⁶¹⁾ Jeho obsah („Jakékoli srovnání odkazující na zvláštní nabídku musí jasně a jednoznačně uvést datum, ke kterému tato nabídka končí, nebo musí uvést, že bude ukončena v závislosti na vyčerpání zásob nabízeného zboží nebo služeb. Jestliže zvláštní nabídka nezačala ještě působit, musí soutěžitel také uvést datum, jímž začíná období, v němž se uplatní zvláštní cena nebo jiné zvláštní podmínky.“) také nebyl převzat do nového občanského zákoníku. Kopírován zde je vývoj evropský. Úprava § 50a odst. 3 ObchZ byla implementací čl. 3a odst. 2 směrnice o klamavé a srovnávací reklamě (ve znění směrnice 97/55/ES začleňující regulaci srovnávací reklamy). Směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu tuto část úpravy vypustila s tím, že problematika výprodejů bude řešena právě v režimu této směrnice (v kontextu českého práva pak primárně na základě zákona o ochraně spotřebitele).

⁶²⁾ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 6. 2002, sp. zn. 25 Cdo 1454/2000. Za určitých okolností však může být inzertní reklama ofertou (srov. § 1732 odst. 2 ObčZ).

dojem takového obchodního sdělení na adresáta, zda si po přečtení je vědom právních důsledků, povinností, které mu vzniknou, pokud bude na sdělení reagovat.

Nemám v úmyslu zlehčovat problematiku katalogových podvodů,⁶³⁾ v jejichž rámci určité subjekty jako stěžejní náplň své činnosti cíleně oslovují podnikatele s nabídkami jejich veřejné prezentace, aby je s využitím různých forem klamání přiměly k podpisu dokumentu zakládajícího povinnost plateb za protiplnění často neekvivalentní hodnoty, s obtížnou možností ukončení závazku a faktickou nebo právní limitací procesních práv osloveného podnikatele.⁶⁴⁾ Z hlediska regulace soutěžního chování je však neakceptovatelně odhlédnuto od toho, jaký skutečný dojem vyvolává obchodní sdělení u adresátů, jaká je jejich představa o obsahu dokumentu a o tom, jaké právní účinky vyvolá další komunikace, a nakolik je tato představa mylná, odchýlná od skutečnosti. A oním adresátem, jehož představu nutno zjišťovat, má být nekalosoutěžní model průměrného spotřebitele v jeho evropském, kvalifikovaném pojetí osoby, jež má dostatek informací a je v rozumné míře pozorná a opatrná.

Nelze vyloučit, že se v praxi objeví inzeráty a jiná obchodní sdělení, která svou rafinovaností obelstí i osobu, která si před podpisem pozorně prostuduje vše uvedené, a přesto si neuvědomí, že se tím zavazuje k platbám za určité služby (registraci v databázi). Bude však i mnoho případů, kdy adresát dokument podepsal bez náležitého prostudování. Je právem každého podepsat cokoliv bez bližšího prozkoumání a prověření konkrétních právních dopadů (směneční dlužníci by mohli vyprávět), stejně jako je právem každého takový předložený formulář nepodepsat. Pokud však konkrétní adresát nevyložil úsilí spojené s nabytím a uplatněním vlastností průměrného spotřebitele, nemůže se domáhat ochrany před důsledky svého jednání (a soutěžního chování dalšího subjektu). Nekalosoutěžní regulace vědomě rezignuje na ochranu osob roztržitých, lehkovážných a nepečlivých. Není důvodu, proč právě u katalogových podvodů postupovat jinak.

Neorganičnost úpravy vynikne při pohledu na judikaturu k průměrnému spotřebiteli. Nejvyšší soud⁶⁵⁾ takto odmítl tvrzení o nekalosoutěžním jednání, jež mělo spočívat v tom, že v reklamě uváděné právo smlouvu o zpětném leasingu vypovědět bez udání důvodu nebylo vtěleno do uzavřené smlouvy. Z argumentace soudu plyne, že o nekalou soutěž by se mohlo jednat jen za podmínky, že by spotřebitel nárokoval doplnění tohoto práva do smlouvy v souladu s reklamou a byl odmítnut. Lze tedy dovozovat z roz-

hodnutí, že pokud by sjednání tohoto práva bylo pro zákazníka podstatné při rozhodování o uzavření smlouvy, bylo jeho povinností (pokud by jednal jako průměrný spotřebitel) ověřit si, že ujednání skutečně do smlouvy začleněno bylo.

Ačkoliv se zde jedná o relativně přísný závěr soudu v dané věci (plynoucí i z dalších okolností případu), z české i evropské judikatury plyne, že se plné ochrany nedostává spotřebiteli nedisponujícím kvalitami průměrného spotřebitele. Ochrana spotřebitele je výrazným rysem českého i evropského práva, není však hodnotou absolutní, neboť její neúměrná preference by zakládala nepřipustné překážky volnému pohybu zboží a služeb a nepřipustné omezení ústavně garantovaného práva na podnikání, jež se promítá i do relativní volnosti ve volbě způsobu soutěžního chování.

Osobně považuji za vhodnější nástroj postihu katalogových podvodů coby nepoctivých praktik právo závazkové,⁶⁶⁾ jež umožňuje v konkrétních případech a při posouzení konkrétních okolností případu zohlednit uzavření smlouvy v omylu.⁶⁷⁾ Ovšem i zde judikatura stojí na požadavku kvality chráněného jednání a vyžaduje, aby se jednalo o omyl podstatný (omluvitelný),⁶⁸⁾ a též odmítá ochranu osob lehkovážných.

Vláda v zamítavém stanovisku k poslaneckému návrhu, jenž měl opět vtělit základ katalogové novely do občanského zákoníku,⁶⁹⁾ poukazuje i na možnost využití prostředků ochrany slabších osob. Vyloučit ji nelze, ale její význam bych nepřeceňoval, protože katalogové podvody obvykle nebudou založeny na zneužití kvality odborníka nebo hospodářského postavení. U katalogových podvodů nepůjde o odbornost rázu technického, ale spíše o znalost základních pravidel kontraktace a účinků spojených s uzavřením smlouvy, kterou lze zahrnout pod požadavek odborné péče (§ 5 odst. 1 ObčZ).⁷⁰⁾ To obvykle vyloučí možnost ochrany podnikatelů, přičemž malí a střední podnikatelé jsou hlavní skupinou adresátů, kteří jsou terčem katalogovým podvodům. V důvodové

⁶³⁾ Dokladem praktických dopadů těchto nepoctivých praktik je i přetrvávající pozornost věnovaná jejich postihu na evropské úrovni. Srov. *Mišúr, P.* Ochrana podniků před klamavými marketingovými praktikami pod požadavkem změn. *Obchodněprávní revue*, 2013, č. 11–12, s. 327 a násl.

⁶⁴⁾ Někdy dokonce klamně oslovují podnikatele pod označením naznačujícím, že jde o orgán státní správy (například „Rejstřík obchodu a živnosti“ nebo „Průmysl a obchod. Registr obchodních informací“ s vyobrazením české státní vlajky). Tyto subjekty předstírají, že úkolem podnikatele je pouze podpisem potvrdit pravdivost údajů o své osobě, ačkoliv podle dalšího textu sdělení má být podpisem založen smluvní závazek spočívající v povinnosti uveřejnění těchto informací v jakési databázi s takřka nulovým informačním potenciálem a reciproční povinnosti osloveného podnikatele platit neúměrné poplatky za toto uveřejnění. To vše často vygradovalo volbou cizího práva a začleněním rozhodčích doložek s minimálními požadavky na kvalitu rozhodčího řízení a rozhodčího nálezu.

⁶⁵⁾ Usnesením ze dne 18. 2. 2009, sp. zn. 23 Cdo 2749/2008.

⁶⁶⁾ Kromě dále uvedených institutů lze uvažovat v konkrétních případech o rozporu smluv s dobrými mravy a veřejným pořádkem (zejména při výlučné orientaci soutěžitele na profitování z katalogových podvodů), resp. o jejich kvalifikaci jako smluv lichevních či zakládajících neúměrné zkrácení. Možnosti obrany budou samozřejmě větší v případech nepodnikatelských subjektů.

⁶⁷⁾ Dnes § 583 a násl. ObčZ.

⁶⁸⁾ Srov. například rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 7. 2009, sp. zn. 29 Cdo 1830/2007, publikovaný ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. 55/2010 s tímto úvodem právní věty: „Jednající osoba se ve smyslu § 49a věty první ObčZ 1964 může účinně dovolat podstatného omylu vyvolaného osobou, které byl právní úkon určen, jen jde-li o tzv. omluvitelný omyl. Omluvitelným je přitom jen takový omyl, k němuž došlo přesto, že jednající (mýlící se) osoba postupovala s obvyklou mírou opatrnosti (že vyvinula obvyklou péči), kterou lze se zřetelem k okolnostem konkrétního případu po každém požadovat k tomu, aby se takovému omylu vyhnul.“ Soud odmítl omluvitelnost omylu u postupníka, který nabyl pohledávky za úpadcem, aniž by si vyžádáním dalších dokladů ověřil, zda byla pohledávka řádně přihlášená. Spolehnutí se na prohlášení postupitele ve smlouvě o přihlášení pohledávky a jejím přezkoumání a uznání správcem konkursní podstaty nečinilo omyl postupníka omluvitelným, a tedy podstatným. Obdobně Nejvyšší soud judikoval v trestní kauze, kdy se kupující spolehli na prohlášení o bezvadnosti nemovitosti, ačkoliv v době podpisu smlouvy o budoucí kupní smlouvě byla v katastru nemovitostí vyznačena zástavní práva zatěžující převáženě nemovitosti (usnesení ze dne 25. 5. 2010, sp. zn. 7 Tdo 486/2010).

⁶⁹⁾ Viz poznámku pod čarou č. 15.

⁷⁰⁾ Do jisté míry lze mnohé takové znalosti presumovat na základě § 4 odst. 1 ObčZ i u jakékoliv svéprávné osoby.

zprávě ke katalogové novele se lze dočíst i o dalších skupinách postižených subjektů. Je však otázkou, zda jejich újma je dokladem obzvláštní rafinovanosti těchto jistě obvykle nekalých činných osob, nebo zda nejsou do značné míry na vině právě vady v činnosti dotčených subjektů. Při pohledu na uváděný výčet obětí (např. Policejní prezidium, Nejvyšší správní soud a některé okresní soudy, školy, desítky měst a obcí) se tak lze stěží ubránit jistým obavám z kvality správy věcí veřejných v našem státě.

5. Podplácení a porušení obchodního tajemství

Další dvě skutkové podstaty postihující agresivní praktiky vůči jiným soutěžitelům – podplácení⁷¹⁾ a porušení obchodního tajemství⁷²⁾ – spojuje kontinuita právní úpravy a z logických důvodů i absence judikatury. Možná i proto, když se jednání vykazující znaky podplácení, jen ledabyle zahaleného smluvní dokumentací, stalo předmětem nekalosoutěžního sporu, musel protiprávní charakter napadeného jednání deklarovat až Ústavní soud.⁷³⁾ Oproti ostatním typizovaným skutkovým podstatám jde v obou případech o jednání neveřejné povahy. Dotčené subjekty budou i do budoucna čelit důkazní nouzi nebo dokonce ani nebudou mít vědomost o tom, že se staly obětí takového jednání. Navíc s ohledem na negativní dopad obou úspěšných a zveřejněných agresí na pověst soutěžitele lze očekávat sníženou ochotu podávat žaloby i do budoucna.

6. Parazitování na pověsti

Listopad 1989 přinesl kromě společenských změn i změny hospodářské, preferující mimo jiné aktivní férovou hospodářskou soutěž jako jeden z nástrojů, ale i cílů transformace. Kromě likvidace dosavadních omezení hospodářské soutěže bylo třeba vytyčit její mantinely. Úprava nekalé soutěže v obchodním zákoníku se v tom neomezila pouze na převzetí prvorepublikových pojmenovaných skutkových podstat, ale rozvinula jejich výčet o další dvě – parazitování na pověsti⁷⁴⁾ a ohrožení zdraví a životního prostředí.⁷⁵⁾ Do občanského zákoníku pak byly obě skutkové podstaty nepřekvapivě přeneseny beze změn.

Parazitování na pověsti (závodu, výrobku či služeb) jiného soutěžitele bez nejmenších pochybností naplňuje znaky generální klauzule a velmi často je můžeme podřadit pod další zákonné skutkové podstaty – klamavou reklamu, klamavé označení zboží nebo služby, nepřipustnou srovnávací reklamu (v podobě tzv. opěrné srovnávací reklamy) nebo vyvolání nebezpečí záměny. Obecně pro vymezení hranice mezi soutěžním chováním dovoleným a nekalosoutěžním není podle mého názoru explicitní zákonné vyjádření této podstaty potřeba.

Zvláštní skutkové podstaty je však třeba vnímat i jako sdělení zákonodárce, která jednání pravidelně narušují dobré mravy soutěže. Soutěžitelé i soudy na základě jednotlivých skutkových podstat mohou snáze identifikovat limity dovolené soutěže. Parazitní jednání rozhodně představuje závažný zásah do soutěže, kvůli němuž uspěje (či uspěje výrazněji) osoba právě s využitím dobrého jména, nápadu či dalšího atributu jiného soutěžitele. Často bude parazitováno na pověsti soutěžitele z jiného oboru. To může při nesprávném, restriktivním pojetí znaku „jednání v hospodářském styku“ (dříve: jednání v hospodářské soutěži) chybně vést až k odmítnutí ochrany před nekalou soutěží. Lze proto konstatovat, že tato explicitní reprobace parazitování na pověsti jiného soutěžitele má i v novém občanském zákoníku své opodstatnění.⁷⁶⁾

7. Ohrožení zdraví a životního prostředí

Určité rozpaky doktríny a nezáměr praxe vzbuzuje skutková podstata ohrožení zdraví a životního prostředí. Název sám by napovídal, že zákaz směřuje proti produktům ohrožujícím zdraví (škodlivé nebo dokonce jen nezdravé potraviny) a produktům vyrobeným, poskytovaným nebo užívaným za podmínek ohrožujících životní prostředí, resp. obecněji i proti soutěžnímu jednání (zejména reklamám a dalším obchodním praktikám) souvisejícímu s těmito produkty.

Z dikce nové i předchozí úpravy ale plyne záměr reprobovat jednání ohrožující zájem na ochraně zdraví a životního prostředí. Z tohoto pohledu skutková podstata předjímalá sílící apel na zohledňování vyšších než ryze konzumních hodnot při spotřebě a výraznější orientaci na jiné než (z individuálního pohledu posuzované) ekonomické faktory při rozhodování o produktu.⁷⁷⁾ Často bývá v reklamách zdůrazňován význam nabízených produktů pro zdraví zákazníka a jeho nejbližších, nezávadnost produktů pro životní prostředí nebo jejich vypěstování v souladu s principy trvale udržitelného rozvoje. Pozitiva takových produktů jsou nesporná a určitě je akceptovatelné na ně v jednotlivých obchodních sděleních upozornit.

Výrazné nebezpečí však spočívá v tom, že právě při zohledňování těchto hodnot ztrácí rozhodování spotřebitele na ekonomické racionalitě, či přesněji: vzdaluje se jí ještě více než jindy. V zájmu ochrany životního prostředí bude ekologicky založený spotřebitel ochoten platit vyšší cenu za takto prezentované produkty, přičemž jeho schopnost kvalifikovaně přezkoumat pravdivost takových vlastností produktu je nižší. Není totiž často spojena výlučně se složením výrobku nebo jeho konzumací a účinky, ale s faktory, které obvykle nemá spotřebitel možnost prověřit. V případě, že je ve hře faktor zdraví, lze dokonce v souladu s judikaturou⁷⁸⁾ někdy

⁷¹⁾ Ustanovení § 49 ObchZ, dnes § 2983 ObčZ.

⁷²⁾ Ustanovení § 51 ObchZ, dnes § 2985 ObčZ.

⁷³⁾ Vedoucí útvaru nákupu a skladového hospodářství uzavřel s dodavatelem svého zaměstnavatele zprostředkovatelskou smlouvu, na jejímž základě mu byla vyplácena provize za zboží dodávané jeho zaměstnavateli. Nejvyšší soud neshledal závadnost takového jednání (rozsudek ze dne 29. 4. 2008, sp. zn. 32 Cdo 139/2008), Ústavní soud naopak dovořil porušení ústavního práva na podnikání, výklad nekalosoutěžní úpravy má totiž podnikatel v co možná nejvyšší míře zaručit výkon tohoto práva v prostředí nezatíženém korupcí a klientelismem (náleze ze dne 11. 9. 2009, sp. zn. IV. ÚS 27/09).

⁷⁴⁾ Ustanovení § 48 ObchZ, dnes § 2982 ObčZ.

⁷⁵⁾ Ustanovení § 52 ObchZ, dnes § 2987 ObčZ.

⁷⁶⁾ Viz případ uvedený v poznámce pod čarou č. 18.

⁷⁷⁾ „Současné pojetí kapitalismu můžeme charakterizovat např. jako éru lehkého kapitalismu, který je posedlý hodnotami, na rozdíl od kapitalismu tvrdého, který byl charakteristický svou touhou po objemu a velikosti (tzv. fordovský kapitalismus).“ *Selucká, M.* Ochrana spotřebitele v soukromém právu. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 2 (s odkazem na *Bauman, Z.* Tekutá modernita. Praha: Mladá fronta, 2002, s. 94–95).

⁷⁸⁾ „Průměrný spotřebitel, který je průměrně informovaný, pozorný a rozumný, který je obecně měřítkem při posuzování reklamy, není natolik kritický, že by byl ve svém chování vůči účinkům reklamy zcela imunní. Pokud jsou cílovou skupinou reklamy nemocné osoby, je třeba zohlednit nižší kritičnost a větší důvěřivost vůči reklamě slibující vyléčení nemocí u takových spotřebitelů“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 1. 2014, sp. zn. 4 As 98/2013).

hovořit o tom, že cílovými adresáty je tzv. zranitelná skupina spotřebitelů, na niž nelze plně vztahovat (aplikovat) přísné požadavky vyplývající z kvalifikovaného modelu evropského spotřebitele. Strach⁷⁹⁾ spotřebitele z ohrožení zdraví (z nemoci nebo úrazu), či dokonce snaha zdraví opětovně docílit snižuje schopnost racionálního rozhodování u spotřebitele, který bude ochoten pořídit produkt za cenu mnohdy značně nepřiměřenou.

Není mi znám nekalosoutěžní spor, při jehož řešení by české soudy soutěžní jednání posoudily výlučně podle tohoto ustanovení (často přítomný prvek klamavosti umožňuje subsumpci jednání pod obecnější skutkové podstaty). Sice bychom mohli uvažovat o jeho vypuštění,⁸⁰⁾ přesto je vhodné je i v nové úpravě zachovat, ideálně s opravou nadpisu tak, aby skutečně korespondoval s obsahem ustanovení.⁸¹⁾ Jeho hlavní přínos spatřuji právě v poukazu zákonodárce na význam obecnějších motivů spojených s výrobou, distribucí, prodejem a spotřebou produktů, které stále silněji ovlivňují chování konzumentů.⁸²⁾ V souladu se svým přesvědčením spotřebitelé často modifikují ekonomické chování, ačkoliv možnosti kontroly toho, zda tvrzené vlastnosti jsou skutečně dány, je často obtížnější než při klasické snaze získat co nejvyšší kvalitu za co nejnižší cenu.

Dokladem zvýšeného zájmu právní regulace o produkty ovlivňující lidské zdraví je i veřejnoprávní regulace v oblasti léčiv a potravinových doplňků a především bohatá judikatura Nejvyššího správního soudu, podle které mnohé (zejména televizní) reklamy na potravinové doplňky tyto produkty prezentovaly spíše jako léky. Tím by mohly v očích spotřebitele nepřipustně vyvolat dojem vyššího účinku vlastního léku, a to u produktů neprovozených, ale hlavně otevřených volnému prodeji (bez nutnosti odborného posouzení vhodnosti užívání).

8. Nepřipustná srovnávací reklama

Sbližování českého práva s evropským přineslo povinnost povolit na našem území za určených podmínek srovnávací reklamu. V souladu s tradicí germánského okruhu regulace soutěžního chování byla pozitivním právem neupravená srovnávací reklama judikaturou reprobována, a to jak za první republiky,⁸³⁾ tak i v 90. letech.⁸⁴⁾ Novelou obchodního zákoníku č. 370/2000 Sb. účinnou od 1. 1. 2001 tak sice byla zakotvena nová skutková podstata nepřipustné srovnávací reklamy, z pohledu hranice dovoleného soutěžního chování se však jednalo o krok liberální, rozšiřující možnosti soutěžitelů.⁸⁵⁾

Požadavek úplné harmonizace příslušné směrnice⁸⁶⁾ neponechal při formulaci § 2980 ObčZ velký prostor pro úpravy dosaďadního znění § 50a ObchZ. Aktuální znění tak logicky v prvním odstavci definuje srovnávací reklamu. Navzdory odlišné formulaci je vyznění shodné s předchozí úpravou. Druhý odstavec pak vypočítává kumulativní podmínky, při jejichž naplnění je srovnávací reklama na našem území dovolená. Oproti obchodnímu zákoníku a shodně se směrnice úpravou vhodně upřesňuje, že uvedené podmínky legitimizují pouze samotné srovnání (tj. provedenou identifikaci jiného soutěžitele nebo jeho produktů ve vlastní reklamě).⁸⁷⁾ Pokud by reklama identifikovala jiného soutěžitele korektním způsobem, ale zároveň by obsahovala jiné nekalosoutěžní prvky, byl by namísto její postih.

Požadavky kladené na přípustnou srovnávací reklamu lze zobecnit do dvou skupin. Za prvé jde o konkretizace obecného požadavku poctivé soutěže, vyjádřené již v jiných zákonných skutkových podstatách, za druhé o zvláštní požadavky kladené na srovnání, resp. identifikaci jiného soutěžitele v širším slova smyslu tak, aby takové srovnání (identifikace) bylo pro soutěž prospěšné, zejména přinášelo spotřebiteli relevantní informace pro jeho rozhodování ohledně jednotlivých produktů.

Předně tedy platí, že ani identifikace jiného soutěžitele v reklamě nesmí založit její klamavost, nesmí zlehčovat soutěžitele ani jeho jednotlivé atributy (postavení, činnost, výsledky činnosti a jejich označení), nesmí na soutěžiteli ani jeho jednotlivých atributech parazitovat (nekalým způsobem z nich těžit) a nesmí nabízet produkty jako napodobení produktu jiného soutěžitele.

Za problematickou⁸⁸⁾ považuji dikci § 2980 odst. 2 písm. e) ObčZ, která dále podmiňuje přípustnost srovnávací reklamy tím, že nezlehčuje (soutěžitele, jeho postavení, jeho činnost nebo její výsledky). Obchodní zákoník přitom v § 50a odst. 2 písm. e) zakazoval zlehčování nepravdivými údaji. Zlehčování pravdivými

⁷⁹⁾ Využívání motivu strachu v reklamě je ostatně zakázáno § 2 odst. 3 RekReg.

⁸⁰⁾ Důvodová zpráva sama uvádí, že jde o ustanovení, které je „v mezinárodním kontextu analogických úprav výjimečné a v některých odborných kruzích označováno za neživotné“, opatrně však argumentuje tím, že „lze mít za to, že nelze vyloučit jeho aplikaci zejména v souvislosti s reklamou na výrobky a služby označované za biologicky nezávadné anebo šetrné pro životní prostředí“. *Eliáš, K. a kol.*, op. cit. sub 1, s. 1053.

⁸¹⁾ Je jasné, že nadpis „Ohrožení zájmu na ochraně zdraví nebo životního prostředí“ pro svou délku není také příliš vhodný. Při pohledu na nadpis § 2979 ObčZ („Společné ustanovení o klamavé reklamě a klamavém označení zboží a služeb“) je však zřejmé, že by nebyl nadpisem nejdělnějším.

⁸²⁾ Srov. deklarovanou sociální odpovědnost společností (např. ekologické či nekorupční působení soutěžitele), fair trade výrobky prodávané za relativně vyšší cenu, prezentovanou ekologičnost určitých automobilů spojenou mnohdy s vyššími náklady (viz emisní skandál koncernu Volkswagen, který měl zákazníkům klamat nejen co do údajů o spotřebě, ale i co do ekologičnosti provozu), preferenci lokálních výrobků (v zájmu podpory drobných podnikatelů a omezení zátěže pro životní prostředí spojené s transportem zboží), spotřebitelské bojkoty společností zapojených do kritizovaných praktik (rozsáhlé kontrakty s diktátorskými režimy posilujícími lidská práva nebo podnikatelská činnost na západním břehu Jordánu – viz rozhodnutí Evropské komise z listopadu 2015, podle něhož mají být izraelské výrobky tam vyrobené výslovně označeny svým místem původu, což usnadní jejich bojkot) nebo averzí k výrobkům s ohledem na jejich možná rizika (GMO – geneticky modifikované potraviny) nebo negativní dopady na životní prostředí (aktuální zvýšený „nezájem“ o potraviny obsahující palmový olej, jehož narůstající využívání z ekonomických důvodů vede k rozsáhlému kácení pralesů a jejich nahrazování palmovými plantážemi).

⁸³⁾ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČSR ze dne 17. 12. 1937, sp. zn. RV I 1850/37, č. 16579/1937 Vážného sbírky (citováno dle ASPI JUD6771CZ), posuzující reklamu výrobce automobilu srovnávajícího přednosti svého vozu Aero s železniční přepravou.

⁸⁴⁾ Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 3 Cmo 516/95, 3 Cmo 820/95, 3 Cmo 91/97, publikovaná in *Macek, J.*, op. cit. sub 44, s. 89, 93 a 213.

⁸⁵⁾ Trvalo několik let, než soutěžitelé začali srovnávací reklamu využívat, a to zejména v oborech s oligopolní strukturou, např. telefonní operátoři, poskytovatelé elektrické energie, výrobci energetických nápojů.

⁸⁶⁾ Dnes v čl. 8 odst. 1 směrnice 2006/114/ES o klamavé a srovnávací reklamě.

⁸⁷⁾ „Srovnávací reklama je přípustná, pokud se srovnání týče, ...“

⁸⁸⁾ Srov. též kritiku současného znění in *Ondřejová, D.*, op. cit. sub 2, s. 148–149.

údaji, které je pro srovnávací reklamu příznačné, tedy již výkladem *a contrario* dovoleno bylo. Přitom i původní dikce § 50a ObchZ ve znění druhé velké euronovely (č. 370/2000 Sb.) také odpovídala dnešní dikci. Ta byla výše uvedeným způsobem doplněna v relativně brzké době (po roce novelou č. 501/2001 Sb. a po jejím zrušení pro neústavní proceduru přijetí obsahově shodnou novelou č. 88/2003 Sb.), podle důvodové zprávy jako zpřesnění podmínky přípustnosti srovnávací reklamy.

Tato podmínka odkazuje na skutkovou podstatu zlehčování, jejíž dikce a judikatorní výklad (viz výše) vede k vyloučení jakýchkoliv závadných tvrzení na adresu jiného soutěžitele bez ohledu na jejich pravdivost. Při plném promítnutí tohoto přístupu do posuzování srovnávací reklamy by výsledkem byl razantní posun hranice mezi dovolenou a nedovolenou srovnávací reklamou, který by s ohledem na povahu její úplné směrnice harmonizace znamenal i zjevný rozpor s evropským právem. Je otázkou, proč vůbec zákonodárce k tomuto kroku přistoupil; odpověď na ni důvodová zpráva bohužel nedává. Lze spekulovat, že jde o nechtěný důsledek přizpůsobení dikce směrnice, které též otázku pravdivosti nezmiňuje. Článek 4 písm. d) směrnice však namísto zlehčování nabízí obrat „nemá za následek oslabení důvěryhodnosti nebo znevážení“,⁸⁹⁾ který ve svém výkladu není tak silně namířen též proti šíření pravdivých údajů, které se mohou určitým způsobem dotknout jiného soutěžitele, třeba i jen v tom směru, že bude spotřebitel informován například o tom, že výrobky konkurenta jsou skutečně o dvanáct procent dražší než inzertované zboží. Nezbyvá než doufat, že tato nedůvodná a nezodpovědná změna nedá podnět k judikatornímu obratu a nebude nutné v dohledné době učinit stejný krok, jaký parlament provedl již před patnácti lety.

S ohledem na relativní konkrétnost upravované praktiky pak sám zákon doplňuje i konkrétní požadavky, jež mají zaručit relevantnost šířených informací pro co nejvíce informované rozhodnutí spotřebitele o produktu.

Nabízený produkt a produkt, na který je reklamou odkazováno, proto musejí být *substituovatelné* (spotřebitel při volbě určitého produktu reálně může váhat mezi produkty těchto dvou soutěžitelů, neboť uspokojují jím řešenou potřebu). Uvedený požadavek je dále konkretizován podmínkou, aby zboží s označením původu bylo srovnáváno pouze se zbožím stejného označení. Tato tzv. šampaňská klauzule měla bránit tomu, aby proslulé produkty z určitých regionů (jako je například šumivé víno z francouzské oblasti Champagne) figurovaly ve srovnávacích reklamách jiných soutěžitelů. Dopady této klauzule však výrazně redukoval výklad Evropského soudního dvora,⁹⁰⁾ který odmítl výklad, na jehož základě by tyto produkty vytvořily izolovanou skupinu chráněnou před působením jinak dovolené srovnávací reklamy jiných soutěžitelů.

⁸⁹⁾ Odpovídající anglickému („it does not discredit or denigrate“) či německému znění („durch sie werden weder ... herabgesetzt oder verunglimpft“) v situaci, kdy posuzování soutěžního chování v rámci těchto národních úprav spočívající v hodnocení jiného soutěžitele rozlišuje pravdivost a nepravdivost tvrzení a další relevantní faktory, čímž ve výsledku prezentují výrazně liberálnější přístup, než se objevuje v české judikatuře. Srov. *de Vree, R.*, op. cit. sub 32, s. 287 a násl.

⁹⁰⁾ Rozsudek ESD ze dne 19. 4. 2007, sp. zn. C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel SA v. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne a Veuve Clicquot Ponsardin SA („Champagne Bier“)*, body 65, 66 a 72.

Přínosnost informací sdělovaných srovnávací reklamou je vynucována požadavkem, aby byly prezentovány *relevantní znaky (vlastnosti) produktu* (vyjádřeno mnohohlavně kumulativním výčtem adjektiv *vážíci se k této vlastnosti – podstatná, důležitá a příznačná*). Sdělované informace o produktech zároveň musejí být objektivní a ověřitelné, tj. musejí umožňovat *jejich přezkoumatelnost, resp. prokazatelnost* v případném soudním řízení. „Srovnávací sdělení v této reklamě“⁹¹⁾ proto musí být založeno na konkrétních údajích, jejichž pravdivost je možné podrobit přezkumu.⁹²⁾ To v podstatě vylučuje využitelnost hodnotících soudů nebo reklamní nadsázky v těch částech reklamního sdělení, které zakládají identifikaci jiného soutěžitele.⁹³⁾ V zájmu otevření co nejširšího prostoru pro užívání srovnávací reklamy je výslovně připuštěno, aby bylo zásadně možné srovnání v jediném znaku; tímto znakem může být i cena. Tento liberální přístup potvrzuje evropská judikatura.⁹⁴⁾ Česká judikatura se naproti tomu zcela nezbavila dosavadních restriktivních tendencí zejména ve vztahu k prostému cenovému srovnání.⁹⁵⁾

Z obchodního zákoníku nebyla převzata výprodejová klauzule (§ 50a odst. 3 ObchZ) ukládající povinnost informovat o případné časové limitaci nabídky produktů ve srovnávací reklamě.⁹⁶⁾

9. Dotěrné obtěžování

Z předchozích kapitol je patrné postupné bobtnání katalogu zvláštních skutkových podstat a ani rekodifikace neponechala ležet ladem možnost rozmnožit jejich počet. Ustanovení § 2986 ObčZ tak představuje novou podstatu dotěrného obtěžování, která je v podstatě soukromoprávním odrazem § 7 zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti.⁹⁷⁾ Reguluje, resp. postihuje pouze případy zaslání obchodních sdělení moderními prostředky distanční komunikace (telefon, e-mail apod.). Nedopadá proto na další případy dotěrné reklamy (hluché, nepřiměřené časté reklamy nebo reklamy nežádoucím způsobem upoutávající pozornost, např. na obtížných úsecích dálnic) a přímé komunikace se zákazníkem tradičními kanály (obcházení

⁹¹⁾ Nelze zapomenout, že nemusí jít jen o klasické srovnání dvou produktů, ale srovnáním ve smyslu úpravy srovnávací reklamy bude i pouhá prezentace uživatele (figuranta s vizáží a postavou alfa samce a garderobou top manažera) s produkty obou soutěžitelů, čímž bude například dáno najevo, že nabízený výrobek je spolu s jiným proslulým výrobkem běžnou součástí spotřebitelského života úspěšného muže. Stranou nyní ponechávám, že sama o sobě by tato reklama sotva dávala nějaké sdělení o relevantních znacích produktů, a proto by stěžejí prošla testem § 2980 odst. 2 ObčZ.

⁹²⁾ Není přitom vyžadováno, aby informace nutné k přezkumu byly uvedeny v samotné reklamě. Soutěžitel však musí uvést, kde a jak se mohou adresáti snadno seznámit s těmito údaji, aby mohli ověřit nebo, pokud nemají požadovanou dovednost k tomuto účelu, nechat ověřit jejich správnost (rozsudek ESD ze dne 19. 9. 2006, sp. zn. C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG v. Etablissementen Franz Colruyt NV*, bod 74).

⁹³⁾ Superlativní tvrzení typu „nejlepší produkt“ tak jsou jako reklamní nadsázka zásadně přípustná, pokud v reklamě nelze identifikovat ani nepřímou jinou soutěžitele („Nejlepší hot dogy na východ od Atlantiku“). Pokud však průměrný spotřebitel bude schopen ve srovnávací reklamě identifikovat další soutěžitele, resp. jejich produkty, bude přípustnost tvrzení záviset od toho, zda je produkt skutečně nejlepší. Srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 4. 11. 2003, sp. zn. 3 Cmo 178/2002, podle něhož bylo jako klamavé posouzeno tvrzení v katalogu o tom, že žalovaný nabízí „nejlepší titanové rakety na trhu“, jestliže titanové tenisové rakety nabízel omezený počet soutěžitelů, mezi nimiž žalobce zaujímal čelné postavení. In *Macek, J.* Rozhodnutí ve věcech nekalé soutěže a obchodní firmy (2000–2010). II. díl. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 185.

s výrobky na kulturních nebo sportovních akcích, podomní prodej, přemlouvání ke koupi ve stylu arabského trhovce).

Zasílání obchodních sdělení moderními komunikačními prostředky umožňuje soutěžitelům oslovit s nízkými náklady vysoký počet zákazníků. S počtem takto postupujících soutěžitelů se pak zvyšuje diskomfort zákazníků spojený s užíváním těchto komunikačních prostředků. Občanský zákoník proto zakazuje zasílání obchodních sdělení, která by tuto svou komerční povahu zastírala nebo by neuváděla jejich původce. Zákazníkovi též musí být dána možnost tuto komunikaci co nejdříve ukončit.

Protože tuto úpravu máme v našem právním řádu již přes jednu dekádu, nepřináší její zapracování do občanského zákoníku žádný posun hranic mezi poctivou a nekalou soutěží. Doktrína⁹⁸⁾ dlouhodobě prezentuje jako nekalosoutěžní jednání (postizitelné na základě generální klauzule) porušení právního předpisu, který reguluje soutěžní chování soutěžitelů, čímž si takový soutěžitel zjedná nelegitimní soutěžní předstih.

Jednotlivé skutkové podstaty však lze chápat též jako náповědu zákonodárce k otázce obsahu dobrých mravů soutěže. V tomto kontextu ji vnímám jako zdůraznění toho, že nepřijatelné nejsou jen praktiky, které znesnadňují rozhodování spotřebitele nebo výslednou kvalitu rozhodnutí zhoršují, ale též praktiky, které nepřiměřeně narušují jeho život.⁹⁹⁾

V. Nekalosoutěžní nároky

Při porovnání znění § 53 ObchZ a § 2988 ObčZ by se mohlo zdát, že kromě formulačních úprav a vypuštění výslovné možnosti

příznání peněžité satisfakce zůstaly soukromoprávní nekalosoutěžní nároky nedotčeny. Na paměti je však třeba mít změněný celkový kontext českého soukromého práva, který se nezbytně promítá i do podoby nekalosoutěžních nároků.

V případě nekalosoutěžního užití doménového jména připouštěla judikatura v rámci uplatnění odstraňovacího nároku uložení povinnosti převést doménu na dotčenou osobu. Tuto praxi odmítl rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 4. 2012, sp. zn. 23 Cdo 3407/2010. Soud vyšel především z toho, že právo k doméně není vlastnickým právem, neboť nejde o věc v právním smyslu, ale jde o smluvně získané právo soukromoprávní povahy. Uplatněný odstraňovací nárok proto podle soudu nemohl vést k uložení povinnosti převést doménu, neboť doména žádné absolutní (výlučné) právo svému nositeli nezakládá. Extenze pojmu věci v § 489 ObčZ ale nově umožňuje chápat doménu jako nehmotnou věc podle § 496 odst. 2 ObčZ, čímž se otevírá prostor pro přehodnocení této judikatury a návrat k předchozí praxi.

Ačkoliv § 2988 ObčZ výslovně nepřipouští peněžitou formu přiměřeného zadostiučinění (satisfakce), nabízí nám občanský zákoník obecnou úpravu v § 2951 odst. 2.¹⁰⁰⁾ Dokonce zakládá obligatornost finanční satisfakce, jestliže jiný způsob satisfakce (zejména omluva) nezajistí skutečné a dostatečně účinné odčinění způsobené (nemajetkové) újmy. Pro oblast nekalé soutěže se tak dostává zákonného základu dosavadní judikatury,¹⁰¹⁾ která již dříve dovozovala tuto subsidiaritu finanční formy satisfakce. Současně lze v dikci ustanovení spatřovat vůli zákonodárce umožnit dotčeným osobám vskutku efektivní satisfakci, která mnohdy bude vyžadovat právě příznání práva na finanční plnění.

Pro právo na přiměřené zadostiučinění a právo na náhradu škody pak z hlediska teoretického přináší posun § 2910 ObčZ, který spojuje kompenzační povinnost se zaviněným porušením zákonné povinnosti nejednat nekalosoutěžně.¹⁰²⁾ Zavinění ve formě nedbalosti se přitom podle § 2911 ObčZ presumuje. Na soutěžitele bude pravidelně aplikovatelný § 5 odst. 1 (povinnost odborné péče) a § 2912 odst. 2 ObčZ (presumpce nedbalého jednání při neuplatnění zvláštních znalostí, dovednosti a pečlivosti, jež dal najevo nebo jež jsou zapotřebí ke splnění jeho povinností). Exkulpce rušitele proto nebude příliš častá a *de facto* bude dopad úpravy shodný jako dosud, kdy pro náhradu škody byla odpovědnost konstruována jako objektivní s možností liberace¹⁰³⁾ a odpo-

⁹⁴⁾ Rozsudek ESD ze dne 8. 4. 2003, sp. zn. C-44/01, Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG v. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH and Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer.

⁹⁵⁾ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 5. 2013, sp. zn. 23 Cdo 536/2013, které se staví restriktivně k cenovému srovnání tzv. projektů nabízených hobbymarkety (například sprchového koutu složeného z více výrobků). Soudy v dané věci namítaly především neidentičnost srovnávaného zboží a zaměření pouze na cenový aspekt. Tento postoj by v české praxi mohl vést i k dovození nepřijatelnosti cenového srovnání potravinových košů jednotlivých supermarketů, které však evropská judikatura zásadně akceptuje (C-356/04 nebo C-159/09).

⁹⁶⁾ K jejímu obsahu a důvodům nepřevzetí viz poznámku pod čarou č. 61. I nadále však povinnost soutěžitele informovat o tom, kdy zvláštní nabídka začíná nebo končí, dovodíme z ostatních podmínek přípustnosti srovnávací reklamy.

⁹⁷⁾ Zákon je implementací směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES ze dne 8. 6. 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu), v účinnost vstoupil dne 7. 9. 2004. Dozor nad plněním povinností podle § 7 vykonává Úřad pro ochranu osobních údajů.

⁹⁸⁾ Zejména P. Hajn, který například v souvislosti s nekalými obchodními praktikami upravenými v příloze (černé listině) zákona o ochraně spotřebitele hovoří o „obecnější soudcovské skutkové podstatě nekalé soutěže – rozporu s předpisem veřejného práva s důsledkem pro subjekty chráněné právem proti nekalé soutěži“. In Hajn, P. Zjevné i méně zřejmé změny v českém právu proti nekalé soutěži. Obchodněprávní revue, 2011, č. 7. Dostupný z: <http://www.beck-online.cz> [cit. 6. 1. 2016].

⁹⁹⁾ Obdobně vyznívá i hodnocení I. Pelikánové: „NOZ přináší jednu novou skutkovou podstatu, která se ve své podstatě příliš neliší od dřívější regulace podomního obchodu. Jedná se o ustanovení, které má zabránit pronikání reklamy do soukromí občanů.“ Pelikánová, I., op. cit. sub 10, s. 232. Ostatně podle důvodové zprávy se touto úpravou sleduje ochrana před „jevem, který stále častěji zasahuje do soukromé sféry lidí i právnických osob“ – Eliáš, K. a kol., op. cit. sub 1, s. 1053.

¹⁰⁰⁾ Úpravu práva na přiměřené zadostiučinění rozšiřuje především § 2894 odst. 2 ObčZ, který pravidla pro kompenzaci majetkové újmy vztahuje i na újmu nemajetkovou.

¹⁰¹⁾ Viz zejména přehled závěrů judikatury uvedený v článku Ondřejová, D. Přiměřené zadostiučinění z pohledu teorie a aktuální soudní praxe ve sporech z nekalé soutěže, Právní rozhledy, 2009, č. 21, s. 776 a násl.

¹⁰²⁾ Tato povinnost plyne ze zákazu vyjádřeného v § 2976 odst. 1 *in fine* ObčZ. Aplikovatelnost režimu deliktní odpovědnosti za škodu bych vyvozoval již z výslovné úpravy § 2988 ObčZ. Případnou otázku, zda při nekalé soutěži půjde o zásah do absolutního práva poškozeného (zásah přímý nebo alespoň nepřímý ve smyslu § 2910 věty druhé ObčZ), bych alespoň v případě poškozeného podnikatele řešil kladně již vzhledem k tomu, že nekalou soutěží bude zasazeno do jeho vlastnického práva k obchodnímu závodu (srov. příbuzný francouzský institut „fonds de commerce“, jehož klíčovou součástí je klientela – Pelikánová, I. Úvod do srovnávacího práva obchodního. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 75–77).

¹⁰³⁾ Ustanovení § 373 a 374 ve spojení s § 757 ObchZ. Nelze *a priori* vyloučit, že nekalosoutěžní jednání bude zároveň porušením smluvní povinnosti rušitele vůči poškozenému. V takovém případě bude i nově odpovědnost konstruována jako objektivní s možností liberace (§ 2913 ObčZ).

vědnost za nemajetkovou újmu byla judikována jako objektivní.¹⁰⁴⁾ Pro případ náhrady škody však i do budoucna platí obtížná soudní vymahatelnost vzhledem k požadavkům na prokázání výše škody, které z tohoto nároku činí spíše nárok papírový.¹⁰⁵⁾

V souvislosti s problematikou dokazování nutno konstatovat, že § 2989 odst. 2 ObčZ setrval na nevhodné konstrukci přenosu důkazního břemene podle § 54 odst. 2 ObchZ. Přímo *ex lege* je důkazní břemeno přeneseno na žalovaného, pokud je žalován spotřebitelem pro nekalosoutěžní jednání typově se dotýkající zájmů spotřebitele (tj. mimo případy agrese proti jinému soutěžiteli podle § 2982 až 2985 ObčZ a nelogicky i mimo případ dotěrného obtěžování). Důkazní břemeno se konkrétně přenáší ohledně tvrzení, že namítané jednání je nekalosoutěžní a že újma (majetková i nemajetková) byla způsobena nekalou soutěží. Žalovaný soutěžitel je v takových případech vždy nucen prokazovat skutkové okolnosti, z nichž se bude podávat, že jednání není nekalosoutěžní, resp. že újma nevznikla v příčinné souvislosti s nekalou soutěží.

Faktickým problémem je neživotnost úpravy, neboť nekalou soutěž žalující spotřebitel je anomálií.¹⁰⁶⁾ Nevhodnost konstrukce vynikne při srovnání s evropskou úpravou,¹⁰⁷⁾ která přenos důkazního břemene umožňuje bez ohledu na to, kdo je žalobcem (resp. obecně iniciátorem řízení – s ohledem na možnost správního postihu nekalé soutěže). Přenos je limitován na správnost skutkových tvrzení uvedených v reklamě nebo v souvislosti s obchodní praktikou. Pokud domnělý rušitel jejich správnost neprokáže, rozhoduje příslušný orgán na základě závěru o jejich nesprávnosti. Především ale přenos důkazního břemene není mechanický (založený *ex lege*), ale předpokládá volné uvážení rozhodujícího orgánu, který zváží přiměřenost tohoto přenosu s ohledem na konkrétní okolnosti případu (zejména oprávněné zájmy údajného rušitele a dalších účastníků řízení).

V případě žalob soutěžitelů na ochranu před klamavou a nedovolenou srovnávací reklamou české právo tedy přenos důkazního břemene vůbec nepřipouští, kvůli čemuž je naše úprava nejen nevhodná, ale i rozporná s naší povinností řádně implementovat výše nastíněnou úpravu článku 7 směrnice o klamavé a srovnávací reklamě. Směrnice se zaměřuje především na vymezení klamavé a srovnávací reklamy a podmínek dovození srovnávací reklamy. V případě následného postihu v zásadě ponechává členským státům na jejich volbě a právní tradici, aby zvolily vlastní režim správní nebo soudní ochrany (za podmínky existence přiměřených a účinných prostředků pro boj proti klamavé reklamě a pro dodržování předpisů o srovnávací reklamě¹⁰⁸⁾). Článek 7 upravující přenos důkazního břemene však zde státům neponechává příliš prostoru k úvaze a vynucuje si přiznání tohoto práva všem kompetentním soudním nebo správním orgánům.

¹⁰⁴⁾ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 5. 2006, sp. zn. 32 Odo 447/2006.

¹⁰⁵⁾ Světlou výjimkou úspěšného uplatnění práva na náhradu škody je spor o doménu „ukradenou“ bývalým jednatelem poškozené společnosti (rozsudek Vichního soudu v Praze ze dne 22. 4. 2008, sp. zn. 3 Cmo 487/2007, publikovaný in Macek, J., op. cit. sub 93, s. 375 a násl.).

¹⁰⁶⁾ Z mně známé judikatury mohou uvést jen spor rozhodovaný Nejvyšším soudem usnesením ze dne 17. 12. 2013, sp. zn. 23 Cdo 4110/2011, s tím, že řízení bylo pro překážku litispendence zastaveno, neboť spotřebitel žaloval klamavou srovnávací reklamou až po dotčeném soutěžiteli.

¹⁰⁷⁾ Článek 7 směrnice o klamavé a srovnávací reklamě a článek 12 směrnice o nekalých obchodních praktikách.

¹⁰⁸⁾ Článek 5 odst. 1 směrnice o klamavé a srovnávací reklamě.

Protože toto ustanovení posiluje ochranu soutěžitele před oběma formami nekalé soutěže, nelze v národním předpisu tuto ochranu snižovat.¹⁰⁹⁾ Progresivnější a eurokonformní je naopak úprava § 5c OchSpotř, která plně přejímá obdobnou úpravu čl. 12 směrnice o nekalých obchodních praktikách.

VI. Otázka platnosti smlouvy

Ocenit je naopak třeba další projev očisty nekalosoutěžní regulace od katalogové novely. Převzat totiž nebyl ani § 55 ObchZ, prohlašující za neplatnou od samého počátku smlouvu (resp. její část či jednotlivé ustanovení), při jejímž uzavření byl porušen zákaz nekalé soutěže.

J. Macek¹¹⁰⁾ uváděl, že tato úprava je nadbytečná, když absolutní neplatnost takové smlouvy dovozoval z § 39 ObčZ 1964 pro její rozpor se zákonem. P. Hajn¹¹¹⁾ odkazoval na úpravu omylu v tehdejší občanském zákoníku, pro niž by bylo třeba § 55 ObchZ chápat jako úpravu zvláštní. Těž přitom uzavřel, že toto ustanovení konstruuje neplatnost jako absolutní. D. Ondřejová¹¹²⁾ kromě absolutní neplatnosti alternativně zvažovala neplatnost relativní podle § 267 ObchZ a též usuzovala na nadbytečnost této úpravy.

K závěrům o absolutní neplatnosti smluv uzavřených v důsledku nekalé soutěže již na základě § 39 ObčZ 1964 bych měl výhrady. Především je sporné, zda samotné uzavření smlouvy za podmínek nekalé soutěže bude vždy rozporné se zákonem. V případě katalogových podvodů bude uzavření smlouvy skutečně součástí „skutkové podstaty“ nekalosoutěžního jednání. V případě nekalých reklam, které svým závadným obsahem přimějí zákazníky ke koupi zboží, bych již byl opatrný se závěry o rozporu smlouvy se zákonem. Posouzení platnosti konkrétní smlouvy by komplikovala otázka prokazatelnosti, že právě nekalá reklama byla důvodem (*conditio sine qua non*) pro uzavření smlouvy zákazníkem. Navíc nikoliv každé porušení zákona zakládalo absolutní neplatnost smlouvy podle § 39 ObčZ 1964. Již judikatura¹¹³⁾ k předchozí úpravě dospěla ke konceptu kvalifikovaného rozporu se zákonem, podle kterého nikoliv každé porušení zákona zakládalo neplatnost smlouvy.¹¹⁴⁾

¹⁰⁹⁾ Rozsah harmonizace upravuje čl. 8 odst. 1, který pro nedovolenou srovnávací reklamu zakazuje odlišnou míru ochrany (režim úplné harmonizace) a pro klamavou reklamu dovoluje pouze rozšíření, nikoliv zúžení ochrany poskytované směrnicí (režim minimální harmonizace).

¹¹⁰⁾ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M., op. cit. sub 16, s. 207.

¹¹¹⁾ Hajn, P., op. cit. sub 98.

¹¹²⁾ Ondřejová, D., op. cit. sub 2.

¹¹³⁾ Srov. například rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 5. 2004, sp. zn. 32 Odo 314/2003, podle něhož, „je nutno posoudit intenzitu rozporu se zákonem a přiměřenost sankce. S ohledem na smysl a účel zákona je třeba posoudit, zda postačí uplatnění zákonem předvídaných veřejnoprávních sankcí (správní tresty – pokuty, odnětí oprávnění), nebo zda smysl a účel zákona žádá, aby předmětná smlouva byla považována za neplatnou. To záleží na zvážení dalších okolností, jako je veřejný zájem – zejména v tom smyslu, k čí ochraně je určeno předmětné zákonné ustanovení, dle, smysl a účel zákona, a především následky pro druhou stranu, pod kterými je nutno vidět zejména ochranu dobré víry této strany a ochranu nabytých práv této strany. Lze učinit závěr, že v případě, kdy zákonný zákaz směřuje vůči pouze jedné ze stran smlouvy, je třeba považovat smlouvu za neplatnou pouze výjimečně, pokud by to bylo neslučitelné se smyslem a účelem daného zákonného zákazu.“

¹¹⁴⁾ Obdobně dnes § 588 ObčZ spojuje absolutní neplatnost jen s takovým právním jednáním odporujícím zákonu, které zároveň zjevně narušuje veřejný pořádek.

Absolutní neplatnost je sice významným nástrojem ochrany osob neschopných zjednatí nápravy autonomně, alespoň namítnutím relativní neplatnosti smlouvy. Zároveň koncept absolutní neplatnosti chráněným osobám odnímá možnost z rozumných důvodů se přidržit vadné smlouvy (na rozdíl od smlouvy relativně neplatné). Spotřebitel tak bude dotčen absolutní neplatností kupní smlouvy, ačkoliv je se zbožím, které pořídil na základě klamavé reklamy nebo nekalosoutěžní manipulace při kontraktaci, spokojen.

Současná úprava otázku neplatnosti smluv uzavřených v souvislosti s nekalosoutěžním jednáním výslovně neupravuje, čímž tuto a související otázky vhodně ponechává obecné úpravě neplatnosti právního jednání nebo širěji právu závazkovému (v souladu s řešením ve čl. 3 odst. 2 směrnice o nekalých obchodních praktikách).¹¹⁵⁾

VII. Trestní odpovědnost za nekalou soutěž

Navzdory opakovaným úvahám o rozšíření škály trestných činů, jichž se může dopustit právnická osoba, stále platí, že trestný čin porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže podle § 248 odst. 1 TrZ může spáchat jen fyzická osoba. Nadále platí, že se jedná o poškozovací úmyslný trestný čin vyžadující způsobení újmy nebo opatření prospěchu ve výši alespoň 50 000 Kč. S ohledem na zostřený požadavek právní jistoty podléhají trestnímu postihu pouze jednání, jimiž je naplněna některá ze zvláštních zákonných skutkových podstat nekalé soutěže. Pachatel je v takových případech zákonodárcem již relativně konkrétně informován (varován), že jde o protiprávní (nekalosoutěžní) jednání.

Příslušné ustanovení trestního zákoníku převzalo původní znění výčtu nekalosoutěžních podstat podle § 44 odst. 2 ObchZ. Změnový zákon¹¹⁶⁾ však při novelizaci jednotlivých předpisů v souvislosti s rekodifikací tento výčet ponechal bez povšimnutí. Trestní zákoník nadále hovoří o „dopuštění“ se srovnávací reklamy bez přívlastku, který by zohlednil, že ne každá srovnávací reklama je nekalosoutěžní. Potřebnou korekci však přináší návěť hovořící o porušení jiného právního předpisu o nekalé soutěži (tj. občanského zákoníku) touto srovnávací reklamou. Nadále trestní zákoník [ale i občanský zákoník v § 2976 odst. 2 písm. b)] hovoří o klamavém označování zboží a služeb, ačkoliv § 2978 spojuje porušení zákona s jedním skutkem („označení“). Lze si sice představit úspěšnou obranu obviněného, že trestní odpovědnost je proto spojena až s opakovaným nekalosoutěžním jednáním tohoto typu. Protože však je kumulativním znakem skutkové podstaty trestného činu i následek o minimální výši 50 000 Kč, nespojoval bych s tímto pro pachatele příznivým výkladem významný posun hranic trestní represe v praxi.

K tomuto posunu ovšem nedošlo ani v případě dotěrného obtěžování, které je od 1. 1. 2014 výslovně stanovenou podobou nekalosoutěžního chování. Ve výčtu § 248 odst. 1 TrZ ji však nadále postrádáme a trestní postih osoby, která ji v hospodářském styku použije a naplní i další podmínky trestní odpovědnosti, je tak v současné době vyloučen. Samozřejmě nikde není dáno, že

hranice trestní represe musí kopírovat katalog zvláštních zákonných skutkových podstat. Domnívám se však, že současný odklon není důsledkem úvah při uzpůsobování ostatních předpisů rekodifikačním zákonům, ale je pouhým opomenutím.

Ještě v dalším znaku se skutková podstata trestného činu připíná ke staré úpravě nekalé soutěže v obchodním zákoníku, a to v případě způsobené újmy. Trestní zákoník činí relevantní pouze újmu způsobenou jiným soutěžitelem a spotřebitelům. Kromě těchto osob však občanský zákoník reflektuje i újmu dalších zákazníků (z řad právnických osob a podnikajících fyzických osob). To například u katalogových podvodů, které jinak bude možné subsumovat například pod skutkovou podstatu klamavého označení zboží a služeb, s ohledem na „nespotřebitelskou“ povahu obětí znamená, že nebude naplněn jeden ze znaků skutkové podstaty a nebude tedy dána trestní odpovědnost.¹¹⁷⁾

VIII. Závěr

Nekalosoutěžní úprava v obchodním zákoníku a její judikatorní výklad podle mého soudu v podstatném rozsahu dosahovaly požadovaných kvalit. Je proto dobře, že v této oblasti byl zákonodárce převážně věren zásadě „*quieta non movere*“. Navzdory podobnosti znění obou úprav je však třeba mít na paměti, že se výrazně změnil jejich kontext – soukromé právo samotné, což se nejvýrazněji projevuje u jednotlivých nekalosoutěžních nároků.

Dílčí kritiku lze přesto vznést, a to v případech, kdy ke změně došlo, ale i v případech, kdy rekodifikace žádné změny nepřinesla.

Negativně hodnotím formulační zásahy do úpravy vyvolání nebezpečí záměny, kde došlo pro větší přehlednost k rozdělení tří variant jednání do tří samostatných odstavců, čímž ale imanentní znak potenciálu jednání vyvolat nebezpečí záměny nebo klamné představy o spojení rušitele a dotčeného soutěžitele zůstal chybně vyhrazen jen třetí subpodstatě.

S ohledem na konzervativní postoj judikatury k hodnocení jiných soutěžitelů považuji za nešťastné i vypuštění nepravdivosti jakožto nezbytného znaku, který v případě zlehčující srovnávací reklamy založí její nepřipustnost. To může v praxi vést k posílení restriktivních tendencí při posuzování srovnávacích reklam, a tak i k výraznému odklonu od liberálních tendencí evropské judikatury v oblasti posuzování této reklamy.

Osobně spatřuji další vady, tentokrát povahy nevyužití příležitosti, pro které (nutno přiznat) nenalézám oporu v názorech ostatních autorů.¹¹⁸⁾ Především ponechání implementace směrnice o nekalých obchodních praktikách v zákoně o ochraně spotřebitele a dosavadního jádra nekalosoutěžní regulace implementujícího směrnici o klamavé a srovnávací reklamě v soukromoprávním kodexu ponechalo nevyužitou příležitost ke sjednocení obou úprav v jediném předpisu. Dále za nevhodnou považuji převzatou právní úpravu skutkové podstaty zlehčování a její judikatorní výklad, který podle mého názoru neúnosně omezuje možnost soutěžitele hodnotit svého konkurenta a jeho výkony a produkty. V tomto případě nelze spoléhat na nápravu cestou judikatorního vývoje a namísto by byl výrazný legislativní zásah do úpravy § 2984

¹¹⁵⁾ Srov. například odpovědnost prodávajícího za to, že věc má vlastnost, kterou prodávající nebo výrobce popsal nebo kterou kupující očekával na základě reklamy jimi prováděné [§ 2161 odst. 1 písm. a) ObčZ].

¹¹⁶⁾ Zákon č. 303/2013 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím rekodifikace soukromého práva.

¹¹⁷⁾ Netroufám si spekulovat, zda v poměrech trestního práva lze přistoupit k extenzivnímu výkladu pojmu „jiný soutěžitel“, který by zahrnoval i zákazníky ve smyslu občanského zákoníku.

¹¹⁸⁾ Viz poznámku pod čarou č. 2.

(inspirovaný například prvorepublikovou úpravou), který by si vynutil i změnu judikatury. Pro všechny ostatní namítané vady však lze doufat, že soudcovská povaha práva proti nekalé soutěži eliminuje hrozící nebezpečí nežádoucích změn regulace soutěžního chování.

DISKUSE

Mgr. VLADIMÍR JANOŠEK, Kobylí*

Tento článek se zabývá nuceným zrušením obchodní korporace s likvidací soudem z důvodu uvedeného v § 93 písm. c) ZOK. Jeho cílem je seznámit právní obec s aktuálními doktrinárními a judikaturními závěry vztahujícími se k této otázce, jak v oblasti hmotněprávní, tak i procesněprávní, přičemž jeho autor se snaží poukázat rovněž na souvislosti, které doposud v doktríně a judikatuře výslovně řešeny nebyly.

I. Úvod

Dne 1. 1. 2001 nabyla účinnosti novela obchodního zákoníku č. 370/2000 Sb., která do § 68 odst. 6 písm. c) vložila nový důvod pro zrušení obchodní společnosti (nikoliv už družstva) soudem s cílem reagovat na v praxi poměrně časté případy, kdy společnost nemůže vykonávat činnost pro nepřekonatelné rozpory mezi společníky. Podle důvodové zprávy se citovanou novelou měla

novení v rámci společnosti s ručením omezeným, u níž bylo judikaturou připuštěno, aby se společník z těchto důvodů domáhal zrušení své účasti soudem podle § 148 odst. 1 ObchZ. Jinými slovy nepřekonatelné rozpory mezi společníky do přijetí zmíněné novely nebyly zařazeny mezi obecné důvody pro nucené zrušení obchodní společnosti s likvidací. U družstva pak i po této novele platila odlišná úprava (viz § 257 ObchZ).¹⁾

* Autor je advokátním koncipientem v obchodní společnosti Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s. r. o. Tento článek není oficiálním stanoviskem advokátní kanceláře.

¹⁾ Viz usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 6. 2007, sp. zn. 29 Odo 756/2005.

Totožnou úpravu obsahuje i zákon o obchodních korporacích, a to v § 93 písm. c). Nově však předmětné ustanovení dopadá již na všechny obchodní korporace (§ 1 odst. 1 ZOK); ostatní právnické osoby soukromého²⁾ či veřejného práva jsou však i nadále regulovány zvláštními právními předpisy.

V praxi je tento zrušovací důvod nejčastěji uplatňován u společností s ručením omezeným. Podle judikatury má sankční povahu, neboť se jím postihují případy tzv. nefunkčních obchodních korporací.³⁾ Zrušení obchodní korporace soudem je přitom jen jednou z právních skutečností, na základě kterých může být obchodní korporace zrušena (viz § 168 odst. 1 ObčZ). Výčet důvodů, pro které může soud obchodní korporaci zrušit, je taxativní.⁴⁾

II. Zahraničí

ních společností, a to jak osobních, tak i kapitálových, stejně jako jakékoliv jiné korporace nebo sdružení osob, je snaha dosáhnout společného cíle (čl. 3 Kodeks spółek handlowych), a to ať už jde o obchodní, či o sociální cíl. Základním rysem každé ze společností je myšlenka spolupráce jejich společníků. Společníci společnosti s ručením omezeným jsou přitom povinni usilovat po celou dobu existence společnosti o dosažení společného cíle. V důsledku toho je tak situace, kdy se dosažení účelu společnosti stalo nemožné, zákonným důvodem ke zrušení společnosti s ručením omezeným soudem (čl. 271 odst. 1 Kodeks spółek handlowych). V literatuře se zdůrazňuje, že neschopnost společnosti s ručením omezeným dosáhnout účelu může být způsobena konfliktem existujícím mezi společníky, kdy v důsledku tření mezi dvěma skupinami společníků s vyváženým počtem hlasů není možné přijmout usnesení, což brání v řádném fungování společnosti.“

III. Podmínky pro zrušení obchodní korporace

²⁾ Např. u nadací by se „nepřekonatelné rozpory mezi společníky“ daly podřadit pod důvod uvedený v § 377 odst. 1 písm. h) ObčZ: „Soud zruší nadaci s likvidací na návrh osoby, která na tom má právní zájem, nebo i bez návrhu v případě, že není trvale možné, aby nadace nadále plnila svůj účel.“ Nelze totiž vyloučit případy, kdy mezi zakladatelem nadace, správní radou či dozorčí radou (či mezi jejími jednotlivými členy) vzniknou rozpory, pro které nebude trvale možné, aby nadace dále plnila svůj účel.

³⁾ Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 21. 2. 2007, sp. zn. 7 Cmo 358/2006.

⁴⁾ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 26. 5. 1943, sp. zn. Rv I 526/42.