

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

IURIDICA

No 362

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY
MASARYKOVY UNIVERZITY

řada teoretická

Svazek č. 362

KOMUNITÁRNÍ A ČESKÉ PRÁVO
PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

(Vybrané kapitoly)

Petr Hajn

Masarykova univerzita
Brno, 2010

Monografické dílo je publikováno jako výsledek dílčího řešení výzkumného záměru Právnické fakulty Masarykovy univerzity č. 0086 „Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004“.

Recenzenti: Prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.
Prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš

© 2010 Petr Hajn
© 2010 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-5051-8

OBSAH

Úvod	6
------------	---

ODDÍL I. KONCEPČNÍ ÚVAHY

1. Hledá se paradigma pro evropské právo proti nekalé soutěži.....	9
2. Právo proti nekalé soutěži v Evropské unii a v České republice (Současný stav a vývojové trendy).....	24
3. Zásady „in dubio pro libertate“ a „neminem leadere“ v právu proti nekalé soutěži	39

ODDÍL II. EVROPSKÉ SMĚRNICE A ČESKÉ PRÁVO PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

1. K právní kvalifikaci nekalého soutěžního jednání	48
2. Sankce za nekalé soutěžní jednání	68

ODDÍL III. K ČESKÉ A ZAHRANIČNÍ ROZHODOVACÍ PRAXI

1. K souběhu právních úprav.....	97
2. Ke klamavým opomenutím.....	110

ODDÍL IV. PRÁVO PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI A OCHRANA SPOTŘEBITELE

1. České právo proti nekalé soutěži a evropská ochrana spotřebitele	127
2. Oslabená ochrana spotřebitele?	136

ÚVOD

Název odborné publikace by měl být stručný, výstižný a svým způsobem přitažlivý. Jako v mnoha jiných situacích jde o nároky, které jsou v konkurenčním vztahu a nelze jim všem dostát současně a v plné míře. Tituly knih proto bývají často doplňovány podtitulkem a blíže objasňovány v úvodu práce. Takovému vysvětlení jsou věnovány i následující řádky.

Publikace, kterou předkládám čtenářům, obsahuje jen některé z výsledků, ke kterým autor dospěl při řešení své části výzkumného záměru Právnické fakulty MU „Evropský kontext českého práva po roce 2004“ (MSM0021622405). Podtitulek „Vybrané kapitoly“ rovněž naznačuje, že nejde o systematický výklad českého práva proti nekalé soutěži a ani takového práva komunitárního. V něm jsou totiž upraveny (zejména prostřednictvím směrnic) jen některé otázky nekalé soutěže současně s problematikou, jež přesahuje dosavadní pojetí nekalé soutěže. V práci si všímám zejména toho, jak některé komunitární směrnice ovlivňují (mohou ovlivnit) české právo proti nekalé soutěži, pokud jde o jeho tvorbu, dosavadní výklad, rozhodovací praxi. Pozornost věnuji i některým instruktivním judikátům soudů z dalších zemí EU – tuto rozhodovací praxi pokládám totiž za významnou součást „*acquis communautaire*“.

Jednotlivé části této publikace jsou relativně samostatné a mohou být čteny či studovány výběrově těmi, jimž jsou výsledky výzkumného záměru určeny – vědeckými pracovníky, legislativci, soudci, advokáty a podnikovými právníky, pracovníky veřejné správy, studenty práv i ekonomických disciplin, specialisty v otázkách ochrany spotřebitele. Takové pojetí spisu vede k tomu, že se ve dvou či více kapitolách zabývám stejným normativním materiálem; činím to však z různých hledisek. Jednotlícím rysem celého textu by měla být skutečnost, že se snažím nepředpojatě zjišťovat, co nového pro náš stát a jeho „život práva“ znamená komunitární normotvorba a rozhodovací praxe ve věcech dotýkajících se nekalé soutěže – jaká užitečná řešení a jaké problémy a někdy i komplikace s sebou přináší, jak využít možnosti a překonávat obtíže nové právní situace.

Rukopis recenzovali prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc. a Prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš. Jejich zasvěcené posudky mi přinesly řadu podnětů, které ovlivnily výslednou obsahovou i formální podobu práce. Z posudku profesora Eliáše jsem nevyhověl jen poznámce, že na něj nepříznivě působí „vytváření zkratk zákonů (např. ObchZ), které zavedlo nakladatelství C. H. Beck proti českému jazykovému úzu (srov. obch. z).“ S touto připomínkou obecně a někdy i speciálně souhlasím (zvláště pokud zákon o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví je zkracován jako „VymPrVI“); na zkratky ObchZ a ObčZ jsem si však již zvykl stejně jako mnozí další autoři i čtenáři právnické literatury.

Častěji citované normativní zdroje a jejich zkrácené označování

LISTINA ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD – usnesení předsednictva ČNR ze dne 16. prosince 1992 o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku ČR – **Listina základních práv a svobod event. LISTINA.**

Zákon č. 513/1991 Sb. ze dne 5. listopadu 1991, obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů – **obchodní zákoník event. ObchZ.**

Zákon č. 40/1964 Sb. ze dne 26. února 1964, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů – **občanský zákoník event. ObčZ.**

Zákon č. 111/1927 Sbírky zákonů a nařízení ze dne 15. července 1927, proti nekalé soutěži – **předválečný československý zákon proti nekalé soutěži event. ZPNS.**

Pařížská úmluva na ochranu průmyslového vlastnictví ze dne 20. března 1883 ve znění pozdějších revizí, české znění uveřejněno ve vyhlášce č. 81/1885 Sbírky zákonů – **Pařížská unijní úmluva event. PUÚ.**

Směrnice Rady 84/450/EHS ze dne 10. září 1984 o klamavé reklamě – **směrnice 84/450/EHS.**

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/55/ES ze dne 6. října 1997, kterou se mění směrnice 84/450/EHS o klamavé reklamě tak, aby zahrnovala srovnávací reklamu – **směrnice 97/55/ES.**

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/48/ES ze dne 29. dubna 2004 o dodržování práv z duševního vlastnictví – **směrnice 2004/48/ES.**

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách) – **směrnice 2005/29/ES event. směrnice o nekalých obchodních praktikách.**

Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006 o klamavé a srovnávací reklamě (kodifikované znění) – **směrnice 2006/114/ES.**

Zákon č. 634/1992 Sb. ze dne 16. prosince 1992 o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů – **zákon 634/1992 Sb.**

Zákon č. 40/1995 Sb. ze dne 9. února 1995 Sb. o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb. o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů – **zákon o regulaci reklamy event. zákon 40/1995 Sb.**

Zákon. č. 221/2006 Sb. ze dne 25. dubna 2006 o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví a o změně zákonů na ochranu průmyslového vlastnictví – **zákon o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví event. zákon 221/2006 Sb.**

ODDÍL I. KONCEPČNÍ ÚVAHY

Kapitola 1

Hledá se paradigma pro evropské právo proti nekalé soutěži

Slova „hledá se“ v titulku těchto úvah vyjadřují dlouhodobý stav, v němž se vždy nacházely úvahy o právu proti nekalé soutěži. Výrazem „paradigma“ pak rozumím změnu základního východiska, k níž dochází při výzkumu té či oné oblasti přírody či lidské společnosti. Nepoužil jsem tento pojem pro jeho teoretickou apartnost či současnou neobyčejně častou frekvencovanost, i když podvědomou snahu o něco podobného nemohu vyloučit. Jeho prostřednictvím lze totiž naznačit, že se v Evropě snažíme nalézt novější a jednotnější (či spíše sjednocující) názory na hospodářské soutěžení a jeho právní regulaci. Neměl by totiž přetrvávat stav, který již před řádkou let Schricker charakterizoval slovy: „Co je v jednom členském státu nepřípustné, je v jiném bez dalšího pokládáno za dovolené.“ Zároveň si již v názvu svého článku kladl otázku, zda úsilí změnit takovou situaci není beznadějným podnikem.¹

I. KE KOŘENŮM NORMATIVNÍ ÚPRAVY NEKALÉ SOUTĚŽE

1. Ono hledání, kterým se zabýváme a které se uskutečňuje v teorii i praxi práva proti nekalé soutěži, mělo a má dát konec konců odpověď na otázku, co je a co není nekalou soutěží, jaká jednání v konkurenčním boji

¹ SCHRICKER. G. Die europäische Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs – ein aussichtsloses Unterfangen? *GRUR Int.*, 1990, č. 9. s. 771.

má soukromé právo dovolovat a jaká zakazovat. Dlouholetá zkušenost² především ukazuje, že řešení takové otázky nemůže spočívat pouze ani především ve zvlášť zdařilé, vybroušené zákonné definici nekalé soutěže či podrobnější úpravě jednotlivých případů (skutkových podstat) nekalé soutěže.

2. Názorným argumentem pro tvrzení právě uvedené je zkušenost z **Francie. Zde se právo proti nekalé soutěži rozvinulo na základě právních ustanovení, která se o nekalé soutěži (concurrency déloyale) výslovně nezmiňovala a upravovala rozsáhlejší problematiku civilní odpovědnosti. Jednalo se ustanovení článků 1382 a 1383 Code civile.** Podle prvního z těchto ustanovení má povinnost k náhradě škody každý, kdo škodu způsobil svým zaviněným jednáním. Podle ustanovení druhého odpovídá za škodu nejen ten, kdo ji způsobil určitým svým činem, ale i svým opomenutím, neopatrností. Na základě těchto obecných ustanovení o soukromoprávní odpovědnosti za škodu pak francouzští soudci vytvořili a rozvinuli pravidla řádného soutěžního počínání i jednotlivé typy a dílčí podoby soutěže nekalé, jimž se až mnohem později dostávalo výrazu v normativních úpravách.

V recenzním posudku této práce poukázal K. Eliáš na skutečnost, že úprava analogické zmíněné úpravě francouzské „byla i v ABGB (§ 1285) a ač se hospodářská praxe takového řešení (to je použití uvedeného ustanovení ve věcech nekalé soutěže – poznámka P. H.) domáhala a ač Randa ve svém spisu o náhradě škody na využitelnost cit. ust. pro tyto účely poukázal, rakouští (v politickém slova smyslu, tedy i čeští) soudci z ní nedokázali vytěžit nic“, tj usuzovali, že „v dosavadním zákonodárství rakouském nemáme ustanovení ku potírání nekalé soutěže“ (zde Eliáš cituje rozhodnutí zemského soudu v Brně z 10. 12. 1902 a odkazuje na Zprávy Právnícké jednoty moravské v Brně, 1905, č. XIV., s.39).

3. Francouzský příklad naznačuje několik obecnějších poznatků, které jsou potvrzovány i mnoha zkušenostmi jinými. Jedno z jeho poučení zní tak, že velmi jednoduchá, obecná právní úprava je dostatečným nástrojem

² Obecnější poznatky o vývoji soutěžního práva viz u ELIÁŠ, K. Vývoj soutěžního práva se zřetelem ke středoevropskému kontextu, in ELIÁŠ, K., BEJČEK, J., HAJN, P. et al. *Kurs obchodního práva. Obecná část – Soutěžní právo*, 5. vyd., Praha: C. H. Beck, s. 288 a n.

k nalézání práva v rukou zdatného soudce. (Platí samozřejmě i opak – důkladná, podrobnější právní úprava může vést k problematickým rozhodnutím.) Na vývoji francouzského práva proti nekalé soutěži se také potvrdilo, že rozdíl mezi kontinentálním právem a common law není zdaleka tak příkrý, jak by se při povrchním zkoumání mohlo zdát. Vyjádříme-li tuto myšlenku konkrétněji a ve vztahu k našemu tématu, dospějeme ke zjištění, že **právo proti nekalé soutěži může být (a ve skutečnosti také je) do značné míry právem soudcovským a že i v kontinentální Evropě je toto právní odvětví soudci nejen dotvářeno, ale do značné míry i vytvářeno.** Jaký je rozsah i obsah této soudcovské tvorby práva proti nekalé soutěži v jednotlivých zemích, bude zřejmě záležet na řadě okolností, **které by se daly označit za národní právní kulturu.** Ta je ovšem nyní pod vlivem komunitárních směrnic (někdo by v této souvislosti mohl uvažovat o vytvářející se „právní kultuře bruselské“), jak o tom bude ještě řeč v dalších kapitolách této práce. Existuje zde i významná souvislost – také na ní poukázal Eliáš v recenzním posudku této práce – s otázkami profilace právníků a se zaměřením jejich vysokoškolské výuky.

4. Myšlenky z předchozího odstavce nejsou vyvraceny **legislativní praxí jiných států, v kterých došlo k rozvoji práva proti nekalé soutěži na základě specifitějších úprav.** Ty vycházely z Pařížské unijní úmluvy na ochranu průmyslového vlastnictví z roku 1883 ve znění pozdějších revizí. Článek 10bis PUÚ ukládá – ve svém prvním odstavci – unijním zemím povinnost „zajistit příslušníkům Unie účinnou ochranu proti nekalé soutěži.“ Druhý odstavec téhož ustanovení pak vymezuje nekalou soutěž jako každou „soutěžní činnost, která odporuje poctivým zvyklostem v průmyslu nebo obchodě“. Toto **obecné ustanovení, označované též jako generální klauzule proti nekalé soutěži (dále jen „generální klauzule“), je následováno** – v třetím odstavci uvedeného ustanovení – **demonstrativním výčtem několika základních jednání, jež naplňují společnou charakteristiku nekalé soutěže** a proti nimž mělo být postupováno ve smyslu odstavce prvního. Zejména musí být v členských státech zakázány:

- a) jakékoliv činy, které by mohly jakkoli způsobit záměnu s podnikem, výrobky nebo s průmyslovou nebo obchodní činností soutěžitele;
- b) falešné údaje při provozování obchodu, které by mohly poškodit dobrou pověst podniku, výrobků nebo obchodní činnost soutěžitele;

- c) 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.

Tyto zákazy pamatují na „hlavní soutěžní hříchy“ a dají se označit jako dílčí případy nekalé soutěže či její **speciální skutkové podstaty**. Pařížská unijní úmluva svým článkem 10bis tak byla příkladem a vzorem základní struktury, která se v řadě evropských zemích uplatňuje při úpravě nekalé soutěže. Tento model sestává z generální klauzule a speciálních skutkových podstat, jejich počet bývá oproti čl. 10bis PUÚ rozsáhlejší. Klíčovou figurou v něm je generální klauzule. Ta jednak stanoví zásadní podmínky, jež musejí být dány, aby mohlo dojít k aplikaci dílčích skutkových podstat. Generální klauzule navíc nachází samostatné uplatnění tam, kde určité jednání naplnilo alespoň její obecné znaky, byť nemůže být podřazeno pod některou z dílčích skutkových podstat. Existence generální klauzule tak opět vede k tomu, že při řešení soukromoprávních soutěžních střetů má neobvyčejný význam rozhodovací činnost soudů. Právo proti nekalé soutěži je i při použití tohoto jeho modelu ve velkém rozsahu právem soudcovským a obdobně dospíváme ke zjištění, která byla shora uvedena v souvislosti s původní regulací nekalé soutěže ve Francii. Platí to tím spíše, že i **dílčí skutkové podstaty nekalé soutěže bývají formulovány dosti abstraktně a například úpravy klamavé reklamy bývají označovány jako „malé generální klauzule“**.

II. POZDĚJŠÍ VÝVOJ PRÁVA PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

1. Povšimněme si nejprve znovu PÚU, která **vymezuje nekalou soutěž jako „každou soutěžní činnost, která odporuje poctivým zvyklostem v obchodě“**. Takové vyjádření vedlo k tomu, aby jako soutěžně nekalá byla pojmána ta jednání, jež si zaslouží označení „nepoctivá“ a tím i určitý etický odsudek. Také **pozdější normativní požadavek, aby soutěžní jednání odpovídalo „dobrým mravům“**, jak se například uplatnil v německé právní úpravě nekalé soutěže z roku 1909 (Gesetz gegen den unlauteren

Wettbewerb – dále UWG 1909), mohl evokovat představu starořímského institutu a jeho etického ukotvení.

2. „Dobré mravy“ nebyly ovšem v soutěžních věcech vykládány jednoznačně. Názorně to naznačil Hamann v díle z roku 1930, kde si povšimnul německé rozhodovací praxe ve věcech nekalé soutěže i názorů německé vědy na tuto oblast právního řádu a právní praxe. Uvedl, že německý říšský soud „*definuje takto jednání proti dobrým mravům soutěže: Jednání přičítá se tehdy dobrým mravům soutěže, když cit slušnosti (Anstandsgefühl) všech správně a spravedlivě (billig und gerecht) myslících obchodních kruhů v úvahu přicházejících tímto jednáním se uráží.*“ O několik řádek dále pak Hamann psal: „*Říšskoněmečtí juristé celkem shodují se v tom, že pro otázku dobrých mravů není měřítkem účinek, jež jednání má na všeobecné dobro....Soutěžní jednání nemusí býti nezbytně nekalým, ohrožuje-li veřejné dobro. Kohler za účelem podepření této úvahy neváhá tvrditi, že „sotva existuje nějaká nemorálnost, jež by aspoň jednou také již k pokroku lidstva nepřispěla; vždyť kultura nemůže postrádati d'ábla.“*³

3. Pozdější vývoj s sebou přinesl specifičtější formulaci, v níž se operuje s „dobrymi mravy *hospodářské* soutěže“. Byla uplatněna v českém předválečném zákonu proti nekalé soutěži z 15. 7. 1927 č. 111/1927 Sb. z. a n. (dále jen „ZPNS“) a naznačovala, že obecné „dobré mravy“ a „dobré mravy hospodářské soutěže“ nejsou totéž. Jejich poměr byl graficky vyjadřován pomocí dvou nesoustředných kružnic a – s použitím modernější terminologie – se dá označit jako „průnik množin“. Odtud pak je již jen krůček k názoru, že **právo proti nekalé soutěži obsahuje i určitá „technická pravidla“ a postihuje i jednání eticky neutrální, pokud by mohla komplikovat průběh „soutěžní hry“**. Existuje tu analogie s hrami sportovními, u nichž jsou soudci „pískány“ některé přestupky (např. přihrávka „přes dvě čáry“ v hokeji; kroky v košíkové; postavení mimo hru), jež si většinou nezaslouží morální odsudek.

4. **Novější vývoj vedl k tomu, že ochrana spotřebitelů (původně opomíjená a později chápaná pouze jako „vedlejší produkt“ ochrany sou-**

³ HAMANN, L., DRÁBEK, J., BUCHTELA, R. *Nekalá soutěž (komentář)*. Praha: Právnícké knihkupectví a nakladatelství, 1930, s. 14 a 15.

těžitelů) se stala „plnohodnotným“ účelem práva proti nekalé soutěži. Sami spotřebitelé se pak stávají hlavními nebo až přednostně podporovanými subjekty ochrany.⁴

5. Jako soutěžitelé byli původně chápáni jen podnikatelé působící na nabídkové straně trhu a navzájem si bezprostředně konkurující. Novější pojetí je výrazně vyjádřeno v rozhodnutí Vrchního soudu v Praze č. j. R 3 Cmo 1336/94⁵, kde čteme: *Nekalou soutěží se podle § 44 ObchZ rozumí každé jednání v hospodářské soutěži, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům, popř. soutěžiteli nebo spotřebitelům.*

Nekalé soutěže se může dopustit jak podnikatel tak nepodnikatel, jak výslovně uvádí § 41 ObchZ. Skutečnost, že nejčastější je nekalosoutěžní jednání podnikatele, které je způsobilé přivodit újmu jinému přímo soupeřícímu podnikateli, který poskytuje plnění téhož druhu nebo plnění zastupitelné, nemůže vést k restriktivnímu výkladu úpravy, proti jejímu jasné vyjádřenému znění.

6. **Právo proti nekalé soutěži** bylo postupně chápáno i jako **jeden z nástrojů prosazování veřejných zájmů**; ostatně již v PUÚ a jejím článku 10 bis se uvažuje s ochranou *veřejnosti proti klamání*. Určitá publicizace soukromého práva proti nekalé soutěži je patrná ze skutečnosti, že některé právní prostředky proti nekalé soutěži mohou uplatňovat i právnické osoby, jež chrání společné zájmy soutěžitelů i spotřebitelů. Uplatňuje se i názor, že právo proti nekalé soutěži má přispívat k ochraně hospodářské soutěže jako instituce a že i tato myšlenka by měla být brána v úvahu při interpretaci § 44 odst. 1 a násl ObchZ a měla by být potírána jednání, která v konkrétním případě a sama o sobě nejsou způsobilá přivodit příliš velkou újmu, jejich rozšíření by však mohlo vést k tomu, co bývá označováno za „**zdivočení soutěžních mravů**“.⁶

⁴ HAJN, P. K úpravě nekalé soutěže po „technické novele“ ObchZ. *Bulletin advokacie*, 2002, č. 5, s. 8 a n.

⁵ Uveřejněno v MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže*. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 51.

⁶ HAJN, P. *Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 128.

7. Vývoj práva proti nekalé soutěži je v evropských zemí charakterizován i rostoucím počtem dílčích skutkových podstat nekalé soutěže. Základní „soutěžní hříchy“ zachycené v shora uvedeném čl. 10bis PUÚ byly a dále jsou v národních právních řádech diferencovány a vyjádřeny v nových dílčích skutkových podstatách nekalé soutěže. Ty se nezdá být týkají jednání, jež by byla dobře postižitelná podle generální klauzule proti nekalé soutěži (srov. § 52 ObchZ „ohrožování zdraví a životního prostředí“) a zákonodárci se takto někdy až demonstrativním způsobem hlásili k novým společenským trendům. Jindy se do dílčích, výslovně upravených skutkových podstat nekalé soutěže „převádějí“ tak zvané „soudcovské skutkové podstaty nekalé soutěže“ – řešení, jež byla dlouhodoběji uplatňována v judikatuře a jež se až dosud posuzovala jen podle generální klauzule. **Dosavadní texty dílčích skutkových podstat nekalé soutěže se stávají rozsáhlejšími, specifičtějšími i na základě evropských směrnic, jak si toho později ještě všimneme podrobněji.**

8. Katalogy případů chápaných jako nekalá soutěž a posuzovaných buď podle speciálních skutkových podstat, nebo podle generální klauzule jsou zároveň částečně redukovány. Zmizely z nich nebo se do nich nedostaly v novějších úpravách případy jako „prémiování“, bezúplatné nasycení trhu, některé z forem působení na lidské city. I to je dost přirozený vývoj; právní řád a jednotlivé jeho součásti by neměly připomínat ony domácnosti, do nichž stále nové předměty přibývají a žádné z nich nemizí.

9. Některé uvedené i další novoty obsahovala zejména novější německá úprava nekalé soutěže z roku 2004 (dále německý „UWG2004“). Postulovala např. **ochranu veřejnosti jako jeden ze základních cílů práva proti nekalé soutěži.** Při vymezení základních podmínek nekalé soutěže použila jako součást generální klauzule tak zvanou „**bagatelní klauzuli**“, jejíž německý text zněl: „Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig.“ V českém překladu (spíše významovém než doslovném) pak toto ustanovení říká, že jsou nepřipustná taková soutěžní jednání, která jsou schopna soutěž ovlivnit, a to nikoliv pouze nevýznamným způsobem, k újmě soutěžitelů, spotřebitelů nebo jiných účastníků trhu. Jednoduší formulaci použila pak poslední novela německého zákona proti nekalé soutěži

(„UWG 2008“), kde se kvalifikace „nekalá soutěž“ vztahuje na jednání, jež jsou schopná citelně (spürbar) narušit zájmy soutěžitelů, spotřebitelů a jiných účastníků trhu.

Bagatelní klauzule tak i na oblast práva proti nekalé soutěži vztahuje pravidlo „de minimis“, které je již dlouhodobě uplatňováno v druhé větvi soutěžního práva – v právu na ochranu hospodářské soutěže. Prakticky to znamená, že i takové jednání, která naplňuje formálně znaky některé z dílčích skutkových podstat nekalé soutěže (nebo soudcovské skutkové podstaty nekalé soutěže) nemá být postihováno právem proti nekalé soutěži, pokud nepřináší závažnější újmu subjektům, jimž právo proti nekalé soutěži poskytuje ochranu. Jde o příklad toho, co lze označit za „**derogační úlohu**“ **obecného ustanovení ve vztahu k ustanovením speciálním** a co modifikuje ustálenou představu o tom, že je to vždy jen ustanovení speciální, které může derogovat ustanovení obecné.

Ani zde ovšem nejde o převratnou novinku a k uplatnění pravidla „de minimis“ i v právu proti nekalé soutěži se dalo dospět již dříve a také dospívalo. Sám jsem v této souvislosti napsal: *Zákon ostatně nijak neurčuje rozsah určité újmy, která musí z určitého jednání alespoň hrozit, aby takové jednání mohlo být posouzeno jako nekalosoutěžní; nehovoří například o újmě značného rozsahu, újmě podstatné apod. I tu bude záležet na tom, jak bude vykládán pojem újma; v rozhodovací praxi lze dospět k názoru, že újma (ať již hrozící nebo skutečně existující) v zanedbatelném rozsahu vlastně újmou není.*⁷

10. V průběhu doby se i v oblasti práva proti nekalé soutěže projevuje svérázným způsobem **cykličnost ekonomického života**, střídá se přísnější i mírnější posuzování soutěžní férovosti a někdy i souběžné uplatňování obou těchto přístupů. Takové změny nabyly na intenzitě se vznikem Evropských společenství a s jejich rozšířením o další státy. Jedním ze zásadních cílů Společenství je **volný pohyb zboží a služeb mezi členskými státy**. Pokud se tento cíl dostane do střetu s jinými cíli společenství, může to vést ke kompromisnímu či ambivalentnímu řešení. Dobře se to dá demonstrovat na jednom z druhotnějších (a časově později uplatňovaných) cílů společenství, jímž je ochrana spotřebitelů. Ti jako zpravidla „slabší partneři“ na trhu

⁷ HAJN, P. dílo cit. v pozn. 6, s. 128.

mají být chráněni před manipulací ze strany obchodních profesionálů; důsledná ochrana spotřebitelů by však někdy bránila volnému pohybu zboží a služeb. Proto spolu s růstem právních norem sloužících ke konkretizované ochraně spotřebitele se od soudobého spotřebitele zároveň očekává, že projeví více informovanosti, soudnosti, obezřetnosti, aby odolal reklamnímu lákání a různým trikům při označování zboží. Významná role tu připadala Evropskému soudnímu dvoru (dále jen „ESD“). Ten zejména přispěl k **vytváření nového obrazu (modelu) evropského spotřebitele, který různá marketingová opatření (zejména reklamu a značení zboží) má sledovat obezřetněji, uvážlivěji, dospěleji, než jak to vyplývalo z dřívějších požadavků na spotřebitelovu pozornost a soudnost.** Podrobněji si této stránky věci všimneme při rozboru evropských směrnic a rozhodovací praxe, která se k nim upíná.

11. Pokusme se nyní soustředit několik obecnějších myšlenek, které se snad dají vyvodit z toho, co jsme zjistili v této části našich úvah:

- a) **Změny v evropských úpravách a ve výkladech práva proti nekalé soutěži** (a nešlo o změny nevýznamné) se uskutečňovaly spíše pozvolně, **nebyly zlomové**, docházelo k nim v neustále interakci mezi soudní rozhodovací praxí a teorií soutěžního práva. Současná **otázka zní, zda pokračovat v tomto postupném vývoji, nebo hledat bod zásadního obratu** a dosáhnout ho pomocí podstatně nových úprav. Osobně se kloním spíše k prvému z uvedených řešení.
- b) Při právní regulaci (a zejména při regulaci tvořivých činností, k nimž patří hospodářská soutěž) **nelze nalézt takový „slovní kámen mudrců“, takový text zákona, jež by dával spolehlivé návoody pro rozhodnutí všech konkrétních sporů.** Také zásadní rozhodnutí ESD i vyšších národních soudů představují pouze orientační pomůcky a nevyloučí platnost základního pravidla soutěžního práva, že totiž všechno (nebo alespoň mnohé) záleží na okolnostech jednotlivých případů.
- c) Přes to, co právě řečeno sub b), **je účelná jednotnější regulace jednoduchých, standardních situací**, jež se dá uskutečňovat v právních úpravách, v judikatuře i v jiných pomůckách pro jednotnější rozhodování a posuzování (např. v etických pravidlech samoregulačních orgánů).

- d) **Významná část případů, které budou nebo mohou být hodnoceny jako nekalá soutěž, bude vyžadovat interpretaci neobvyklých skutkových stavů a s tím spojenou interpretaci neurčitých právních pojmů.** Bude proto vyžadovat **značnou dávku kreativity** od všech, kdo se na tvorbě a posuzování soutěžních opatření podílejí (například od zadavatelů reklam a jejich marketingových specialistů, od tvůrčích pracovníků v reklamních agenturách, od advokátů a podnikových právníků a soudců a pracovníků správních orgánů, jež dozírají na reklamu, ochranu spotřebitele a činnost elektronických médií). Ti všichni budou muset v **méně jednoduchých případech řešit střety různých hodnot a účelů (typicky rozpor mezi komerční úspěšností a soutěžní férovostí)**, dávat abstraktním formulacím zákona konkrétní obsah, hledat a nalézat pro svá řešení příhodné argumenty. Pomoc pak očekávají mimo jiné od teorie práva proti nekalé soutěži, která tak má zároveň možnost dokazovat, že její úkol nespočívá jen ve slovní a logické interpretaci zákonných textů, v systematizaci a komentování rozhodovací praxe.⁸ Měla by přinášet ucelenější názory na hospodářské soutěžení, na možnosti a meze práva při regulaci této soutěže. Takové názory mohou být tradičnější i novější, někdy i podstatně nové. Pak se v souvislosti s nimi může použít pojem „paradigma“ či je charakterizovat tak, jak to činí název následující části těchto úvah.

III. KE KONCEPČNÍM ÚVAHÁM O PRÁVU PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

1. Právní vědci i teoreticky uvažující praktici se vždy snažili nalézt ucelenější oporu pro řešení otázek, které jsme naznačili v závěru předchozího oddílu. V naší předválečné odborné literatuře je v tomto směru pozoruhodný **pokus Skálův**. Ten **hospodářskou soutěží rozuměl „spoluzávodění dvou nebo více osob o zákaznictvo a odbyt zboží nebo výkonů“**⁹

⁸ Takové zúžené chápání právní vědy při různých příležitostech oprávněně kritizuje K. Eliáš.

⁹ SKÁLA, K. *Nekalá soutěž*. Praha: Praetor, 1927, s. 1.

s tím, že „navenek jeví se soutěž snahou rozsah vlastního podniku neustále zvětšovati neb alespoň v dosavadních pozicích udržovati“. V rámci tohoto poměrně úzkého pojetí hospodářské soutěže (měla se odehrávat pouze na nabídkové straně trhu) Skála rozvíjel koncepci soutěžních pozic, soutěžních relací a soutěžního pořádku. Soutěžní pozicí rozuměl situaci, za níž je podnikatel v řadě soutěžitelů co do významu a rozsahu svého podnikání na prvním místě, podnikatel B je druhým, podnikatel C třetím atd. Jako soutěžní relaci pak označoval vztah, v jakém se soutěžitelé nalézají mezi sebou. Soutěžní pozice a relace nacházejí výraz v soutěžním pořádku, přičemž při správném, legálním postupu musí být soutěžní pozice a relace v náležitém pořádku a odpovídat vynaložené práci a kapitálu. Podle Skály právní řád nahlíží na soutěžní pozice a relace jako na každá jiná nabytá práva, chrání je jako nehmotné statky proti snahám o jejich změny na základě použití protiprávních, nelegálních prostředků.¹⁰

2. Koncepčním úvahám o nekalé soutěži věnovali pozornost zejména právní vědci němečtí a původně rozvíjeli **funkční pojetí hospodářské soutěže**. Funkční soutěží měla být taková soutěž, při níž prostředkem k získání soutěžního předstihu jsou – zjednodušeně vyjádřeno – kvalitní výrobky, příznivé ceny, lepší služby zákazníkům a nikoliv klamavé, parazitní, agresivní soutěžní metody. Novější koncepce si pak kladou otázky, koho chrání právo proti nekalé soutěži, **kdo jsou subjekty ochrany (k těm patří soutěžitelé, spotřebitelé, ostatní účastníci trhu i veřejnost) a jaký je objekt ochrany (co chrání, resp. proti čemu chrání, jaké zájmy chrání právo proti nekalé soutěži)**. Obě tyto kategorie otázek jsou navzájem spojeny, neboť okruh chráněných subjektů předurčuje okruh chráněných zájmů a naopak **objektem ochrany (v němčině „Schutzobjekt“ a též „Schutzgut“ je výkonová soutěž, jež k své ochraně vyžaduje omezení (v němčině „Unterbindung“)** nekalých soutěžních jednání. Objekt ochrany je chápán v sociálněprávním smyslu jako ochrana všech různorodých zájmů střetávajících se v hospodářské soutěži. Tato ochrana se pak uplatňuje s využitím **objektivních norem chování, která nezajišťují určitá výlučná práva (jako je tomu například u práva známkového a jiných**

¹⁰ SKÁLA, K., dílo cit. v pozn. 9, s. 5 a n.

průmyslových práv), ale slouží hladkému fungování soutěže a společným zájmům tím, že zakazují uplatňovat v hospodářské soutěži nekalé prostředky.¹¹

3. Nové koncepce v právu proti nekalé soutěži hledala i dvě odborná setkání, která se konala v červnu roku 2005. Symposium, které bylo první v časovém pořadí, organizoval mnichovský institut Maxe Plancka pro duševní vlastnictví, právo soutěžní a daňové. Akce se konala v Budapešti na Středoevropské univerzitě (dále též jen „symposium v Budapešti“) a nesla název „Das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb in den neuen Mitgliedstaaten: Impulse für Europa?“ („Právo proti nekalé soutěži v nových členských státech: Impulzy pro Evropu?“). Druhé z obou setkání – pod názvem „LAUTERKEITSRECHT IM UMBRUCH“ – uspořádal Institut pro podnikatelské a hospodářské právo při právnické fakultě Vídeňské univerzity ve spolupráci s rakouským Spolkovým ministerstvem hospodářství a práce a rakouskou Hospodářskou komorou (dále též jen „symposium ve Vídni“). Myšlenkové směřování obou odborných akcí bylo dost podobné a prolínalo jednotlivými dílčími příspěvky. Ty s větší či menší intenzitou naznačovaly, že v právu proti nekalé soutěži nastává čas rozloučit se s některými tradičními přístupy a hledat nová výchozí řešení a v zásadě shodné evropské způsoby uvažování.

4. Na sympoziu ve Vídni v této souvislosti zvláště často zazníval pojem „paradigma“. Některé z přístupů k právu proti nekalé soutěži, které tam byly uplatňovány, lze označit za typicky „profesorské“. Byl v nich vyjádřen **názor, že i v dané oblasti práva se má uplatňovat určitý ze soudobých směrů právního myšlení, zejména tak zvaná ekonomická analýza práva.** Tato moderní a svým způsobem módní právní škola je rozšířena zejména ve Spojených státech a postupně se uplatňuje i v Evropě.¹² Do určité míry navazuje na starší učení o efektivnosti práva, hojně si však při řešení řady právní situací slouží i matematickým instrumentariem. Jde jistě

¹¹ Viz HARTE-BAVENDAMM, H., HENNING-BODEWIG, F. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Mnichov: C. H. Beck, 2004. s. 483 a n. i další početná literatura tam uvedená.

¹² Srov. OGUS, A., FAURE, M. *Économie du droit: le cas Français*. Paříž: Editions Pantheon-Assas, 2002.

o **podnětný nástroj ke kultivaci a všestrannosti právníkova myšlení**, nejsem si však jist, že by to byl všeobecněji použitelný, operabilní prostředek při posuzování jednotlivých případů nekalé soutěže i jiných právních záležitostí. Úvahám a rozhodnutím v záležitostech nekalé soutěže by nepochybně prospíval ekonomičtější přístup (**koncepce „more economic approach“**), **použití matematického instrumentaria se však uplatní jen v jednodušších případech nebo dílčích otázkách** (například při výpočtu náhrad). Rozhodnutí o samotném základu nároku (o charakteru určitého soutěžního jednání) bude především řešit střet hodnot, které se těžko uvádějí na společného exaktnějšího jmenovatele.

5. V praxi se jako dobře použitelná jeví **koncepce, která by se dala označit za ústavněprávní** a kterou uplatnil na sympoziu v Budapešti Hilty.¹³ Vycházel ze **zjištění, že subjekty hospodářského života mají zásadní právo chovat se soutěžním způsobem a volit tomu odpovídající způsoby svého jednání. Právní restrikce, jež omezují soutěžní chování, mají být chápány jako výjimečné a pro jejich uplatnění musí proto existovat dobře hájitelné důvody.** Taková koncepce se opírá o **uvažování ústavněprávní**, jak lze demonstrovat i na ustanoveních LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky. Již z práva „podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost“, které je upraveno v čl. 26 LISTINY, vyplývá právo používat těch metod, které k podnikání a hospodářské činnosti ústrojně patří, zejména metod soutěžních. Nejde ovšem o možnosti neomezené, jak se podává z článku 26 odst. 2 LISTINY, podle něhož zákon může stanovit podmínky a omezení pro výkon určitých povolání a činností. Možnosti a meze zásadně svobodného používání soutěžních metod vyplývají i z dalších ustanovení LISTINY (viz např. právo na šíření a přijímání informací v čl. 17 LISTINY, které se týká též informací komerční povahy). Uvedená koncepce tak ladí s tradičnějším učením o vážení zájmů již proto, že mezi jednotlivými právy a svobodami stanovenými v LISTINĚ, existuje nejen vztah souladu (kompatibility), ale i vztah konkurence. Při něm se uplatní zejména čl. 4 odst. 4

¹³ Viz HILTY, R. M., HENNING-BODEWIG, F. (editoři). *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm, in Europe?* Berlin Heidelberg: Springer, 2007.

LISTINY o tom, že při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu.

V souvislosti s právě uvedenou koncepcí vzbudila na konferenci v Budapešti pozornost česká právní úprava v obchodním zákoníku, jak se jí budeme zabývat ve třetí kapitole tohoto oddílu.¹⁴

6. Hilty uplatnil i další základní koncepci, podle které **právo proti nekalé soutěži má soutěžitelům zajišťovat ochranu investic, které vynaložili**. Investice v tomto pojetí jsou chápány velmi široce (investice do výroby, různých forem označení a jiných marketingových aktivit). V této koncepci dochází k jistému sblížení práva proti nekalé soutěži s právy duševního vlastnictví. V obou případech mají mít ti, kdo na trh přicházejí s něčím novým, zajištěn dočasný monopol na to, aby mohli výlučně těžit ze své tvořivosti i z ochoty riskovat.¹⁵

7. Na konferencích výše uvedených rozvíjel autor těchto řádek svou dříve uplatněnou koncepci, jež vychází z myšlenky, že **hospodářské soutěžení je součástí celkového lidského soutěžního chování**.¹⁶ **To pak má svou biologickou podmíněnost (dimenzi) i kulturní podmíněnost (kulturní dimenzi)**. V hospodářském soutěžení (stejně jako v jiných formách lidského soutěžení) se projevuje úsilí o přežití lidského druhu. **Přirozené soutěžní vlastnosti (a svým způsobem soutěžní ctnosti) jsou: a) lidská aktivita, průbojnost; b) schopnost učinit sebe a výsledky své činnosti zajímavými (lákavými); c) schopnost využít vše, čeho lidstvo dosáhla ve svém kulturním vývoji (inovace cestou částečné imitace). Za základní „hříchy“ v hospodářské soutěži se pak běžně¹⁷ považuje: a) agresivita; b) klamání; c) cizopasné počínání.**

V praxi nebude vždy jednoznačné, zda se jedná o to či ono z takto označených párových jednání. Ta navíc mají nejen naznačené krajní póly „černé“ a „bílé“, ale i četné „šedé zóny“, moderní terminologií by se dalo mluvit o oblastí mlhavých množin. Vytyčovat a neustále zpřes-

¹⁴ K tomu podrobněji viz též HAJN, P. dílo uvedené v pozn. 6, s. 28 a n.

¹⁵ Viz HILTY, R. M. práce zmíněná v pozn. 13, kapitola „Justifying a European Legal Protection of the Competitor“, s. 16 a n.

¹⁶ HAJN, P. dílo uvedené v pozn. 6, kapitola „O právu na soutěžní chování“, s. 14 a n.

¹⁷ Srov. speciální skutkové podstaty nekalé soutěže v PUÚ.

ňovat hranici mezi přípustným a nepřípustným soutěžním chováním je především úkolem těch, kdo rozhodují o tom, jaké soutěžní metody použít a jak je v právních sporech posoudit. Kriteria pro taková rozhodnutí jsou v průběhu času měnlivá i v závislosti na hospodářské situaci a převládajících kulturních hodnotách a dokonce politických přístupech. **Posuzující soutěžní jednání, si v každém případě musíme stejně pečlivě všimnout nejen toho, co je v něm „hříšného“ (zavrženíhodného), ale i toho, co je v něm aktuálně nebo perspektivně užitečného.** Musíme pak všestranně vážit střetávající se zájmy a hodnoty a snažit se zjistit, co negativního či pozitivního převažuje.¹⁸

8. Každá z naznačených koncepcí v právu proti nekalé soutěži (a jistě existují a budou existovat i koncepce další) zpravidla postihuje některou ze stránek tak složitého jevu, jakým může v některých případech být hospodářské soutěžení. Již proto se v praxi uplatní (vědomě či intuitivně) různé přístupy. **Pravděpodobně se potvrdí i obecnější zjištění, které platí pro různá koncepční východiska ve vědách. Nová teoretická koncepce bývá často ve své podstatě koncepce dosti stará, vyjádřená jen pomocí jiného pojmového aparátu. Skutečně originální pojetí bývají většinou jednostranná, posouvají však vývoj lidského poznání. Běžné životní praxi často lépe vyhovuje eklektický přístup.** Při něm lze uplatnit tu nebo onu (tradiční či novější) výchozí koncepci nebo určitou kombinaci přístupů; konkrétní volba pak bude záležet na okolnostech jednotlivého případu a nevyhnutelně i na vlastnostech těch, kdo rozhodují – na jejich osobnostní struktuře, životních zkušenostech, celkovém rozhledu právním, ekonomickým, psychologickým, obecně kulturním, na schopnosti myslet koncepčně.

¹⁸ Jak výstižně (v rámci širších úvah o interpretaci práva) uvádí Kelsen, metoda „vážení zájmů je pouze formulací problému, nikoliv jeho řešením. Neposkytuje žádného objektivního měřítka, na základě něhož by bylo lze vyrovnati odporující si zájmy a tak rozhodovati jejich konflikty“. KELSEN, H. *Ryzí nauka právní – metoda a základní pojmy*, přeložil Václav Chytil. Praha: Orbis, 1933.

Kapitola 2

Právo proti nekalé soutěži v Evropské unii a v České republice *(Současný stav¹⁹ a vývojové trendy)*

Motto: „Svět se topí v příkazech a není
v jeho moci uskutečnit jedině
z deseti hlavních přikázání.“

Jiří Kolář

I. ÚVODNÍ POZNÁMKY

1. Dobré vědecké zvyky vyžadují, abychom vymezili pojmy, se kterými budeme nadále operovat. Zvyk se mění ve zlozvyk tehdy, když se pojmovým aparátem zabýváme tak dlouho a tak důkladně, že nám nezbude čas a prostor na cokoliv dalšího. Vynechám proto úvahy o tom, co chápat právem vůbec a právem proti nekalé soutěži zvláště, a stručně si všimnu výrazů „současný stav“ a „vývojové trendy“.

2. Určitým stavem se dá rozumět jakákoliv situace (i ta velmi turbulentní), ve které se nachází objekt našeho zkoumání. Spíše však za stav označujeme – jak již samo slovo napovídá – situaci, za níž je zkoumaný objekt ve stavu relativně setrvalém a jeho vývoj se uskutečňuje pozvolna, nikoliv prostřednictvím razantních, zásadních a dosud „neusazených“ změn. Posléze uvedené chápání nám bude ještě bližší, jestliže pojem „stav“ nahradíme slovem „východisko“. Jím se naznačuje pevný bod, z nějž se vydáváme na další cesty nebo o nich jen uvažujeme.

3. Pojem „trendy“ již svým množným číslem naznačuje, že ony další cesty mohou být různé, že volba mezi nimi není ještě ukončena, že trasa

¹⁹ Současný stavem se v této partii rozumí především stav na zlomu let 2005 a 2006, i když jsem při závěrečné redakci textu doplnil aktualizující poznámky.

každé jednotlivé z nich není dosud přesně zaměřena. K stejným závěrům dospějeme, když módní slovo „trendy“ nahradíme tradičnějším „tendence“.

II. PRÁVO PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI A JEHO STAV V EVROPSKÝCH ZEMÍCH

1. **Evropské právo proti nekalé soutěži se dnes nachází v paradoxní etapě svého vývoje, kdy lze těžko rozlišovat mezi jeho stavem (ve smyslu stabilizované situace) a jeho různými vývojovými tendencemi.** Zdá se, že skončilo dlouhodobé, pozvolné vyzrávání tohoto práva, které vedlo k jistému jeho sblíživání v evropských zemích (skupinách zemí) s rozdílnou právní kulturou a mnohdy i velmi odlišnou strukturou právní regulace nekalé soutěže.²⁰

2. Současný stav evropského práva proti nekalé soutěži (připomínající spíše tekuté písky než pevné východisko) zkoumala dvě sympozia, o nichž jsem se již zmínil v předchozí kapitole. K tomu v Budapešti bych jen dodal, že současný rozkolísaný stav evropského práva proti nekalé soutěži dobře vystihnul tázavý titulěk závěrečného zasedání: „Das Recht der Beitrittsländer als „Züglein an der Waage“? **(Právo přístupových zemí jako „jazyček na váze“?)**. Naznačoval, že stanoviska přístupových zemí by mohla cosi vážit ve sporech mezi zakladatelskými zeměmi ES, že v **EU existuje i svého druhu soutěž o stanoviska přístupových zemí.**

3. Ještě charakterističtější bylo označení sympozia ve Vídni, které organizovala právnická fakulta tamní univerzity ve spolupráci s vládními a průmyslovými institucemi. Název tohoto odborného setkání „Lauterkeitsrecht im Umbruch“ sděloval, že právo proti nekalé soutěži se nachází v určité přelomové situaci. Na některé příspěvky z tohoto sympozia a z vydaného sborníku²¹ v dalším textu odkáží; obecně se dá konstatovat, že jednotliví

²⁰ HARTE-BAVENDAMM, H., HENNING-BODEWIG, F. *UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar*, Verlag C. H. Beck, 2004, kapitola Ausländisches Recht (Länderberichte), s. 180 až 346.

²¹ KREJCI, H., KESSLER, J., AUGENHOFER, S. (editoři): *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, Vídeň: Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2005.

referenti (ne všichni) tvrdili, že v právu proti nekalé soutěži se musíme rozloučit s mnoha tradičními přístupy, hledat jeho nové teoretické základy i nová zákonodárná řešení pro tuto oblast práva. Slovo „Umbruch“ v názvu sympozia mohlo také naznačovat (i k tomu se později vyjádřím), že **dosud jednotně chápané právo proti nekalé soutěži by se mohlo „rozlomit“ na úpravu platnou jednak ve vztahu mezi podnikateli a jednak ve vztazích podnikatelů vůči spotřebitelům.**

4. Na obou sympoziích byla za neobyčejně významnou součást práva proti nekalé soutěži považována **ustanovení článku 28 (bývalý článek 30), článku 29 (bývalý článek 34) a článku 30 (bývalý článek 36) Smlouvy o založení Evropského společenství ve znění jejích pozdějších změn (dále jen „Zakládací smlouva“).** V jejích člancích s tehdejší číselným označením se zakazovala **množstevní omezení dovozu a vývozu mezi členskými státy, jakož i veškerá opatření s rovnocenným účinkem. Zároveň však nejsou vyloučeny zákazy nebo omezení dovozu, vývozu nebo tranzitu odůvodněné veřejnou mravností, veřejným pořádkem, veřejnou bezpečností, ochranou zdraví a života lidí a zvířat, ochranou rostlin, ochranou národního kulturního pokladu, jenž má uměleckou, historickou nebo archeologickou hodnotu, nebo ochranou průmyslového a obchodního vlastnictví. Tyto zákazy nebo omezení však nesmějí sloužit jako prostředky svévolné diskriminace nebo zastřeného omezování obchodu mezi členskými státy.**

5. K uvedeným ustanovením Zakládací smlouvy se váže **reprezentativní rozhodovací praxe Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“).** Z rozhodnutí ESD se především podává, že oněmi **opatřeními s rovnocenným účinkem jako jsou množstevní omezení dovozu nebo vývozu jsou mimo jiné některá opatření, která vyplývají (nebo by mohla vyplývat) z práva proti nekalé soutěži a jeho národních úprav (reklamní restrikce, způsoby označování zboží, požadavky na složení zboží zakládající soutěžní výhody či nevýhody aj.).**²² Taková opatření se bezprostředně netýkají dovozu a vývozu, ve svých důsledcích však mohou volný pohyb

²² KROKER, E. R. *Irreführende Werbung (Die Rechtsprechung des EuGH)*. Vídeň: Verlag Orac, 1998; EINZINGER, M. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für das österreichische Lauterkeitsrecht, in sborník cit. v pozn. 21., s. 3 a n.

zboží a služeb mezi státy EU ztěžovat nebo činit nákladnějším. **Přípustnost takových opatření byla v rozhodovací praxi ESD posuzována zásadně na základě „principu země původu“, pokud okolnosti uvedené v článku 30 Zakládací smlouvy neodůvodňují výjimečně jiné řešení.** To samo vedlo k sjednocování reklamních a jiných restrikcí, k přezkoumávání jejich nezbytnosti a přiměřenosti. Důsledkem toho byla některá deregulační opatření²³ zejména v členských státech EU, kde existovaly zvláště náročné požadavky na standard soutěžního chování.

6. Rozhodovací praxe ESD dospěla také k novému pojetí těch, jimž jsou určeny různé formy marketingové komunikace a mohou či nemohou jimi být uvedeni v omyl, když přijímají spotřebitelské rozhodnutí. Uplatňovala „normativní model evropského spotřebitele“ jako člověka přiměřeně vyspělého, pozorného, obezřetného, který dovede rozlišovat, pokud jsou mu poskytnuty dostatečné informace.²⁴

7. Skutečnost, že pevnějším bodem (východiskem) v komunitárním právu proti nekalé soutěži je především rozhodovací praxe ESD, by nás neměla příliš překvapovat. Právo proti nekalé soutěži (ať již se opírá či neopírá o rozsáhlejší normativní úpravy) je vždy do značné míry právem soudcovským a nemůže tomu být jinak ani v komunitárním právu proti nekalé soutěži. Vyplývá to z lidské tvořivosti a jejich podnikatelských podob, jež nemůže předvídat i velmi podrobný katalog nepřijatelných soutěžních jednání. Platí to tím spíše, že různé evropské národy zřejmě budou evropskou soutěžní kulturu obohacovat (i znehodnocovat) svéráznými formami soutěžního jednání.

8. Pokud jde o další pramen komunitárního práva, směrnice, týkala se nekalého soutěžního jednání **Směrnice Rady o klamavé reklamě 84/450/EHS**. Její promítnutí do národních právních řádů a její aplikace

²³ SCHRICKER, G. Deregulierung im Recht des unlauteren Wettbewerbs, *GRUR International*, 1994, č. 7, s. 586 a n.

²⁴ srov. FEZER, K. H. Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot als ein normatives Modell des verständigen Verbrauchers im Europäischen Unionsrecht, *WRP*, 1995, č. 9, s. 671 a n.; LUCKNER, F. G. Are the different Concepts of the Consumer in Legislation and Jurisprudence satisfactory? *Revue Internationale de la Concurrence*, 1996, č. 3, s. 5 a n.; TRAUB, F. Sind die verschiedenen Verbraucherleitbildern in Gesetz und Rechtsprechung angemessen? *Revue Internationale de la Concurrence*, 1996, č. 3, s. 14 a n.

v původním znění nebyla spojena se zvláštními problémy. Zřejmě tomu tak bylo i proto, že **spíše zachycovala dosažený stav normativní úpravy a judikatury v evropských zemích, než aby něco převratně nového přinášela**. Výslovné promítnutí směrnice do národních právních řádů bylo v řadě případů nahrazeno zjištěním, že dosavadní normativní úprava a judikatura již požadavkům směrnice vyhovuje.

9. **Směrnice o klamavé reklamě byla pozměněna a doplněna Směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 97/55/ES o srovnávací reklamě**. Samo přijetí této směrnice bylo dlouhodobějším a kontroverzním procesem, neboť v postojích ke srovnávací reklamě existovaly výrazné rozdíly. Ty se podařilo odstranit kompromisem, na jehož základě je srovnávací reklama dovolena, pokud splňuje řadu náročných, kumulativně stanovených podmínek. K paradoxům této úpravy patří, že takové „povolení“ příliš nepodpořilo rozvoj srovnávací reklamy a spíše **nabízí příklad málo účinné deregulace, pokud je uskutečňována cestou přepjaté regulace**.²⁵ Parafrazující známé úsloví, můžeme prohlásit, že se nažral vlk požadující zásadní přípustnost srovnávací reklamy, ale počet celých koz (právních překážek této reklamy) se zvýšil.

10. Nekalé soutěže se týká **Směrnice Evropského parlamentu a Rady o nekalých praktikách ve vztazích mezi podnikateli a spotřebiteli na vnitřním trhu č. 2005/29/ES z 11. 5. 2005**. K výše uvedeným směrnici budiž předem konstatováno, že směrnice 2005/29/ES si klade za cíl regulovat vztahy mezi obchodníky a spotřebiteli a zároveň změnila cílové zaměření směrnice o klamavé a srovnávací reklamě, které svěřila regulaci vzájemných vztahů mezi obchodníky (soutěžiteli). Tenduje tak k „rozlomení“ dosud jednotného komunitárního práva proti nekalé soutěži na jednak **„právo proti nekalým obchodním praktikám ve vztahu mezi obchodníky a spotřebiteli“** a jednak **„právo proti nekalým soutěžním praktikám ve vztahu mezi soutěžiteli“**.²⁶

²⁵ SHERER, I.: Partielle Verschlechterung der Verbrauchersituation durch die Rechtsvereinheitlichung bei vergleichender Werbung. *WRP*, 2001, č. 2, s. 95 a n.

²⁶ Pramenem tohoto práva se pak stala Směrnice Evropského parlamentu a Rady o klamavé a srovnávací reklamě č. 2006/114/ES (kodifikované znění), do níž jsou soustředěny výše zmíněné směrnice na dané téma i změny, jež do nich vnesla směrnice 2005/29/ES.

III. NOVÉ TENDENCE V EVROPSKÉM PRÁVU PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

1. Připomeňme si, že **právo proti nekalé soutěži ve své původní podobě (a na základě své původní „filozofie“)** mělo **zajišťovat férové podmínky v konkurenčním boji mezi soutěžiteli**, chránit tak jednotlivé soutěžitele i určitý soutěžitelský stav a jeho společné zájmy. Pouze vedlejším produktem tohoto cílového zaměření byla i ochrana spotřebitelů. **V hierarchii hodnot chráněných tímto úsekem práva postupně zaujala stejně významné (v poslední době snad i významnější) místo ochrana spotřebitelů a také ochrana veřejného zájmu na nezkresené soutěži.** Taková **triáda chráněných hodnot (zájmů)** je například výslovně vyjádřena v novější úpravě německého práva proti nekalé soutěži.²⁷ **Jedna z obecnějších současných výrazných tendencí v evropském právu proti nekalé soutěži se snaží zachovat jednotu tohoto práva, které současně chrání všechny tři uvedené zájmové subjekty – tj. chrání současně soutěžitele, spotřebitele a další účastníky trhu.** Současnou českou úpravu nekalé soutěže i úpravu navrhovanou pro nový občanský zákoník lze přiřadit k této tendenci.

2. **Jinou tendenci naznačuje již zmíněná skutečnost, že směrnice 2005/29/ES se týká jenom nekalých praktik uskutečňovaných ve vztahu ke spotřebitelům;** v „bruselské“ terminologii jde o oblast označovanou jako B2C – (business to consumers), nikoliv vztahů mezi podnikateli (soutěžiteli) navzájem, to je oblasti označované jako B2B (business to business). **Lze si pak klást otázku, zda rozdělení kompetencí v bruselské komisi nevedlo k takovému cílovému zaměření evropských směrnic.** Směrnice 2005/29/ES totiž zároveň změnila cílové zaměření směrnice 84/450/EHS o klamavé a srovnávací reklamě; ta má napříště sloužit pouze k ochraně obchodníků. To kritizují zejména v zemích s důkladnou, ucelenou úpravou práva proti nekalé soutěži (Německo a Rakousko). **Zde zvláště silně zaznívají obavy z již zahájené tendence k rozpadu jednotného**

²⁷ Viz výslovná úprava v § 1 německého zákona proti nekalé soutěži ze 3. 7. 2004 (německý UWG 2004) i v jeho novelizaci (UWG 2008).

práva proti nekalé soutěži, z jeho změny v určitý druh „spotřebitelského práva“, které jen nepřímě chrání soutěžitele.²⁸ Poukazuje se na skutečnost, že taková nejednotnost oslabuje i ochranu spotřebitelů, neboť i jim může být na újmu např. zlehčování soutěžitele, které ve směrnici 2005/29/ES upraveno není. Takovým obavám vychází poněkud vstřícně bod 8. důvodů uvedené směrnice, kde se uvádí, že tato směrnice zprostředkovatně chrání „i řádně jednajících podnikatele před soutěžiteli, kteří se neřídí pravidly obsaženými ve směrnici.“ Evropská Komise také ohlašuje záměr zkoumat, zda i v oblasti „B2B“ bude potřebná taková společná úprava nekalých obchodních praktik, jaká byla přijata pro vztahy mezi podnikateli a spotřebiteli. I zmíněný důvod 8 ve směrnici 2005/29/ES naznačuje, jak **umělé je členění soutěžní nekalosti (a její regulace) podle subjektů touto nekalostí dotčených.**

3. **Tradiční úpravy nekalé soutěže zpravidla sestávají z „generální klauzule“ (obecného ustanovení, jež vymezuje nekalou soutěž, zakazuje ji a je i samostatně použitelnou skutkovou podstatou nekalé soutěže) a z většího či menšího počtu speciálních skutkových podstat nekalé soutěže.** Vývoj postupně směřoval k tomu, že **přibývalo konkrétnějších případů, které mohly být kvalifikovány jako nekalá soutěž.** Dělo se tak různými způsoby – stabilizací judikatury upínající se ke generální klauzuli a vytvářením tak zvaných „soudcovských“ a také „profesorských“ skutkových podstat nekalé soutěže (zejména německý a rakouský model rozvoje práva proti nekalé soutěži), vytvářením polooficiálních velmi obsáhlých katalogů soutěžních „hříchů“ (model uplatňovaný ve Francii prostřednictvím samoregulační instituce v oblasti reklamy Bureau pour la Vérification de la Publicité), převáděním soudcovských skutkových podstat nekalé soutěže do právních úprav (polský zákon, o němž se v kuloárech vědeckých konferencí tvrdilo, že kodifikuje německou judikaturu).

Další současnou podvojnou tendenci v evropském právu proti nekalé soutěži pak lze charakterizovat tak, že se souběžně zvyšuje význam (i počet) obecných ustanovení (generálních klauzulí) regulujících nekalou soutěž i význam (a zejména též počet) speciálně upravených

²⁸ UMMENBERGER-ZIERLER, E.: Aufgabe und Wirken der UWG-Reform-Kommission, sborník uvedený v pozn. 21, s. 1 a n.

případů nekalé soutěže. Prvá z uvedených tendencí je patrná ve směrnici 2005/29/ES, kde nacházíme jednak generální klauzuli obecně vymezující a zakazující nekalé obchodní praktiky (k obsahu tohoto vymezení viz později) a také obecná vymezení nekalých jednání klamavých (se zvláštním ustanovením pro jednání omissivní) a nekalých jednání agresivních. Tendence druhá je zvlášť (nikoliv však pouze) patrná z přílohy č. I. ke směrnici 2005/29/ES. V této příloze (označované jako „černá listina“) je uvedeno 31 případů klamavých resp. agresivních jednání, která mají být za všech okolností nekalá.

Souběžné zvyšování významu (a počtu) jednak obecných a jednak speciálních ustanovení nemusíme chápat jen jako dva konkurenční, ale též jako dva komplementární způsoby právní regulace. Obé se může dobře uplatnit pro jednak standardní a jednak neobvyklé případy nekalé soutěže, to či ono poslouží právníkům různého typu. Zároveň ovšem budiž podotknuto, že **přemíra speciálních ustanovení a „doprovodných částí“ normativních textů (početné definice, rozsáhlá odůvodnění, desiderata v evropských směrnících) mohou rozhodování sporných případů spíše komplikovat, neboť každý zdatnější advokát v té záplavě slov a myšlenek nalezne něco, čím bude moci podpořit stanovisko svého klienta.** Nebezpečí, které s sebou přináší přemíra kazuistických úprav, velice přesvědčivě vystihl básník a výtvarník Jiří Kolář ve slovech, která jsou mottem této kapitoly.²⁹

4. Rostoucí počet specializovaných zákazů nekalých soutěžních praktik, jak se s ním setkáváme ve směrnici 2005/29/ES (a zejména v její příloze I) i v některých novějších národních právních úpravách, by mohl vést k přesvědčení, že se obrací jedna z novějších tendencí v evropském právu proti nekalé soutěži – „unifikace cestou deregulace“. Takový dojem však může být jen optický. Námitky proti „černé listině“ zmírňovala na uvedených sympoziích i okolnost, že téměř všechny druhy jednání tam uvedené jsou již zahrnuty v německých i rakouských „soudcovských skutkových podstatách nekalé soutěže“. Zároveň ovšem četné případy nekalé soutěže (i ty již typizované v judikatuře a literatuře) v „černé listině“ obsaženy nejsou. To vede k pochybnostem, zda výčet

²⁹ KOLÁŘ, J. *Psáno na pohlednice I*. Praha: Mladá fronta, 1993, s. 93.

v černé listině je taxativní či demonstrativní a zda jednání v „černé listině“ neuvedená jsou napříště „per se“ dovolená.³⁰ (Osobně soudím, že uvedený výčet je svou formou taxativní, což ovšem nebrání tomu, aby podle obecných ustanovení ve směrnici byla postihována i jednání zapovězená podle dřívějších národních generálních klauzulí, byť taková jednání nejsou obsažena v „černé listině“.) **O tendenci k vyšší či nižší přísnosti v regulaci nekalé soutěže bude rozhodovat konec konců to, jak rozvinutá, stabilizovaná a náročná je rozhodovací praxe a jak jsou v ní využívána obecná ustanovení o nekalé soutěži, která umožňují i ty či ony změny v přísnosti právní regulace, aniž došlo k změnám v právních předpisech. Někdy dokonce dovolují řešit věci tradičněji a v protikladu ke změněnému textu právní úpravy. Navíc, jak naznačeno, směrnice 2005/29/ES obsahuje nejen „černou listinu“ ale i početnější obecná ustanovení a další součásti svého textu, jež umožňují poměrně velkou plastičnost při jejím promítání do národních právních řádů (viz například „bagatelní klauzuli“ v německé úpravě).**

5. Tradiční úpravy práva proti nekalé soutěži obsahovaly a někdy obsahují ve svých generálních klauzulích takové výrazy, kterým mohl být přisuzován obecně etický obsah („poctivé zvyklosti v obchodě“ v Pařížské unijní úmluvě, „dobré mravy“ v rakouské a původní německé úpravě). **Dlouhodobě prosazující se tendence v právní teorii i v rozhodovací praxi vycházejí z toho, že právo proti nekalé soutěži má zajišťovat především funkčnost soutěže a že požadavky z toho vyplývající a požadavky obecné mravnosti se jen částečně prolínají. Zvláštní směsici této nové tendence a původní koncepce obsahuje směrnice 2005/29/ES. Nejobecnější z jejích generálních klauzulí (článek 5) formuluje nově kritérium soutěžní nekalosti. Tím je rozpor určité obchodní praxe s požadavky profesionální péče, pokud takový nedostatek profesionální péče je způsobilý – stručněji vyjádřeno – ovlivnit hospodářské rozhodování těch, vůči nimž je obchodní praktika zaměřena. Směrnice 2005/29/ES však ve svém článku 2 definuje profesionální péči i pomocí slov „poctivost“ a „dobrá víra“ a zdá se tak vracet k dřívějšímu chápání soutěžní nekalosti;**

³⁰ GAMERITH, H. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neubestaltung des österreichischen UWG, sborník cit. v pozn. 21, s. 151 nsl.

parafrází tradičního úsloví by se dalo tvrdit, že „anděl dobrých mravů vyhnáný oknem se dveřmi vrací“. **Zároveň se zde uplatňuje koncepce rozumných očekávání, dosti typická pro anglo-americký model právních úsudků.** I zde bude platit myšlenka, kterou jsem již naznačil a budu ji i v obměnách opakovat, že totiž o **obsahu velmi obecných formulací (neurčitých právních pojmů) bude spíše než text zákona rozhodovat způsob jejich výkladu v ustálené rozhodovací praxi.**

6. **Problematicčnost směrnice 2005/29/ES je spatřována v tom, že svým způsobem uvedla v pochybnost dva z dosavadních a výše zmíněných rozhodovacích postupů ESD. Jde o zásadu, podle níž byla přípustnost marketingových, soutěžních opatření posuzována podle „práva země původu“, pokud specifické okolnosti neodůvodňovaly použít tradičnější řešení, tj. právo státu, na jehož území marketingová opatření působí a kde došlo k soutěžnímu střetu.** „Souboj“ mezi těmito řešeními (a svým způsobem tendencemi) není zdaleka ukončen a potvrdilo se to při projednávání směrnice 2005/29/ES. V jejím navrženém znění se operovalo s principem „práva země původu“. Odpor proti takto jednoznačnému řešení byl natolik silný, že nesoulad názorů byl překonán „diplomaticky“ – z definitivního znění uvedené směrnice byl vypuštěn „princip země původu“ jako kritérium, podle něhož se hodnotí dovolenost marketingových opatření; uplatnění toho či onoho ze zásadních kritérií se ponechává na rozhodujícím orgánu a okolnostech jednotlivých případů. **Rozpor mezi uvedenými tendencemi tak nadále trvá a bude zřejmě trvat tak dlouho, jak dlouho budou existovat rozdíly v národních právních úpravách nekalé soutěže i rozdíly v interpretaci formálně shodných úprav – rozdíly dané mimo jiné i rozdílnou ekonomickou vyspělostí a různými právními a kulturními tradicemi jednotlivých členských států EU. Sjednocující úloha tu bude zřejmě opět příslušet rozhodovací praxi ESD.**

7. **Směrnice 2005/29/ES též poněkud oslabilá výše zmíněný normativní model evropského spotřebitele uplatňovaný dosud v rozhodovací praxi ESD, když na spotřebitele a jeho vlastnosti klade ne zcela jednoznačné požadavky.** Na jedné straně vychází (v bodu 18 svých důvodů) z pojmu průměrného spotřebitele, jak je vykládán ESD, to je spotřebitele, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a obezřetný. Zá-

roveň však má být účelem této směrnice předcházet zneužívání spotřebitelů, kteří jsou svým charakterem obzvláště zranitelní nekalými obchodními praktikami. **Za charakterový rys člověka hodný zvláštní pozornosti je pokládána mj. důvěřivost spotřebitelů, jež má vést k jejich snadnějšímu ovlivnění obchodními praktikami** (bod 19 důvodů směrnice). Hranice mezi spotřebitelem obezřetným a zvýšeně důvěřivým musí být opět vytyčována rozhodovací praxí.

8. Snaha vytvářet jednotný model evropského spotřebitele má své přirozené meze. Možnost nejednotného výkladu naznačuje i závěr bodu 18 důvodů směrnice 2005/19/ES, kde uvedeno: **„Pojem průměrného spotřebitele není statistickým pojmem. Pro stanovení typické reakce průměrného spotřebitele v daném případě budou muset vnitrostátní soudy a orgány vycházet z vlastního úsudku s přihlédnutím k judikatuře Soudního dvora.“**

IV. SOUČASNÝ STAV ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY NEKALÉ SOUTĚŽE

1. Česká právní úprava nekalé soutěže obsažená v § 41 a násl. ObchZ se jeví jako stabilní. Po roce 1989 byla do tehdejšího hospodářského zákoníku zařazena stručnější právní úprava s generální klauzulí a několika skutkovými podstatami v zhruba stejném stupni podrobnosti, jaký obsahovala Pařížská unijní úmluva. Do obchodního zákoníku pak byla v podstatě převzata soukromoprávní ustanovení z předválečného zákona proti nekalé soutěži s některými korekturami tu více tu méně šťastnými.

2. Modernějším tendencím od počátku vyhovovala současná česká právní úprava tím, že v generální klauzulí používá pojem „dobré mravy hospodářské soutěže“ a umožňuje tak odlišovat (s důsledky pro rozhodovací činnost) tento pojem od obecného institutu dobrých mravů v zákoníku občanském i od „dobrých mravů“, jak jsou chápány ve veřejnoprávních předpisech.

3. Pozdější vývoj předjímal regulace nekalé soutěže v obchodním zákoníku i tím, že nepřevzala některá speciální ustanovení z předválečné úpravy, jež byla inspirována zákonem německým resp. rakouským a jež byla v těchto zemích až později v rámci deregulace opuštěna (např. zákazy prémiování).

4. Spornější je stručná a málo specifická česká úprava právních prostředků proti nekalé soutěži v § 53 a 54 ObchZ a také způsob uplatňování této úpravy v právní praxi. Otázkou sankcí proti nekalé soutěži se však budeme důkladněji zabývat v dalším textu a jeho samostatné kapitole.

5. Příliš „horlivě evropské“ (a příliš ochránářské ve vztahu ke spotřebiteli) je ustanovení § 54 odst. 2 ObchZ, které počítá s tím, že ve sporech z nekalé soutěže dojde k obrácení důkazního břemene vždy, když žalobcem bude spotřebitel. Časté totiž budou situace, za nichž žalující spotřebitel své důkazní břemeno snadno unese. Nebudou proto dány důvody k tomu, aby došlo k jeho obrácení. Na druhé straně někdy (například v případech superlativní reklamy) budou dány důvody k obrácení důkazního břemene i tehdy, bude-li žalujícím soutěžící podnikatel.

6. Převzetí podstatných částí z předválečné úpravy nekalé soutěže umožnilo uplatňovat řadu kvalitních předválečných judikátů. To se také dělo a děje a brzy po roce 1989 se vytvořila rozsáhlá a poměrně kvalitní judikatura současná, která využívala i judikaturu z dob předválečných.³¹ Protože pak předválečná česká úprava byla – jak naznačeno – inspirována úpravami v Německu resp. Rakousku, odborná literatura i judikatura z těchto zemí ovlivňuje českou odbornou literaturu o nekalé soutěži a zprostředkovaně ovlivňuje i rozhodovací praxi, které lze přiznat běžný evropský standard.

7. Směrnice 84/450/EHS o klamavé reklamě ve svém původním znění nebyla převzata do obchodního zákoníku ve své „rozvinuté“ podobě. Zřejmě se vycházelo (podobně jako v Německu a Rakousku) z přesvědčení, že k dosažení cílů této směrnice stačí dosavadní stručnější, abstraktnější úprava v § 45 i v § 46 ObchZ a rozhodovací praxe soudů upínající se k této

³¹ Viz zejména MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže*. Praha: C. H. Beck, 2000.

úpravě. Úprava srovnávací reklamy ze směrnice 97/55/ES byla převzata do obchodního zákoníku s formulačními odchylkami, které již byly předmětem odborné kritiky.³²

V. TENDENCE V ČESKÉM PRÁVU PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

1. Základní tendenci v současném i předpokládaném vývoji českého právu proti nekalé soutěži (a to jak pokud jde o jeho teorii, rozhodovací praxi i zamýšlenou normotvorbu) je přístup, který nepočítá se „zlomovým vývojem“.

2. O některé netradiční koncepční přístupy jsem se pokusil před několika lety v jedné ze svých monografií.³³ Jak již v první kapitole zmíněno, zdůraznil jsem tam i biologickou podmíněnost lidského soutěžního chování, požadoval pochopení pro jistou míru přirozené agresivnosti, lákavosti, napodobování v lidském soutěžním chování. Doporučil jsem také, aby **tradiční kategorie práva proti nekalé soutěži „soutěžní vztah“ a „soutěžní záměr“** byly nahrazeny pojmy **více objektivizujícího charakteru „soutěžní situace“ a „soutěžní orientace jednání“**. I posléze uvedená myšlenka nalezla na zmiňovaných zahraničních konferencích příznivý ohlas.³⁴

3. Z dostupné rozhodovací praxe se dá usuzovat, že si tato praxe poměrně rychle a kvalifikovaně osvojuje přístupy, které vyplývají z rozhodovací praxe Evropského soudního dvora. Platí to např. o koncepci informovaného, obezřetného spotřebitele, zvláště spotřebitele ze specifických zákaznických kruhů.

³² Viz zejména KOTÁSEK, J. Srovnávací reklama po novele obchodního zákoníku. *Obchodní právo*, 2001. č. 1, s. 2 a n.

³³ HAJN, P. *Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži*. Brno: Masarykova univerzita, 2000. s. 121 a n.

³⁴ HILTY, R. M. The Law Against unfair Competition and Its Interfaces, in HILTY, R. M.; HENNING-BODEWIG, F. (editoři). *Law Against Unfair Competition (Towards a New Paradigma in Europe?)*, s. 10.

Tak Vrchního soud v Praze v důvodech svého usnesení ve věci sp. zn. 3 Cmo 304/2004 z 16. 5. 2006 „*poukazuje na nutnost jiného pohledu na uživatele internetu jako na „průměrného spotřebitele“*“. *Podle jeho názoru již „průměrný“ uživatel internetu je si vědom důležitosti každého písmene, číslice, znaménka v označení jakékoli adresy v internetové síti a tedy i nezbytnosti naprosto přesného užití určitého doménového jména k otevření jím žádaných webových stránek (pokud neužije vyhledávače k nabídce adres při zadání konkrétního hesla).*

4. Stále však trvá **silná tendence žalovat** (a v důsledku toho i soudy zejména prvních instancí posuzovat) **soutěžní jednání podle speciálních skutkových podstat nekalé soutěže a méně podle generální klauzule proti nekalé soutěži**.

5. Pokud jde o normotvorné záměry, navrhuje se,³⁵ aby úprava nekalé soutěže byla napříště obsažena v připravovaném občanském zákoníku. Návrh z větší části přejímá dosavadní úpravu v obchodním zákoníku s některými formulačními změnami a vhodnou obsahovou změnou, pokud se týká náhrady škody z nekalé soutěže (odpovědnost za tuto škodu by měla být založena na subjektivním principu). Dosavadní základní „figura“ v právu proti nekalé soutěži – institut „dobrých mravů hospodářské soutěže“ – by měla být zachována.

6. Pro transpozici evropské směrnice 2005/29/ES se počítalo s veřejno-právními normami (a k této transpozici také došlo v zákoně o ochraně spotřebitele); **spotřebitelé však nadále zůstávají a i v budoucnu by měli zůstat subjektem ochrany v právu proti nekalé soutěži. I z tohoto důvodu (a nejen z něj) je v právu proti nekalé soutěži možné a nutné často přihlížet ke znění směrnice 2005/29/ES**. Tyto legislativní koncepce a legislativní záměry jsou dobře hájitelné v odborné diskusi i z hlediska právní praxe, stejně jako jsou dobře hájitelné jiné normotvorné záměry (samostatná právní úprava nekalé soutěže, nová formulace pro vyjádření soutěžní nekalosti, zavedení bagatelní klauzule, větší počet výslovně upra-

³⁵ Návrh občanského zákoníku (část první až čtvrtá), Návrh pracovní komise, hlavní zpracovatelé ELIÁŠ, K. a ZUKLÍNOVÁ, M., Ministerstvo spravedlnosti České republiky, bez vrocení.

vených případů nekalé soutěže). K posléze uvedenému řešení se spíše přiklání autor těchto řádků.

V tom či onom případě bude však – opakuji znova – méně záležet na slovech zákona a více na žalobních dovednostech advokátů a podnikových právníků i na rozhodovacích dovednostech soudců a státních úředníků, na argumentačních schopnostech jich všech.

7. V původní verzi tohoto textu jsem navrhoval, abychom se při další vývoji práva proti nekalé soutěži nechali inspirovat úpravou v německém zákonu proti nekalé soutěži z roku 2004 a směrnicí 2005/29/ES transponovali do úpravy nekalé soutěže. Život překonal tyto úvahy hned ve dvojím směru. Směrnice 2005/29/ES byla transponována do českého zákona o ochraně spotřebitele a německý UWG z roku 2004 byl v roce 2008 novelizován s cílem dosáhnout plné harmonizace se směrnicí 2005/29/ES. Možná se tak potvrdila slova básníka Paula Valéryho: „Nic tak rychle nepomíjí jako modernost“. Myšlenky na „košatější“ úpravu českého práva proti nekalé soutěži se nicméně není zapotřebí vzdávat, ať již zařazení této úpravy do celku právního řádu bude jakékoliv.

8. Náznak nové tendence v českém právu proti nekalé soutěži lze spatřovat v zákonu č. 152/2010 Sb. ze dne 21. 4. 2010, kterým se mění zákon č. 513/1999 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Nové znění § 44 odst. 1 ObchZ (generální klauzule proti nekalé soutěži) se týká nejen jednání v hospodářské soutěži, ale též jednání v hospodářském styku. Výslovná ochrana proti nekalé soutěži je pak poskytována „soutěžitelům, spotřebitelům nebo dalším zákazníkům“ (viz též § 45 odst. 1 ObchZ). V § 46 ObchZ se pak postihují „katalogové podvody“ a projevuje se zde tendence k výslovnému postihu konkrétnějších případů nekalé soutěže.

Kapitola 3

Zásady „in dubio pro libertate“ a „neminem leadere“ v právu proti nekalé soutěži

I. ÚVODNÍ POZNÁMKY

V následujících řádcích se hlásím k myšlence³⁶, že **právo sleduje několik základních hodnot (spravedlnost, právní jistotu a účelnost) a celou řadu dílčích hodnot (cílů, účelů)**. Ty se vůči sobě někdy nalézají **ve vztahu souladu (kompatibility) a téměř vždy i ve vztahu protikladů, konkurence**. Jejich střety pak musí řešit právní regulace ve všech svých podobách (politická rozhodnutí o právu; legislativní proces; výklad práva; rozhodovací činnost). Vyjádřeno slovníkem ekonomů: Požadavky jednotlivých základních hodnot práva i jeho dílčích hodnot (cílů, účelů) nelze zpravidla současně naplnit v jejich úplnosti; **musí být mezi nimi optimalizováno**.

Jedním (nikoliv však jediným) právním **nástrojem takové optimalizace jsou právní principy (právní zásady)**, jež jsou v právních normách vyjádřeny např. pomocí výrazů „**dobré mravy**“, „**dobrá víra**“, „**poctivý obchodní styk**“. Ty ovšem neposkytují určitější pravidlo, jak v právním sporu řešit například konflikt zájmů, při němž se jedna ze sporných stran „**zaštiťuje**“ hodnotou právní jistoty a strana druhá hodnotou spravedlnosti či slušnosti (férovosti). Pokud použijeme metaforu z méně konfliktní oblasti lidské činnosti, označil bych zmíněné právní zásady a jejich vyjádření v textu zákona (ona velmi obecné ustanovení pozitivního práva, jež **otevívají branku pro přirozenoprávní uvažování**) za svého druhu „**ramínko na šaty**“. Dá se na ně „**zavěsit**“ rozhodnutí, které však soud bude muset „**ušít na míru**“ jednotlivému případu. Jistou oporou mu v tom může být předchozí judikatura a někdy i ustanovení zákona o tom, jak vyplňovat

³⁶ RADBRUCH, G. *Der Mensch im Recht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1957. s. 88 a n.

mezery v právu. Konec konců to však bude umění argumentace, jež ze soudce učiní v jednotlivých případech „krejčovského mistra“.

Existují však i takové právní zásady, jejichž normativní vyjádření je o něco určitější a které bychom, pokračující v již použitém přirovnání, snad mohli označit za „rozešitou konfekci“ a někdy jen za dva druhy ne zcela sourodých látek, z nichž má být zhotoven „padnoucí“, jednotně působící oděv. Takové zásady a jejich normativní vyjádření naznačují, které ze střetávajících se zásad (a kterém zájmu, jež se k té či oné zásadě hlásí) dát v určité situaci přednost. Pokusím se to ve zkratce **demonstrovat na právních zásadách, které zvláště úzce souvisejí s problematikou práva proti nekalé soutěži a s ústavněprávní koncepcí práva proti nekalé soutěži, jak o ní byla řeč v první kapitole.**

II. K ZÁSADĚ SVOBODY LIDSKÉHO JEDNÁNÍ

Jedna z důležitých zásad práva vůbec a soukromého práva zvláště se týká svobody lidského jednání. Obecné normativní vyjádření této zásady obsahuje čl. 1 odst. 1 Ústavy České republiky³⁷, kde je stanoveno, že „*Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana.*“ V čl. 2 odst. 4 Ústavy je pak stanoveno, že *každý občan může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.* Tuto zásadu obsahuje i LISTINA ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD³⁸ v značně podobné, nikoliv však totožné formulaci – nemluví totiž o *každém občanu*; podle čl. 2 odst. 3 LISTINY „*každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.*“ Je pak zřejmé, že takto vyjádřená **svoboda jednání se vztahuje na všechny subjekty práva a zahrnuje i právnické osoby**; jde o zjištění významné z hlediska soutěžního práva, neboť v roli soutěžitelů velmi často vystupují právnické osoby.

³⁷ Ústavní zákon č. 1/1993 Sb. Ústava České republiky ve znění pozdějších změn (dále jen „Ústava“).

³⁸ I ona by měla být chápána jako jeden z významných pramenů práva proti nekalé soutěži.

Právě uvedené formulace Ústavy i LISTINY naznačují, že **svoboda lidského jednání není bezbřehá** (viz část textu „*co není zákonem zakázáno*“). V jiné podobě to vyjadřuje i čl. 4 odst. 2 LISTINY, podle kterého *meze základních práv a svobod mohou být za podmínek stanovených LISTINOU upraveny pouze zákonem*; zároveň čl. 4 LISTINY stanoví i ostatní podmínky, za nichž může docházet k omezení základních práv a svobod. V dalších svém textu pak LISTINA konkretizuje různá lidská práva i svobody a stanoví podmínky pro jejich uplatňování. Již na tomto místě poznamenejme (k myšlence se ještě vrátíme), že zákonný zákaz určitých jednání (a omezení lidské svobody z něj vyplývající) nemusí (a někdy ani nemůže) být zákonem stanoven vždy výslovně (ve zcela konkretizované podobě), často se podává z jiné právní zásady a jejího obecného chápání či vyjádření v normativním textu.

Pokud jde o sféru soukromého práva, občanský zákoník³⁹ ve svém § 1 odst. 1 stanoví, že *úprava občanskoprávních vztahů přispívá k naplňování občanských práv a svobod, zejména ochrany osobnosti a nedotknutelnosti vlastnictví*. Konkretizaci této zásady lze pak spatřovat v úpravě § 2 odst. 3 ObčZ, podle níž *účastníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchylně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchyliť*. Zřejmě právě toto ustanovení vede k tomu, že zásada svobody lidského jednání bývá v teorii soukromého práva traktována zejména v souvislosti se smluvní svobodou. Vztahuje se však na veškerá jednání podřízená režimu soukromého práva⁴⁰, jak ostatně vyplývá z textu již zmíněného ust. § 1 odst. 1 ObčZ. Podává se to také z čl. 3 ObčZ, který má také povahu právní zásady a zejména vytyčuje určité meze pro svobodné jednání, když stanoví: *Výkon práv a povinností vyplývajících z občanskoprávních vztahů nesmí bez právního důvodu zasahovat do práv a oprávněných zájmů jiných a nesmí být v rozporu s dobrými mravy*.

³⁹ Také on i za současného stavu českého právního řádu patří k pramenům práva proti nekalé soutěži.

⁴⁰ VLASÁK, M. Materiální prameny a východiska právní úpravy soukromoprávních deliktů, *Právník*, 2008, č. 11, s. 1217 a n.

III. K SVOBODĚ JEDNÁNÍ V SOUTĚŽNÍCH VZTAZÍCH

Vyjádříme-li myšlenku z předcházejícího odstavce konkrétněji, můžeme konstatovat, že zásada svobody lidského jednání (a zejména problematika mezi této svobody) je neobyčejně významná i z hlediska soukromého práva deliktního. O právu proti nekalé soutěži to platí velmi silně. Soutěž je svého druhu „bojem“ a to co by představovalo delikt v podmínkách běžného života, ho nemusí znamenat v podmínkách soutěže sportovní i hospodářské. Navíc řada obvyklých (obecnějších) civilních deliktů je výsledkem nedbalosti při jednáních rutinního charakteru (problematika svobody lidského jednání se tu neuplatňuje zvláště zřetelně); naopak soutěžní opatření jsou často nová, tvořivá, neobvyklá. Taková jednání nelze v zákonech **výslovně** předvídat. Jejich přípustnost či nepřípustnost musí být posuzována specificky z hlediska skutkového (podle okolností jednotlivého případu); z hlediska právního pak přichází v úvahu aplikace některé z generálních klauzulí v právním řádu či použití některé z právních zásad vyjádřených normativně a někdy i jen obecněji přijímaných jako součást právní kultury.

Klade se pak někdy obtížně řešitelná otázka, zda na taková jednání (specificky pak na jednání soutěžní) lze či nelze vztáhnout zmíněný čl. 2 odst. 3 Listiny, podle něhož „každý může činit, co není zákonem zakázáno...“. Řešení takové otázky se zdá ulehčovat ustanovení § 41 ObchZ, které pro oblast hospodářských soutěžních vztahů konkretizuje zásadu svobody lidského jednání. Přiznává totiž specificky soutěžitelům právo svobodně rozvíjet svou soutěžní činnost v zájmu dosažení hospodářského prospěchu a sdružovat se k výkonu této činnosti. Zároveň však stanoví jistá omezení tohoto práva, když soutěžitelům stanoví povinnost dbát právně závazných pravidel hospodářské soutěže a zakazuje jim zneužívat účast v soutěži (§ 41 ObchZ, část věty za středníkem). V § 42 ObchZ se pak za zneužití účasti v hospodářské soutěži označuje jednak nekalé soutěžní jednání a jednak nedovolené omezování hospodářské soutěže. Zmíněná úprava (a práva i povinnosti z ní vyplývající) se proto vztahuje na obě větve soutěžního práva.

Zákon v daném ustanovení především vymezuje poměrně široce okruh těch, jimž přiznává právo rozvíjet soutěžní činnost v podobě výše zmíněné. Výslovně říká, že jsou to nejen podnikatelé; právo hospodářsky soutěžit lze

proto chápat jako obecnější lidské právo. Bez významu není ani to, že se v § 41 ObchZ přiznává soutěžitelům právo usilovat o dosažení hospodářského prospěchu; tomuto pojmu se tak dostává legitimacy, i když v určitých svých podobách („prospěchář“) vyjadřuje hanlivé hodnocení.⁴¹

Z hlediska námětu této kapitoly zdůrazněme skutečnost, že soutěžní činnost (za účelem dosažení hospodářského prospěchu) má být rozvíjena *svobodně*, to je nepochybně i za použití co nejšířšího rejstříku metod, které k úspěchu v soutěži mohou vést. Protože pak zákon mluví o právu *rozvíjet soutěžní činnost*, přiznává nepochybně i právo na neustálou inovaci soutěžních metod.

Určitá omezení v použití soutěžních metod jsou v § 41 ObchZ uvedena až jako druhá v pořadí. I to lze snad chápat (odhlédneme-li od legislativně-technických důvodů spočívajících ve snazším vyjádření) jako výraz toho, že omezení podnikatelské činnosti mají jen podpůrný význam a že tato omezení by měla být vykládána spíš způsobem omezujícím než rozšiřujícím. K stejnému závěru by mohla vést i ne zcela obvyklá, „měkkí“ díkce v závěru § 41 ObchZ, kde se ukládá povinnost *dbát* právně závazných pravidel hospodářské soutěže

Úprava v § 41 ObchZ tak není pouhou proklamací či (řeceno jazykem normativní školy) monologem zákonodárce, byť by se na to dalo usuzovat z malého či přezíravého zájmu, jež je tomuto ustanovení věnován v právních spisech o nekalé soutěži. Hierarchické uspořádání § 41 ObchZ i jazykové prostředky použité v tomto ustanovení, však nepochybně poskytují určité výkladové vodítka pro rozhodování v situacích, kdy se zásada svobodného rozvíjení soutěžní činnosti dostává do střetu se zásadou „nikomu neškodit“, již se nyní budeme věnovat.

⁴¹ Na mezinárodní konferenci v Budapešti, o které jsem psal v předchozím textu, byla tato část české úpravy nekalé soutěže přijata s pochopením a v diskusi byl oceněn její soulad s Hiltyho ústavněprávní koncepcí práva proti nekalé soutěži. HILTY, R. M. The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces, in HILTY, R. M.; HENNIG-BODEWIG, F. (editoři): *Law Against Unfair Competition; Towards a New Paradigma in Europe*. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2007. s. 1 a n.

IV. K ZÁSADĚ „NIKOMU NEŠKODIT“ V OBECNÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ

Zásadu „nikomu neškodit“ („neminem leadere“) lze považovat za součást právní kultury. Tato zásada není jako taková (ve své úplné obecnosti) bezprostředně vyjádřena v českém právním řádu. Z norem ústavních předpisů našla svůj výraz v čl. 3 odst. 3 LISTINY (*Nikomus nesmí být způsobena újma na právech pro uplatňování jeho základních práv a svobod*) a také v čl. 4 odst. 4 LISTINY (*Při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.*). Z úpravy jednotlivých práv a svobod v LISTINĚ je pak zřejmé, které dílčí hodnoty jsou LISTINOU chráněny a v jakém rozsahu nesmí být dotčeny a tím působena jiným újma. Vazba mezi oběma zásadami, které tu zkoumáme, je patrná i z již zmíněného ust. § 3 odst. 1 ObčZ (*Výkon práv a povinností vyplývajících z občanskoprávních vztahů nesmí bez právního důvodu zasahovat do práv a oprávněných zájmů jiných a nesmí být v rozporu s dobrými mravy.*). Z něj se podává, že lze zasahovat do práv a oprávněných zájmů jiných (a tímto způsobem jim škodit), pokud je k tomu dán právní důvod. Zákaz jednat v rozporu s dobrými mravy pak umožňuje výjimečně řešit různé střety hodnot i jinak, než by naznačovalo konkrétnější právní úprava.

Poměrně široce je zásada neškodit jiným vyjádřena v ust. § 415 ObčZ, kde je uložena obecná povinnost *„počínat si tak, aby nedocházelo ke škodám na zdraví, na majetku, na přírodě a životním prostředí“*. Ani zde však nejde o obecnou povinnost, neboť jsou taxativně uvedeny jen některé možné objekty dotčené škodným jednáním. Na škody (újmy) na jiných objektech (zejména na tzv. nehmotných statcích) pamatuje soukromé právo jen v případech speciálně stanovených. Navíc v § 418 ObčZ jsou uvedeny podmínky, za nichž se za způsobenou škodu neodpovídá, což lze chápat jako výjimky z poměrně obecného zákazu v § 415 ObčZ.

V ústavních předpisech i v obecných ustanoveních soukromého práva lze tak zásadu svobody lidského jednání chápat jako všeobecnější a vůdčí zásadu; naopak zásadu nikomu neškodit jako princip specifitější. Každá

z těchto zásad představuje jisté meze pro uplatnění zásady druhé. Míra akcentu na jednu či druhou z nich není ovšem stálá a může se měnit podle společenské situace, podmínek života jednotlivých státních útvarů, podle zvyklostí i podle oblastí lidského působení. Platí to již proto, že lidská svoboda bývá chápána i ve dvojmýslu – pozitivním (svoboda aktivního zejména tvořivého jednání) a negativním (svoboda od útisku, bezpečnost, ochrana před újmami). Potvrzuje se tak jedna z našich úvodních myšlenek, že vztah mezi zásadami „svobody lidského jednání“ a zásadou „nikomu neškodit“ (a její přirozenou součástí „být chráněn před škodami“) je nejen konkurenční, ale také komplementární.

V. K ZÁSADĚ „NIKOMU NEŠKODIT“ V PRÁVU PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

Výše uvedená myšlenka o všeobecnosti (primátu) práva na svobodu lidského jednání a o specifčnosti zásady „nikomu neškodit“ našla svůj zajímavý výraz v úpravě hospodářské soutěže. Opakujme, že ve všeobecné části této úpravy (§ 41 a 42 ObchZ) je výslovně uvedena a akcentována zásada svobodného lidského jednání. Ta musí být brána v úvahu při aplikaci ust. § 44 odst. 1 ObchZ. Zde je sice zakázáno jednat v hospodářské soutěži tak, že tím bude působena újma jiným soutěžitelům či spotřebitelům event. jiným osobám (§ 53), vždy však za podmínky, že takovým jednáním jsou porušovány „dobré mravy hospodářské soutěže“. V tomto výrazu musíme klást důraz na všechna jeho slova i jejich spojení. Pravidla hospodářské soutěžení (stejně jako pravidla soutěže sportovní) nelze koncipovat tak, aby konkurenční střety končily vždy nerozhodným výsledkem. V hospodářské soutěži (opět stejně jako v soutěži sportovní) budou vítězové i poražení, lépe či hůře umístění na soutěžním žebříčku, posílení i oslabení.

Horší či dokonce katastrofální soutěžní pozice způsobená jiným soutěžitelem, může být dotčeným subjektem pocíťována jako druh újmy a často půjde o buď přechodnou nebo trvalejší újmu skutečnou. Při posuzování a odsuzování takových újem musíme však mít na paměti myšlenku o „pozi-

tivní destrukci“ v ekonomice, kde některé subjekty dokonce musí zanikat, aby uvolnily místo subjektům zdatnějším či lépe přizpůsobeným potřebám doby.

Zásada svobody lidského jednání bude tak mít v soutěžních vztazích rozsáhlejší prostor k uplatnění (vzdálenější meze), než je tomu v jiných oblastech lidského počinání. V pochybnostech, zda jsou dány meze pro soutěžní jednání či nikoliv, měli bychom se řídit devizou „in dubio pro libertate“. Pouhé způsobení újmy soutěžiteli ještě nevyovídá o nekalém charakteru soutěžního jednání. To směřuje k tomu, aby se určitý subjekt na trhu prosadil vůči subjektům jiným, zejména vůči svým konkurentům, čímž jim ovšem může způsobit újmu nebo dokonce přispět k jejich likvidaci. Pro zjištění, zda se jedná o rozpor s dobrými mravy soutěže, však nestačí sama tato orientace na soutěžní úspěch jednoho a soutěžní porážku druhého, orientace na změnu soutěžních pozic. Nezbytné je zjištění, zda se také jednalo o rozpor s dobrými mravy soutěže (resp. s jiným zásadním kritériem, podle něhož se posuzuje soutěžní férovost). Z hlediska práva proti nekalé soutěži jsou důležité metody, s jejichž pomocí má být dosaženo soutěžních cílů. Jestliže je druhým působena soutěžní újma takovými prostředky, které jsou v soutěžním boji považovány za soutěžně přijatelné, korektní (to u nich nevyklučuje přiměřenou dávky soutěžní agresivity a podnikatelské vychytralosti), nelze z nevýhod takto způsobených druhému vyvozovat protiprávnost soutěžního jednání. V konkurenčním hospodářském boji se nemůže bezvýhradně uplatnit zásada neminem leadere, když sama podstata tohoto boje spočívá ve snaze předstihnout konkurenty a tímto způsobem jim škodit. Podle teorie her hospodářská soutěž patří k hrám s nulovým součtem, u nichž vítězství jedné strany v určitém poměru předpokládá porážku druhé strany v stejném obráceném poměru.⁴² Požadavek na korektnost soutěžního hospodářského boje by mohl znít: „V hospodářské soutěži (v boji s konkurenty) lze soutěžitelům škodit, ovšem jen metodami, které právo nezakazuje“. Jestliže obecně pro posuzování svobody lidského chování platí Tocquevillův výrok „Svoboda jednoho rozmáchnout se pěstí končí tam, kde začíná brada toho druhého“, pak v oblasti soutěžních vztahů

⁴² Pro smlouvy by sice měla platit podle teorie her „win-win strategy“ – výhody mají obě strany. Jejich zisky i z uspokojivého kontraktu jsou spíše výjimečně zcela vyrovnané; větší jejich díl zpravidla získá strana, která se projevila jako kontraktačně zdatnější.

musí být tato myšlenka modifikována: Svoboda boxera rozmáchnout se pěstí nemusí končit u brady jiného soutěžitele v boxerském zápole, pokud se ta pěst nachází v předepsané boxerské rukavici.

Beneficiářem takového boje (se všemi jeho i negativními důsledky) by neměla být jen vítězná strana, ale např. také spotřebitelé a obecněji vyjádřeno hospodářský pokrok. I konkurent poražený v jednotlivém souboji může být takto podněcován k tomu, aby hledal a nacházel účinnější způsoby své hospodářské činnosti.

ODDÍL II. EVROPSKÉ SMĚRNICE A ČESKÉ PRÁVO PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

Kapitola 1

K právní kvalifikaci nekalého soutěžního jednání

I. ÚVODEM

Německá právní terminologie rozlišuje výrazy „Recht haben“ a „Recht bekommen“. První z nich označuje skutečnost, že jsou nám určitá práva přiznávána tím či oním normativním aktem; výraz druhý pak vyjadřuje takový stav věcí (a stav podstatnější), za něhož se svých stanovených práv efektivně dobereme, domůžeme. K tomu může dojít tak, že jiní naše práva dobrovolně respektují, nebo tím způsobem, že jsou tato práva úspěšně vymáhána, vynucována⁴³ pomocí orgánů a prostředků, které k tomu právní řád poskytuje. Hranice mezi dobrovolným a vynuceným plněním povinností je ovšem plynulá; mnohé záležitosti již na tom, jaké povinnosti a tomu odpovídající oprávnění vyplývají z právního řádu, jaké prostředky právo poskytuje k vymáhání práv a jak nadějně bývá uplatnění těchto prostředků.

⁴³ V anglické právní terminologii se v této souvislosti používá pojem „enforcement“ (jeho jazykový základ naznačuje „silové řešení“), kterýžto pojem se stal poslední dobou velmi frekventovaným i v kontinentální Evropě zejména v souvislosti s vynucováním práv duševního vlastnictví a práva na ochranu hospodářské soutěže. Za povšimnutí stojí skutečnost, že český překlad směrnice 2004/48/ES používá výraz „dodržování práv duševního vlastnictví“, zatímco transpozice uvedené směrnice do českého právního řádu v zákonu č. 221/2006 Sb. použila pojem vymáhání práv z průmyslového vlastnictví. Oba druhy způsobů, jak se lze dobrat ke svým právům, by nejspíše vyjadřoval výraz „dodržování a vymáhání práv z duševního vlastnictví“, přičemž oba tyto případy (v jejich kladném vyznění) by mohla krýt formulace o „úspěšném uplatňování“ práv.

Česká právní úprava nekalé soutěže pamatuje na rozdíl mezi stanovením a domáháním se práv a činí to i v systematicke této úpravy. V obchodním zákoníku se jeho hlava V (HOSPODÁŘSKÁ SOUTĚŽ) člení na tři díly. Prvý z nich je věnován nejobecnějším otázkám účasti v soutěži a týká se jak práva proti nekalé soutěži tak práva na ochranu hospodářské soutěže. Díl druhý stanoví, co je nekalou soutěží (obecné podmínky, aby jednání bylo kvalifikováno jako nekalá soutěž; demonstrativně uvedené speciální případy nekalé soutěže) a obsahuje i obecný zákaz nekalé soutěže. Díl třetí nazvaný „Právní prostředky proti nekalé soutěži“ uvádí, kdo a vůči komu může vymáhat svá práva, jež byla nekalou soutěží dotčena, a jaké konkrétní prostředky mu český právní řád k tomuto vymáhání poskytuje.

Podobnou systematiku mají rovněž evropské směrnice, které se bezprostředněji týkají nekalé soutěže resp. nekalých obchodních praktik. Tak směrnice 2005/29/ES důkladně až detailně reguluje, co je nekalou obchodní praktikou (viz důvody této směrnice; řadu definic v jejím čl. 2; obecný zákaz nekalých obchodních praktik a jejich vymezení ve „velké generální klauzuli“ v čl. 5; „malé generální klauzule“ proti klamavým jednáním, klamavým opomenutím i agresivním praktikám v čl. 6. až 9; přílohu č. 1 označovanou jako „černá listina“ se závazným výčtem 23 klamavých a 8 agresivních obchodních praktik).

Naproti tomu ustanovení směrnice 2005/29/ES, která by měla sloužit k vymáhání práv z této směrnice (k zmíněnému „enforcement“ či „Recht bekommen“), jsou mnohem obecnější. Platí to o poměrně obsáhlém čl. 11 směrnice nazvaném „Vynucování“, pro jehož celý text je charakteristická úvodní část bodu 1, kde se stanoví:⁴⁴

Členské státy zajistí, aby v zájmu spotřebitelů existovaly vhodné a účinné prostředky pro boj proti nekalým obchodním praktikám v zájmu zajištění souladu s touto směrnicí. Tyto prostředky zahrnují právní předpisy, jež umožní osobám nebo organizacím, které mají podle vnitrostátních právních předpisů oprávněný zájem na boji proti nekalým obchodním praktikám, včetně soutěžitelů, aby

*a) podaly žalobu pro použití nekalých obchodních praktik
nebo*

⁴⁴ Cituji z oficiálního českého překladu směrnice, i když proti jazykové úrovni a srozumitelnosti překladu mám nejednu výhradu.

b) napadly tyto nekalé obchodní praktiky u správního orgány, který je příslušný k rozhodování o stížnostech nebo k podání podnětu k zahájení příslušného soudního řízení.

Každému členskému státu je vyhrazeno rozhodnutí o tom, která z těchto možností bude dostupná a zda umožní soudům nebo správním orgánům požadovat, aby byly využity jiné stanovené prostředky pro vyřizování stížností, včetně prostředků uvedených v článku 10.⁴⁵ Tyto možnosti existují bez ohledu na to, zda jsou postižení spotřebitelé na území členského státu, v němž se obchodník nachází nebo v jiném státě.

I další text čl. 11 směrnice 2005/29/ES vyhrazuje samotným členským státům rozhodnutí, jaké ze standardních či méně obvyklých právních možností (předběžné opatření – opatření konečná, zkrácené řízení, zveřejnění rozhodnutí, opravné prohlášení) zvolí k tomu, aby bylo dosaženo účelu této směrnice.

Článek 12 směrnice 2005/29/ES pak zavazuje členské státy, aby soudům nebo správním orgánům udělily pravomoc obrátit důkazní břemeno v řízení vedeném podle článku 11, tj. aby mohly

a) požadovat na obchodníkově, aby prokázal správnost skutkových tvrzení v souvislosti s obchodní praktikou, jestliže se takový požadavek s ohledem na oprávněné zájmy obchodníka a kteréhokoli jiného účastníka řízení, jeví jako přiměřený okolnostem případu;

b) považovat skutková tvrzení za nesprávná, není-li důkaz požadovaný v souladu s písmenem a) předložen nebo je-li soudem nebo správním orgánem považován za nedostatečný.

Konečně v čl. 13 směrnice 2005/29/ES je uvedeno:

Členské státy stanoví sankce za porušení vnitrostátních předpisů přijatých na základě této směrnice a přijmou všechna opatření pro jejich uplatňování. Tyto sankce musí být účinné, přiměřené a odrazující.

Směrnice 2006/114/ES, která reguluje soutěžní vztahy mezi obchodníky je podstatně stručnější tam, kde charakterizuje klamavou reklamu a stanoví podmínky přípustné reklamy srovnávací. V otázkách „vynucování“ (články 5 až 7 této směrnice) jde o ustanovení velmi podobná již zmíněným ustanovením směrnice 2005/29/ES.

⁴⁵ V čl. 10 směrnice se pamatuje na možnost, že proti nekalým obchodním praktikám budou zasahovat – na základě Kodexů chování – orgány etické samoregulace, jež působí v řadě podnikatelských oblastí.

Euroskeptik by pak uvedenou úpravu „vynucování“ v obou dosud zmíněných směrnících zřejmě označil za příslovečně „hraběcí rady“. Formulace o „boji“ proti nekalým obchodním praktikám či proti klamavé reklamě by mu možná připomínaly něco z naší totalitní minulosti. Eurooptimista by naopak zmíněné normativní texty a jistou jejich vágnost uváděl jako důkaz toho, že evropské směrnice nesvazují národní státy při volbě právních prostředků, které mají sloužit rozumnému účelu. Eurorealista důkladně prostuduje zmíněné evropské směrnice a bude se na jejich základě domáhat účelnějšího, modernějšího, „eurokonformního“ výkladu českého práva proti nekalé soutěži a někdy i dalšího vývoje české rozhodovací praxe⁴⁶ a takových jejích změn, které nemusí nutně vyžadovat změnu právní úpravy.

K posléze uvedenému pojetí se přihlásí další řádky tohoto příspěvku. Vydeme v nich z názoru normativní teorie práva, podle níž **proces interpretace práva nelze vykládat tak, jako by se při něm jednalo jen o intelektuální akt, „jako by interpret používal zde pouze svého rozumu a nikoliv též vůle...“**⁴⁷ Výhybkou vůle či „ukazatelem směru“ (nových směrů) pro rozhodovací vůli ve věcech nekalé soutěže (nekalých obchodních praktik) mohou totiž být i zmíněná ustanovení evropských směrnic a způsob, jakým vymezují nekalou soutěž či nekalé obchodní praktiky. Jinak vyjádřeno: Rčení „nekalá soutěž se vždy vyplatí“⁴⁸ by mohlo ztratit něco ze své příležitosti i tím, že národní úpravy nekalé soutěže (nekalých

⁴⁶ V následujícím textu nehodlám současnou českou rozhodovací praxi paušálně kritizovat; po listopadu 1989 se až překvapivě rychle rozvinula a dosáhla dobrý evropský standard. I v jiných evropských zemích se však uvažuje o podstatných změnách při vynucování práva proti nekalé soutěži (viz KREJCI, H., KESSLER, J., AUGENHOFER, S. (editoři). *Lauterkeitsrecht im Umbruch*. Vídeň: Manz, 2005; AUGENHOFER, S. (editorka). *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

⁴⁷ KELSEN, H. *Ryzí nauka právní – metoda a základní pojmy*. Přeložil Václav Chytil. Praha: Orbis, 1933. s. 42. Autor tohoto příspěvku není ve všem všudy zastáncem normativní teorie, jak byla pěstována na brněnské právnické fakultě v předválečném a krátce i poválečném období. Uvedenou myšlenku však považuje za správnou a lze pro ni nalézt oporu i v jiných právních koncepcích.

⁴⁸ S tímto výrokiem jsem se setkával na zahraničních vědeckých konferencích a připomínal mi „kapitalistickou“ obdobu našeho totalitního „kdo nekrade, šidí rodinu“. Šlo o postřeh pointovaný (jak říkají Němci „zugespitzt“), ale skutečnost je zřejmě taková, že nekalá soutěž se v řadě případů a zemí vyplácí dosti často.

obchodních praktik) i aplikace těchto úprav budou přihlížet k evropským směrnici – k jejich záměrům, textu i způsobům uplatňování.

II. K NORMOTVORNÉ ROLI ŽALOBNÍ A ROZHODOVACÍ PRAXE

Když hodláme dosáhnout cílů práva v určité oblasti lidského počínání (v našem případě zabezpečit férové soutěžení, řádné obchodní praktiky), záleží nejen na tom, jak přiměřené a účinné (či obecněji řečeno: jak účelně stanovené a důsledně uplatňované) jsou sankce za porušování práv v této oblasti. Významná je již sama okolnost, za co (za jaká jednání či opomenutí) se dají takové sankce uložit, jaké jsou skutkové podstaty nekalé soutěže či nekalých obchodních praktik. Obě stránky věci budeme zkoumat v tomto oddílu naší práce, který se zabývá tím, jak lze nekalé soutěžní jednání vůči soutěžitelům a spotřebitelům postihnout na základě některých evropských směrnic a českého práva. **Formulace „postihnout určité jednání“ znamená v řeči právníků, že takové jednání bude sankcionováno. V běžném vyjadřování má však pojem „postihnout“ i mnohem obecnější význam a znamená, že určité jednání (určité jevy) pochopíme (vystihneme) v jejich podstatě, zaregistrujeme a vyjádříme a učiníme z nich předmět našeho uvažování či našich skutků.**

Posléze uvedené stránce věci se budu věnovat v této kapitole a úvahy zahájím banálním zjištěním, že v kontinentálním právu jsou případy, jimž chce právo věnovat pozornost, především „postiženy“ v textu právních předpisů⁴⁹ pomocí tu konkrétnějších tu abstraktnějších formulací. Většinou však zdaleka nezáleží jenom na těchto textech. **Rada životních situací je hodnocena (postihována) – z hlediska jejich souladu či rozporu s právem – až v souvislosti se spornými situacemi. Činnosti, při nichž někdo tvrdí, že jeho práva byla porušena a domáhá se nápravy přímo u rušitele či u kompetentních státních orgánů jsou svým způsobem činnostmi**

⁴⁹ Ironik by v této souvislosti mohl poukázat i na další význam slova postihnout (utrpět újmu, být postižen neštěstím) a tvrdit, že právní předpisy někdy takto postihují své adresáty a jsou pro ně skutečnou pohromou.

normotvornými (vzdáleně připomínají „legislativní návrhy“). Rozhodnutí soudů a správních orgánů, zejména ve věcech ve své jedinečnosti dosud neřešených, mají ještě výraznější normotvorný význam.⁵⁰

Pokud jde o nekalou soutěž a nekalé obchodní praktiky, platí takové zjištění ve zvýšené míře dané již tím, že hospodářští činitelé dokáží vymýšlet stále nové způsoby svého konkurenčního jednání, nové obchodní praktiky, z nichž mnohé jsou na hranici a někdy i za hranicí férové soutěže, poctivého obchodnického jednání. Tvůrci právních norem nemohou předvídat všechny případy nekalého soutěžního jednání (nekalých obchodních praktik) i z toho důvodu, že hranice mezi prospěšnou a škodlivou marketingovou a jinou konkurenční kreativitou jsou plynulé, nezřetelné. V právních úpravách nekalých obchodních praktik a nekalé soutěže (v již zmíněných úpravách komunitárních i národních) se proto rozsáhle operuje s neurčitými právními pojmy a zejména s ustanoveními typu generálních klauzulí.

Záleží pak v první řadě na samotných subjektech dotčených nekalým jednáním (a především na jejich právních poradcích, zástupcích a jiných reprezentantech jejich zájmů), jaká běžnější i méně častá jednání budou považovat za nekalou soutěž či nekalou obchodní praktiku, zda a jakým způsobem se budou u jejich aktérů či soudů event. jiných státních orgánů domáhat, aby s takovým jednáním bylo skoncováno resp. aby vůči němu byly použity nápravné a sankční prostředky. Stejně tak bude záležet na soudech a jiných státních orgánech, zda a jak takovým návrhům vyhoví a přispějí k vytváření toho, co bývá označováno za „soudcovské skutkové podstaty nekalé soutěže“ či za typové případy nekalých obchodních, reklamních a podobných praktik založené na rozhodovací činnosti jiných státních orgánů.

Normotvorná role právní praxe byla rozsáhle využita (reflektována) ve směrnici 2005/29/ES a zejména v její příloze I. („černé listině“). Ta totiž obsahuje mnohá jednání, jež zejména v zemích blízkých nám svou právní a kulturní tradicí (Rakousko, Německo) byla postihována podle generálních

⁵⁰ Viz BEJČEK, J., KOTÁSEK, J., POKORNÁ, J. Soudně nezákonné „zákonné zastoupení“, aneb Curia locuta, causa finita?. *Obchodněprávní revue*, 2009. č. 2., s. 31, kde se píše, že „orgány povolané k rozhodování jednotlivých případů (k aplikaci práva) se nezdíka *fak-ticky* dostávají do pozice těch, kdo právo tvoří“.

klauzulí v tamním právu proti nekalé soutěži. Soudcovské skutkové podstaty nekalé soutěže se tak vlastně ve zmíněné směrnici (a její příloze I.) staly speciálně upravenými případy nekalých obchodních praktik vůči spotřebitelům a byly ze směrnice povinně přeneseny do národních právních úprav v uvedených státech i všech dalších státech EU a lze je velmi často aplikovat i ve sporech mezi soutěžiteli.

III. VÝZNAM „ČERNÉ LISTINY“ ZE SMĚRNICE 2005/29/ES PRO OCHRANU SPOTŘEBITELŮ I SOUTĚŽITELŮ

Smysl „černé listiny“ ve směrnici 2005/29/ES (zejména její význam pro nové přístupové země k EU) lépe pochopíme, všimneme-li si právní praxe ve věcech nekalých obchodních praktik a nekalé soutěže, jak se v České republice vyvíjela po roce 1989. **Veřejnoprávní ochrana spotřebitelů, kterou uskutečňovala Česká obchodní inspekce na základě zákona o ochraně spotřebitele byla ve značné míře zaměřena na jiný druh nežádoucích obchodních praktik, než které dnes upravuje směrnice 2005/29/ES a její „černá listina“.** Také další druhy veřejnoprávního postihu (uskutečňované například podle zákona o regulaci reklamy) se týkaly úžeji vymezeného okruhu záležitostí.

Obchodní praktiky, které dnes uvádí Směrnice 2005/29/ES a její příloha I., bylo a je zároveň možné – v řadě případů – žalovat i soukromoprávně jako nekalou soutěž. Žalobní oprávnění ve věcech nekalé soutěže měli totiž a stále mají i spotřebitelé a také právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů a spotřebitelů. (Žalobní oprávnění podle úpravy nekalé soutěže však byla uvedenými subjekty využívána v minimální míře.) **Proti nekalým obchodním praktikám vůči spotřebitelům mohou však zasahovat i soutěžitelé, pokud i jim takové praktiky jsou způsobilé přivodit újmu.** V českých poměrech docházelo k žalobám z tohoto důvodu poměrně často ve věcech klamavé reklamy, vyvolání nebezpečí záměny, mnohem méně často v situacích, které se v zemích s vyspělou soutěžní kulturou posuzovaly podle zmíněných generálních klauzulí a které jsou dnes uvedeny v příloze č. I. ke směrnici 2005/29/ES. **Česká žalobní**

praxe se totiž raději opírala o speciální (pojmenované) skutkové podstaty nekalé soutěže, neboť to vyžadovalo méně náročný způsob právní argumentace. I soudy prvních stupňů bývaly někdy rezervované, pokud měly posuzovat žalobní návrhy opírající se pouze o ust. § 44 odst. 1 ObchZ.

Taková rozhodnutí korigovala až rozhodnutí odvolacích instancí. Příkladem je tu rozhodnutí Vrchního soudu v Praze R 3 Cmo 253/97 ve sporu dvou autoškol. Žalující strana vytýkala straně žalované, že nedodržuje právní podmínky pro výcvik řidičů, snižuje si tím náklady na výcvik a získává tak neoprávněnou soutěžní výhodu. Soud prvního stupně žalobu zamítnul a v odůvodnění rozsudku uvedl, že nelze shledat rozpor s dobrými mravy soutěže v porušování speciálního předpisu (vyhlášky č. 55/1991 Sb. o výcviku a zdokonalování odborné způsobilosti řidičů silničních motorových vozidel) a mechanismy nápravy zde stanoví správní právo a nikoli právo obchodní. Odvolací soud v zmíněném rozhodnutí uplatnil odlišný právní názor a uváděl: *Při zkoumání podmínek naplnění generální klauzule proti nekalé soutěži není samo o sobě rozhodné, zda tvrzeným závadným jednáním byly či nebyly porušeny předpisy z určitého odvětví práva jiného než té části, která upravuje horizontální vztahy při podnikání, tedy zda jsou porušovány předpisy veřejného práva či práva soukromého, rovněž není rozhodné, zda daná konkrétní oblast práva zároveň upravuje kontrolní mechanismy a prostředky k nápravě včetně sankcí, směřujících k porušovateli těchto předpisů. Rozhodné naopak je, zda tvrzené jednání, které je v rozporu s právními předpisy, má kauzální vztah k hospodářské soutěži a dopad k soutěži. Tedy zda tvrzené jednání je porušením dobrých mravů hospodářské soutěže, došlo k němu v rámci hospodářské soutěže a toto jednání je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům, tedy zda jsou dány předpoklady kvalifikace jednání podle § 44 odst. 1 ObchZ.*⁵¹

Některé problematické obchodní praktiky vůči spotřebitelům (a zároveň případy nekalého soutěžního jednání) nebyly napadány žalobami soutěžitelů i proto, že takové praktiky byly vlastní více soutěžitelům a žádný z nich neměl zájem na tom, aby byly soudem kvalifikovány jako právně nepřipustné. Již z tohoto důvodu bylo účelné, aby postih nekalých obchodních praktik vůči spotřebitelům byl svěřen v rozsáhlejší míře též orgánům s veřejnoprávní kompetencí. Stejně tak bylo a je účelné, aby těmto orgánům byly usnadněny jejich nové úkoly. To mimo jiné činí směrnice 2005/29/ES a navazující úpravy národní tím, že uvádějí (a v tomto smyslu postihují) typické a za všech okolností (tak zvaně „per se“) nepřipustné nekalé obchodních praktiky vůči spotřebitelům.

⁵¹ Viz MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže*. Praha: C. H. Beck, 2000. s. 98 a n.

„Černá listina“ nekalých obchodních praktik ze směrnice 2005/29/ES a v českém právním řádu v příloze k zákonu o ochraně spotřebitele umožňuje i rozsáhlejší aplikaci § 44 odst. 1 ObchZ – uplatnění tzv. soudcovské skutkové podstaty nekalé soutěže „porušení norm veřejného práva s důsledky pro soutěžní postavení“. Jde tak o příspěvek k častějšímu souběhu právních úprav, k rozšíření takové praxe, při níž je žalováno z titulu některých speciálních úprav⁵² (zejména těch, které se úžeji dotýkají tržních a soutěžních vztahů) i z titulu práva proti nekalé soutěži, jak se s takovými žalobními návrhy i rozsudky setkáváme někdy v české rozhodovací praxi.⁵³ Častější jsou pak žaloby postavené „na více nohách“ v žalobní a rozhodovací praxi zahraniční.^{54 55}

Ani v českých právních poměrech by nic nemělo bránit souběhu práva proti nekalé soutěži s veřejnoprávními úpravami, které jsou

⁵² Viz zák. č. 634/1992 Sb. o ochraně spotřebitele ve znění pozdějších předpisů; zák. č. 40/1995 Sb. o regulaci reklamy ve znění pozdějších předpisů; zák. č. 468/1991 Sb. o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů a četné předpisy z oblasti práv duševního vlastnictví a práv průmyslových.

⁵³ Viz též rozsudek Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3 Cmo 41/2005 z 13. 9. 2005, v němž se uvádí: *I když nárok vlastníka na ochranu práva z ochranné známky a nárok soutěžitele na ochranu před nekalou soutěží jsou samostatnými právními tituly, které vycházejí z odlišné hmotněprávní úpravy, je třeba vzít v úvahu, že pokud dojde k zásahu do práva k ochranné známce a jak poškozený tak i rušitel jsou soutěžiteli, pak může být zásah k ochranné známce posouzen jako nekalosoutěžní jednání.* Dle HORÁČEK, R., MACEK, J. *Sbírka správních a soudních rozhodnutí ve věcech průmyslového vlastnictví*. Praha: C. H. Beck, 2007. s 245 a n.

⁵⁴ *Možnost souběhu mezi různými předpisy, které regulují tržní nabídku, zajímavým způsobem vyjádřilo rozhodnutí finského obchodního soudu ze 16. 6. 1994, který k žalobě spotřebitelského ombudsmana rozhodl:*

1. *Generální klauzule v oddíle 2 § 1 zákona na ochranu spotřebitele je použitelná nejen na taková reklamní opatření, která se dotýkají schopnosti spotřebitele jednat na trhu racionálním způsobem; lze je použít na všechna reklamní opatření, která odporují dobrým mrávům a obecně uznávaným hodnotovým představám.*

2. *Pokud je žena v rámci reklamy zobrazena jako objekt k upoutání pozornosti, aniž byla dána souvislost s nabízeným produktem, jedná se o ponížení ženy a dotčení její lidské důstojnosti.*

In *GRUR International*, č. 8/9 1995, s. 722 a n.

⁵⁵ Viz např. rozhodnutí rakouského Nejvyššího soudního dvora sp. zn. OGH 4 Ob 47/06z z 20. 6. 2006, uveřejněno pod názvem „Paralleler Schutz nach Urheberrecht und Wettbewerbsrecht – Fremdenrecht – Behauptungslast“ s komentářem MICHAELA M. WALTERA. *Medien und Recht*. 2007, č. 1 s. 28 a n.

transpozicí evropských směrnic, pokud bezprostředněji regulují soutěžní, tržní aktivity, obchodní praktiky. Záměrně jsem v předchozí větě použil podmiňovací formulaci „nic by nemělo bránit“. Vedl mne k ní shora citovaný čl. 11 bod 1 směrnice 2005/29/ES, kde se ukládá členským státům zajistit, aby existovaly právní prostředky umožňující oprávněným osobám, aby

a) podaly žalobu pro používání nekalých obchodních praktik
nebo

b) napadly tyto nekalé obchodní praktiky u správního orgánu, který je příslušný k rozhodování o stížnostech nebo k podání podnětu k zahájení příslušného soudního řízení.

Obdobou úpravu obsahuje i čl. 5 bod 1 směrnice 2006/114/ES. Texty obou směrnic by mohly být vykládány tak, že členské státy mají zajistit, aby osoby dotčené nekalými obchodními praktikami mohly proti nim zvolit buď jen veřejnoprávní nebo jen soukromoprávní „cestu práva“, nikoliv však oba tyto postupy současně či následně.

Lze mít důvodné pochybnosti o takovém výkladu. Mohl by být především snadno obcházen tím způsobem, že osoba dotčená závadným jednáním (typicky obchodní společnost) by žalovala u soudu pro nekalou soutěž a zároveň by nastrčila individuálního spotřebitele, aby pro tentýž skutek podal podnět k správnímu řízení. Výklad druhu „buď jenom veřejnoprávní nebo jenom soukromoprávní vymáhání práva“ také není v souladu s právní tradicí – vždyť proti řadě jednání (např. u škod na zdraví či na majetku) lze podat podnět k veřejnoprávnímu zásahu a zároveň soukromoprávně žalovat o náhradu škody. **Právní podmínky pro veřejnoprávní a soukromoprávní postih bývají také odlišné a nelze vyloučit (dokonce k tomu dosti běžně dochází), že po neúspěšném zásahu veřejnoprávním se uplatní zdařilý postih soukromoprávní.** Navíc souběžné uplatňování „public enforcement“ a „private enforcement“ v soutěžním právu se stává tématem doby⁵⁶ a od kombinace obou způsobů se očekává výraznější

⁵⁶ Seminář „Wettbewerbsrecht 2008/2009: Novellen und Reformen“, který uspořádal právnická fakulta univerzity ve Vídni ve dnech 27. a 28. 11. 2008 a sborník z tohoto semináře pod redakcí Suzanne Augenhofera citovaný v pozn. 46. V naší zemi lze poukázat na mezinárodní seminář SOUKROMÉ VYMÁHÁNÍ KARTELOVÉHO PRÁVA, který ve dnech 26.

výsledný efekt. V pochybnostech by proto uvedená ustanovení obou směrnic měla být vykládána tak, že zásadně umožňují souběh právních kvalifikací i právních zásahů jak podle práva proti nekalé soutěži tak podle některých dalších předpisů. Zároveň takovou možnost nelze vykládat příliš široce, byť soutěžního postavení se konec konců alespoň okrajově dotýkají mnohá protiprávní jednání.⁵⁷

IV. NOVÉ „PER SE“ ZÁKAZY PRO VZTAHY MEZI SOUTĚŽITELI?

Když se na mezinárodním semináři o soutěžním právu ve Vídni⁵⁸ debatovalo o „černé listině“ nekalých obchodních praktik, objevila se kuriózní obava. Prý je tato příloha Směrnice 2005/29/ES natolik detailní (a stejné jsou i přílohy v transpozičních úpravách), že již „nebude co jiného soudit“ podle generálních klauzulí v národních právních úpravách nekalé soutěže. Nešlo o zcela vymyšlenou pochybnost. **Výčty praktik zakázaných za všech okolností (tak zvaně „per se“) mají nejen určité výhody, jež byly výše zmíněny. Někdy jsou necitlivé k zvláštním okolnostem jednotlivých případů a jejich aplikace pak odporuje požadavkům „zdravého rozumu“. Velmi rozsáhlé seznamy zakázaných praktik mohou být také chápány jako natolik taxativní, že již vylučují postih dalších jednání podle obecnějších norem.** V diskusi však převládl názor, že nebezpečí takových výkladů „černé listiny“ nehrozí, zejména pokud jde o soudní spory z nekalé soutěže.

Především – jak argumentoval i autor tohoto příspěvku – **klamavé a agresivní praktiky jsou v „černé listině“ charakterizovány přiroze-**

a 27. 6. 2009 uspořádaly Úřad pro ochranu hospodářské soutěže a Právnická fakulta UK v Praze.

⁵⁷ Viz KOPPENSTEINER, H. G. *Das UWG nach der Novelle 2007*. in AUGENHOFER, S. sborník zmíněný v pozn. 46, s. 85 a n., kde autor považoval za nesprávné kvalifikovat jako případ soutěžní výhody získané porušením práva (Vorsprung durch Rechtsbruch) např. porušení daňových předpisů, byť i ono může přinášet soutěžní výhodu. Nešlo ovšem o názor jednoznačně přijímaný.

⁵⁸ Viz seminář zmíněný v pozn. 46 a 56.

ným jazykem, který je do značné míry neurčitý. To samo zakládá možnost sporů, zda konkrétní jednání je postiženo (vyjádřeno) v tom či onom bodu „černé listiny“. Zakazující opatření (zvláště ta mimořádná) musí být vykládána spíše restriktivním (zuzujícím) než extenzivním (rozšiřujícím) způsobem. Jestliže se pak konkrétní jednání poněkud odchyluje od popisu v „černé listině“ (ale ve své podstatě se jeví jako nekalé), přichází již v úvahu aplikace generálních klauzulí ve směrnici 2005/29/ES, v národních transpozičních úpravách a nezřídka i aplikace generální klauzule proti nekalé soutěži (v českém právu podle § 44 odst.1 ObchZ).

Hospodářský život je (a musí být) nepřetržitým proudem inovací, které se týkají nejen výrobků a služeb, ale i prodejních metod, těch férových i nekalých. Dokonce lze tvrdit, že seznamy „per se“ zakázaných praktik jsou zastaralé již v okamžiku, kdy byly vydány; totéž pak platí o „soudcovských skutkových podstatách nekalé soutěže“ a jejich profesorských přehledech. Z hlediska těchto úvah je pak podstatné, že **směrnice 2005/29/ES se zaměřuje na nekalé obchodní praktiky vůči spotřebitelům**. Ty jsou sice ve značném počtu případů i na újmu soutěžitelům, nejsou jimi však ani zdaleka vyčerpány různé podoby nekalého počínání mezi soutěžiteli. Nejsou konkrétněji postiženy ani směrnici 2006/114/ES, která svou „černou listinu“ nemá a z nekalých soutěžních jednání reguluje pouze klamavou a srovnávací reklamu.

Myšlenky uvedené v předchozím odstavci přílehlavě vyjadřuje i bod 8 v důvodech směrnice 2005/29/ES, kde se stanoví: *Tato směrnice přímo chrání ekonomické zájmy spotřebitele před nekalými obchodními praktikami vůči spotřebitelům. Tím také nepřímou chrání oprávněné podniky před soutěžiteli, kteří nedodržují pravidla této směrnice, a zaručuje korektní hospodářskou soutěž v oblastech jí koordinovaných. Je zřejmé, že existují jiné obchodní praktiky, jež sice nepoškozují spotřebitele, ale mohou poškozovat soutěžitele a zákazníky z řad podniků. Komise by měla pečlivě posuzovat potřebu akce Společenství v oblasti nekalé soutěže nad rámec této směrnice a v případě nutnosti vypracovat legislativní návrh zahrnující další hlediska nekalé soutěže.*

Autor těchto řádek nepovažuje za nutné, aby na komunitární normativní úrovni byla zpracována další hlediska nekalé soutěže⁵⁹ a byla vytvořena „černá listina“ specifická pro protiprávní jednání mezi soutěžiteli. Jestliže jsem u nekalých obchodních praktik vůči spotřebitelům chápal (byť s jistými výhradami) rozumný smysl „per se“ zakázaných praktik a pro vztahy mezi soutěžiteli tak nečiním, nelze to považovat za nedůslednost. Spotřebitelská směrnice dovoluje chránit (mj. svou „černou listinou“) i soutěžitele proti běžnějším způsobům nekalých obchodních praktik. Pro spotřebitele (jako většinou ty slabší ve vztahu k obchodníkům) je druhem varovné informace a příspěvkem k jejich spotřebitelské sebeobraně. U soutěžitelů (jako obchodních profesionálů, kteří využívají či měli by využívat kvalifikovanou právní pomoc) se takový sebeobraný návod nezdá být tolik potřebným.

V praxi členských států EU (a mám tu nyní na mysli zejména praxi českou) by transpoziční předpis vycházející ze směrnice 2005/29/ES a její „černé listiny“ měl být vynucován mimo jiné a někdy i především ve správním řízení. Detailnější popis zakázaného jednání je oporou pro takové rozhodování; v něm se totiž do určité míry uplatňuje obdoba tradiční trestněprávní zásady „nullum crimen sine lege“. Právo proti nekalé soutěži naopak vynucují převážně soudy, u kterých lze předpokládat větší zběhlost v aplikaci generálních klauzulí běžnějších právě v soukromoprávní regulaci.

Navíc soutěžitelé, snažíce se zlepšit svou soutěžní pozici na úkor konkurentů, projevují – jak již rovněž zmíněno – takovou míru kreativity zvrácené i vcelku přípustné, že všechny její projevy nelze předem předvídat a předem postihnout (ve smyslu vystihnout) v právní úpravě. O detailnější výčet takových projevů se nemohu pokoušet ani v tomto příspěvku⁶⁰. Dále uvedu příkladmo určité projevy nekalého konkurenčního jednání, jež se

⁵⁹ To ovšem nevyklučuje existenci a užitečnost doporučujících a velmi podrobných přehledů nekalých reklam, jak takové seznamy vydávají a na jejich dodržování dbají samoregulační orgány reklamy jako např. francouzské BVP (Bureau pour la vérification de la publicité) či Advertising Standards Authority ve Velké Británii.

⁶⁰ Více příkladů viz u MACEK, J. (publikace uvedená v pozn. 51), u HORÁČEK, R., MACEK, J., (publikace uvedená v pozn. 53). Viz též řadu příkladů z české a zahraniční praxe u HAJN, P. *Právníkovy fejetony*, Praha: C. H. Beck, 2007, zejména kapitola „Směsice námětů“.

dotýkají soutěžitelů, přičemž nejsou konkrétněji reflektovány ani v evropských směrnících ani ve speciální skutkových podstatách nekalé soutěže.

V. RÚZNÉ ZPÚSOBY PARAZITNÍHO JEDNÁNÍ

Jednání parazitního charakteru patří k nejčastějším druhům soutěžního jednání. Nemusí v sobě obsahovat vždy prvky klamavosti a vést k nebezpečí záměny u spotřebitelů a jiných zákazníků (pak by mohlo být postihováno podle § 46 či § 47 ObchZ). Nemusí jít ani o parazitování na pověsti soutěžitele, na něž pamatuje § 48 ObchZ. V hospodářské soutěži se často setkáváme s parazitním jednáním, jež spočívá v převzetí cizích nápadů, pracovních výsledků, ve využití cizích investic. Na taková parazitní jednání lze pak aplikovat generální klauzuli proti nekalé soutěži v § 44 odst. 1 ObchZ a to často v souběhu s jinými právními úpravami. Situace tohoto druhu dobře vystihuje část právní věty z uveřejněného rozsudku Vrchního soudu v Praze ze dne 23. května 2006 sp. zn. 3 Cmo/31/2006, kde se uvádí: *Zásadně platí, že soutěžitel, pokud neoprávněně využije jakýkoliv předmět práv průmyslového vlastnictví druhého soutěžitele, jedná v rozporu s dobrými mravy soutěže a k újmě vlastníka práva, jemuž náleží právo výlučného užívání i právo poskytnout možnost užívat předmět ochrany za úplaty soutěžitelům dalším.*⁶¹ Podobně rakouský Nejvyšší soudní dvůr judikoval, že *prosté převzetí cizích pracovních výsledků může za splnění dalších podmínek představovat jednání v rozporu s generální klauzulí z práva proti nekalé soutěži. Taková ochrana není vylučována skutečností, že tyto pracovní výsledky nebo jejich část mohou být ve vztahu k určité osobě také chráněny autorským právem.*⁶²

Oba právě uvedené případy lze – z hlediska práva proti nekalé soutěži – řadit pod soudcovskou skutkovou podstatu „**porušení norem z jiných právních předpisů s důsledky pro soutěžní postavení**“. V nich již ža-

⁶¹ Publikováno i s právní větou pod názvem „Zásah do práv z ochranné známky“. *Průmyslové vlastnictví*, 2008, č. 5. s. 170 a n.

⁶² Rozhodnutí OGH z 20. 6. 2006 sp. zn. 4 Ob 47/o6z uveřejněné s komentářem WALTER, M. M. v časopise *Medien und Recht*, 2007. č. 1. s. 28 a n.

lobce a soud I. stupně použili ve věci dvojí kvalifikaci – podle známkového práva resp. autorského práva i podle práva proti nekalé soutěži. Taková možnost však bývá někdy zbytečně v žalobě opomíjena a dochází k prodlužování sporů a někdy i k zpochybňování nároků jinak věcně odůvodněných. To bude podrobněji demonstrováno na skupině soudních případů, které rozebereme v následujícím oddílu.

VI. SOUTĚŽNÍ JEDNÁNÍ AGRESIVNÍHO CHARAKTERU

K přednostem (dokonce by se dalo říci k zásluhám) směrnice 2005/29/ES patří skutečnost, že jako zvláštní kategorii upravuje praktiky agresivní. Ve svém v čl. 8 a 9 podává poměrně podrobnou charakteristiku agresivního jednání s právní relevancí; osm konkrétnějších agresivních jednání zaměřených vůči spotřebitelům uvádí i v „černé listině“. Leccos z obecnější charakteristiky agresivního jednání lze použít i na případy agrese mezi soutěžiteli. Agresivní jednání vůči spotřebitelům uvedené v černé listině, může být i důvodem žaloby mezi soutěžiteli (viz např. bod 28 „černé listiny“ a praktika tam popsaná slovy: „Začlenění do reklamy přímého nabádání určeného dětem, aby si inzerované produkty koupily nebo aby přesvědčily své rodiče nebo jiné dospělé, aby jim je koupili“.).

Záslužnost či vhodnost takové úpravy ve spotřebitelské směrnici je dána již tím, že jistá míra agresivity neodmyslitelně patří k lidskému chování vůbec a k soutěžnímu chování zvláště. Je totiž biologicky podmíněna. Přesto či spíše právě proto **nespatřuji opět aktuálně ani perspektivně nutným, aby na komunitární úrovni byl (ve smyslu výše uvedeného a citovaného bodu 8 v důvodech směrnice 2005/29/ES) „vypracován legislativní návrh zahrnující další hlediska nekalé hospodářské soutěže“, v daném případě hlediska soutěže agresivní. Ve vztazích mezi podnikateli (soutěžními profesionály) musí být zvláště pečlivě váženy jednotlivé projevy soutěžní agrese; obrazně řečeno musí zde být rozlišovány soutěžně přípustné bodyčky od krosčeků.** Agresivní soutěžní metody zde obvykle nebyvají projevem nezpracovaných emocí, většinou nepřipomínají svými metodami hospodskou rvačku, reflektují obecnější společenské klima, vycházejí z teoretických výzkumů a jsou proto sofistiko-

vané, stále se vyvíjejí. Pokud by byl normativně zachycen podrobnější soupis soutěžní agrese, již v okamžiku svého vydání by takový seznam byl zastaralý a nepostihoval by skutečné soutěžní dění.

Soutěžitelé, kteří se hodlají bránit novým podobám soutěžní agrese, i subjekty, které jim ochranu mají poskytovat (především soudy event. správní orgány), musejí zejména znát teoretické fundamenty soudobého soutěžního počínání, rozeznat jeho projevy, sledovat, evidovat tyto projevy v praxi, získávat o nich včas důkazy a uplatnit vůči nim dostupné právní prostředky. S příkladem takového poučeného počínání se česká veřejnost mohla setkat v záležitosti tzv. guerilla marketingu. Šlo o soutěžní střet mobilních operátorů, z nichž jeden ve své vánoční reklamní kampani použil jako její výrazný prvek maketu sobího paroží připevněného na psech – čivavách. V návaznosti na vlastní reklamní kampaň pak tyto parohy krátkodobě umístil na některých reklamních nosičích konkurence. Toto počínání pak bylo rozsáhle komentováno v médiích. Věc je předmětem soudního sporu z nekalé soutěže dosud neukončeného; v době, kdy je dokončován tento text, Vrchní soud vrátil věc soudu prvního stupně, neboť z části zrušil jeho původní rozhodnutí.⁶³ Proto nehodnotím dosavadní rozhodnutí a naznačuji jen, jak lze v žalobní i rozhodovací praxi reflektovat novější způsoby marketingového jednání.

V důvodech rozhodnutí (i s odvoláním na internetové a knižní zdroje) se píše: *Netradiční reklamní akcí žalovaného byla i akce s umístování paroží na reklamy a budovy konkurence. Tato reklamní kampaň zcela naplňuje znaky tzv. guerillového marketingu, resp. guerillové reklamy. Guerillový marketing je termín zpopularizovaný Jayem C. Levinsonem. Jeho kniha Guerilla Marketing vyšla již v roce 1998, Levinson definoval touto nálepkou aktivity označené jako nekonvenční cesty k oslovení potenciálních zákazníků realizované s nízkými rozpočty, jejichž výsledkem je, že recipient věnuje kampani svou pozornost, aniž by si byl primárně vědom, že jde o propagaci. Guerillový marketing pracuje také s psychologií. Má velkou šanci na to vázat na sebe sekundární publicitu. V agresivní variantě přímo napadá konkurenci.....*

Výraz guerilla je spojován s válečnými konflikty. Jsou to partyzánské jednotky, které čelí velké přesile. Aby uspěly nemohou jít do otevřeného boje. Musí vymyslet překvapivé útoky, které druhá strana nečeká. Rychle a nečekaně udeřit a rychle se stáhnout... ...Nejdůležitější na guerilla marketingu je nápad. Ten totiž rozhoduje. Pokud je nápad zajímavý, přitáhne pozornost zákazníků a médií. Proto je tento druh marketingu „levný“. Místo abychom totiž

⁶³ Rozhodnutí Městského soudu v Praze 15 Cm 1/2007-324 z 9. 4. 2009.

platili penězi, platíme časem na vymyšlení nápadu. Proto je to také neefektivnější typ marketingu. Když chceme něco nového vymyslet a nebo nově spojit již existující věci, potřebujeme nezatřžené myšlení, tvořivost, kreativitu a také intuici. Vše je tady dovoleno...

Pro guerilla marketing je typické balancování na hraně zákona, v některých případech může hranici zákona i překročit.

Častý výskyt guerillových a podobných soudobých způsobů marketingu lze v praxi předpokládat, nikoliv však předvídat v jejich konkrétních podobách. Platí to již proto, že inovovaný marketing má být (a často je) plodem neotřelých, nečekaných nápadů. Proto opět nelze pro vztahy mezi soutěžiteli vydat soupis „per se“ zákazů nových marketingových způsobů agrese a právo se musí spoléhat na tradiční institut „dobrých mravů soutěže“ či jeho jenom slovně modernizované podoby. I ty však mají svůj základ v římském právu (jednání contra bonos mores), což je dáno tím, že lidská povaha se od antických a ještě dřívějších dob příliš nezměnila a „modernizovaly“ se jen projevy této povahy i příležitosti a nástroje k jejímu uplatnění.

VII. NEDBALOST NEBO ZVLÁŠTNÍ RAFINOVANOST?

Četné projevy soutěžní nekalosti jsou nepostižitelné (předem nevyjádřitelné) již proto, že mohou být projevem lidské nedbalosti, nevědomosti nebo naopak neočekávané rafinovanosti. Oba tyto lidské projevy se přitom ve svých krajních podobách někdy dotýkají a jsou od sebe obtížně odlišitelné. Ukážeme si to na následujícím příkladu, o němž referoval denní tisk.⁶⁴

Ve věci šlo o to, že publicista V. B. napsal a nakladatelství L. vydalo knihu povídek, jejíž název zněl „V... už odzvonilo, teď je tady C...“, přičemž plnými názvy tam byly uvedeny dva konkurenční farmaceutické preparáty k podpoře potence. Autor knihy odůvodnil volbu knižního titulu takto: „Odposlechl jsem jeden rozhovor v kavárně a nazval tak povídku i celou knihu, jež pojednává o absenci absolutních jistot.“ Uvedl také, že hledal název knihy,

⁶⁴ Podrobnější referát viz u RIEBAUEROVÁ, M. Výrobce Viagry zakročil proti knize povídek. *MF Dnes* z 23. 2. 2004. Z tohoto příspěvku jsou další informace o záležitosti a přímé citace.

který zujme a bude se dobře prodávat. Připustil tím, že název byl soutěžně orientován, sledoval však podle autora jen soutěž na knižním trhu.

Farmaceutická společnost P. výrobce preparátu V... uplatnila – prostřednictvím svého právního zástupce – kvalifikaci nekalá soutěž a mimosoudní cestou dosáhla toho, že kniha byla stažena z prodeje a nebyla nadále inzerována. Vydavatel takový rychlý ústup zdůvodnil tím, že není ekonomicky tak silný, aby si mohl dovolit spory; zároveň však argumentoval svobodou slova a svobodou umělecké tvorby.

Právní argument zmíněný v závěru předchozího odstavce nebyl ko- rektní. Název knihy slouží mimo jiné k šíření informací o výsledku umě- lecké tvorby a již proto na něj dopadá čl. 17 odst. 4 LISTINY. Podle této normy lze omezit šíření a přijímání informací mj. i tehdy, pokud jsem tím dotčena práva jiných subjektů. Navíc při aplikaci LISTINY je nutné uplat- nit zásadu proporcionality dotčených zájmů a vzít v úvahu i ústavní právo společnosti P. nerušeně podnikat. Svoboda šíření informací a svoboda au- torské tvorby jen málo získávaly uvedeným knižním názvem, který se nao- pak významněji mohl dotknout hospodářských zájmů farmaceutické spo- lečnosti P.

Zásadní kvalifikace věci jako nekalé soutěže, kterou uplatnila společ- nost P., byla správná, neboť byly naplněny minimálně podmínky § 44 odst. 1 ObchZ. Název knihy je svým způsobem marketingovým opatřením a proto jeho uplatnění na knižním trhu představuje jednání v hospodářské soutěži (byť v soutěži mezi knihkupci a také autory jako soutěžiteli ad hoc). Takové jednání bylo soutěžně nemravné, neboť paušálním, věcně nepodlo- ženým výrokem mohlo poškodit jednoho účastníka hospodářské soutěže a jiného zvýhodnit, byť oba působí v jiné oblasti hospodářské soutěže než vydavatel knihy. (Text § 50a odst. 1 ObchZ by dokonce umožňoval věc posoudit jako srovnávací identifikaci jiných soutěžitelů resp. jejich výrobků a proto jako nekalou srovnávací reklamu.) Na případ se dají – mutatis mutandis – aplikovat myšlenky z rozhodnutí Vrchního soudu v Praze č.j. 3 Cmo 46/2000, kde se uvádí: *I s přihlédnutím k § 41 obch. zák. je zřejmé, že obecně je pojem hospodářské soutěže širší než pouhé soupeření subjektů, které na trhu nabízejí shodné výrobky nebo služby. I soutěžitelé, kteří na trhu nabízejí výrobky či služby navzájem nesrovnatelné, se mohou v hospo- dářské soutěži střetnout, a to jednáním toho z nich, který se snaží získat na úkor soutěžitele pro sebe výhodu.* K tomu budiž opakovaně podotknuto, že

soutěžiteli musíme ve smyslu § 41 ObchZ rozumět nejen přímé konkurenty, ale účastníky hospodářské soutěže.

Při kvalifikaci nekalá soutěž nezáleželo na okolnosti, jež autora inspirovala k názvu knihy. Pro uvedenou kvalifikaci nebylo také rozhodné, zda autor a nakladatelství hodlali či nikoliv zasáhnout do soutěže mezi výrobci farmak, zda si uvědomovali či neuvědomovali možnost takového zásahu, zda znali nebo neznali úpravu nekalé soutěže; za tu se totiž odpovídá objektivně.

Ryze teoreticky si lze představit jistou modifikaci a proto i jinou interpretaci uvedeného skutkového stavu. Šlo by o výklad, podle kterého by uvedený název knihy hodlal vědomě podporovat soutěž mezi výrobci farmak. V tomto případě by šlo o nekalou soutěž u všech, kdo by se na takovém jednání podíleli a byla by odůvodněna i přísnější sankce např. v podobě přiměřeného zadostiučnění. Nemám žádný důvod a důkaz k předpokladu, že tomu tak bylo v uvedené věci; tuto hypotetickou eventualitu zde uvádím jen pro úplnost a instruktivnost výkladu, takřkajíc z pedagogických důvodů.⁶⁵ V každém případě nejen lidská rafinovanost ale i lidská nevědomost, nedbalost v soutěžních věcech se dovedou uplatnit v tak nečekaných podobách, že by bylo málo účelné (či dokonce kontraproduktivní) sestavovat jejich rozsáhlé konkrétnější přehledy a opatřit je nálepkou „per se“ zákazů.

* * *

Dosavadní výklad snad opravňuje k tvrzení, že **česká právní úprava v zásadě umožňuje postihnout nekalé obchodní praktiky a nekalou soutěž, pokud slovem „postihnout“ vyjadřujeme možnost určit na základě právní úpravy (ovšem včetně té značně obecné), co je a co není takovou nekalou soutěží a nekalou obchodní praktikou.** V následující ka-

⁶⁵ Obecně nelze vyloučit nekalé praktiky prostřednictvím nastrčených subjektů. Již před léty jsem na zahraničním semináři slyšel referovat o rozsáhlé a nákladné reklamní kampani malé cestovní kanceláře na „Dobrodružné cesty Camel“. V reklamě se operovalo s obrazovou značkou známého druhu cigaret a objevilo se podezření, zda se takto neobchází zákaz reklamy na tabákové výrobky.

pitole si položíme otázku, zda totéž platí pro právní úpravu i právní praxi tehdy, když slovem „postihnout“ míníme požadavek, aby proti případům nekalé soutěže byly uplatňovány účinné, přiměřené resp. odrazující sankce.

Kapitola 2

Sankce za nekalé soutěžní jednání

V předchozím textu jsem slovo „postihnout“ použil ve významu „vytihnout“, právně kvalifikovat. V následujících řádcích mu bude přikládán obvyklejší právní význam – potrestat, sankcionovat nekalé jednání. V první kapitole tohoto oddílu také byly uvedeny základní informace o tom, jak je upraveno „vynucování“ v komunitárních směrnících, jež se bezprostředně týkají soutěžní a obchodní nekalosti. Následující text se bude zabývat sankcemi v užším slova smyslu.

I. USTANOVENÍ O SANKCÍCH VE SMĚRNICÍCH O NEKALÝCH SOUTĚŽNÍCH A OBCHODNÍCH JEDNÁNÍCH

Směrnice 2005/29/ES v bodě 22 svých důvodů uvádí: *Je nutné, aby členské státy stanovily sankce za porušení ustanovení této směrnice a zajistily jejich vymahatelnost. Tyto sankce musí být účinné, přiměřené a odrazující.* Vlastní normativní text směrnice (její článek 13) tuto myšlenku opakuje a nepatrně rozvíjí pomocí textu: *Členské státy stanoví sankce za porušení vnitrostátních předpisů přijatých na základě této směrnice a přijmou všechna opatření pro jejich uplatňování. Tyto sankce musí být účinné, přiměřené a odrazující.*

Směrnice 2006/114/ES o klamavé a srovnávací reklamě (kodifikované znění), která reguluje soutěžní vztahy mezi obchodníky, soutěžiteli, je – řekněme – zdrženlivější či méně slovně důrazná, pokud jde o sankční aparát. Z tohoto hlediska je charakteristický již bod 20 jejích důvodů, kde se uvádí: *Úprava srovnávací reklamy je nezbytná pro hladké fungování vnitřního trhu. Proto je nezbytný postup na úrovni Společenství. Přijetí směrnice je vhodným nástrojem, neboť stanoví jednotné obecné zásady, ale ponechává na členských státech, aby si zvolili formu a prostředky přiměřené pro dosažení těchto cílů. To je v souladu se zásadou subsidiarity.*

Ve svém článku 5 odst. 1 pak směrnice 2006/114/ES stanoví (podobně jako to činí směrnice 2005/29/ES v čl. 11 odst. 1), že *členské státy zajistí, aby v zájmu obchodníků a soutěžitelů existovaly přiměřené a účinné prostředky pro boj proti klamavé reklamě a pro dodržování předpisů o srovnávací reklamě.*

Textovým rozdílem obou směrnic, pokud kladou požadavky na sankční aparát, může i nemusí být přikládána zvláštní váha. Dá se například tvrdit, že výraz „účinné prostředky“ proti klamavé a nepřípustné srovnávací reklamě v sobě zahrnuje i „odrazující sankce“ (jak tento výraz obsahuje směrnice určená ochraně spotřebitelů). Takovou úvahu může podpořit i klasická právní moudrost: „Omissio eorum quae tacite insunt nihil operatur“, což Kincl překládá „Opominutí toho, co se mlčky předpokládá, nemá žádný význam.“⁶⁶

Lze si ovšem představit jinou interpretaci, která bude vycházet z principu racionálního zákonodárce (v tomto případě „směrniceodárce“) a tvrdit: Pokud ve dvou podobných záležitostech je v normativním textu použita vždy jiná formulace nebo v jednom případě je část formulace vynechána, měl „normotvůrce“ na mysli jiné právní důsledky. **Myšlenkově korektně lze usuzovat, že právní sankce proti nekalému soutěžnímu jednání výlučně mezi soutěžiteli, obchodníky (na rozdíl od jednání zaměřeného výlučně event. též vůči spotřebitelům) nemají být natolik důrazné, aby odrazovaly od hledání nových marketingových postupů a potlačovaly některé přirozené a užitečné rysy hospodářského soupeření (běžné soutěžní lákání; inovace cestou částečné imitace; přiměřenou míru agresivity).**

Rozdílné formulace v obou směrnících se tak týkají odlišných situací a není proto dán důvod k tomu, abychom je nahlíželi v optice „lepší“ či „horší“ a dávali některé z nich přednost.

⁶⁶ KINCL, J. *Dicta et regulae IURIS aneb právnícké mudrosloví latinské*. Praha: Univerzita Karlova, 1990, s. 188.

II. USTANOVENÍ O SANKCÍCH VE SMĚRNICI O VYNUCOVÁNÍ PRÁV Z DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Z hlediska, které nás v této kapitole zajímá, je významná i **směrnice 2004/48/ES o vynucování práv z duševního vlastnictví**. Vztah uvedené směrnice k tématu těchto úvah je dán již tím, že její bod 13 důvodů uvádí: *Je nezbytné vymezit co nejširší oblast působnosti této směrnice tak, aby zahrnovala všechna práva duševního vlastnictví upravená předpisy Společenství v této oblasti nebo vnitrostátními předpisy dotyčného členského státu. Tímto požadavkem však není dotčena možnost členských států, které si to přejí, rozšířit pro vnitrostátní účely působnost této směrnice na jednání týkající se nekalé hospodářské soutěže, včetně výroby nedovolených napodobenin nebo srovnatelných činností.*

Souvislost směrnice 2004/48/ES s nekalou soutěží a s naším námětem je pak dána především tím, že porušení práv z duševního vlastnictví může být (a často bývá) zároveň jednáním nekalé soutěže.⁶⁷

Směrnice 2004/48/ES opakovaně a důrazně vyžaduje od členských států, aby přijaly účinná opatření oproti zásahům do práv duševního vlastnictví. Ve svých důvodech (jejich bod 3) směrnice uvádí: *Bez účinných prostředků k dodržování práv duševního vlastnictví je bržděna inovace a tvořivost a jsou omezovány investice. Je proto nezbytné zajistit, aby hmotné právo duševního vlastnictví, které nyní tvoří rozsáhlou část *acquis communautaire*, bylo ve společenství používáno účinně. V tomto ohledu mají prostředky k dodržování práv duševního vlastnictví rozhodující význam pro úspěch vnitřního trhu.* Tento důvod a záměr směrnice je pak rozveden v jejím článku 3 nazvaném „Obecná povinnost“ ve znění⁶⁸:

⁶⁷ Srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3 Cmo 41/2005, v němž se uvádí: *I když nárok vlastníka na ochranu práva z ochranné známky a nárok soutěžitele na ochranu před nekalou soutěží jsou samostatnými právními tituly, které vycházejí z odlišné hmotněprávní úpravy, je třeba vzít v úvahu, že pokud dojde k zásahu do práva k ochranné známce a jak poškozený tak i rušitel jsou soutěžiteli, pak může být zásah proti ochranné známce posouzen jako nekalosoutěžní jednání.* Dle HORÁČEK, R., MACEK, J. *Sbírka správních a soudních rozhodnutí ve věcech průmyslového vlastnictví*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 245. a n.

⁶⁸ Znovu reprodukuji oficiální český překlad směrnice, i když k jazykové úrovni tohoto překladu mám nejednu výhradu.

1. Členské státy stanoví opatření, řízení a nápravná opatření potřebná k zajišťování dodržování práv duševního vlastnictví, na něž se vztahuje tato směrnice. Tato opatření, řízení a nápravná opatření musí být spravedlivá a nestranná a nesmějí být nadměrně složitá nebo nákladná, nesmějí obsahovat nerozumné lhůty ani nesmějí mít za následek bezdůvodné zdržení.
2. Tato opatření, řízení a nápravná opatření musí být rovněž účinná, přiměřená a odrazující a musí být používána způsobem, který zabraňuje vzniku překážek právně dovoleného obchodu a poskytuje záruky proti jejich zneužití.

Takové ustanovení by opět mohlo být označeno za příslovečné „hraběcí rady“ či za takové **nakupení pojmů a požadavků, v nichž každý advokát nalezne něco, co se mu hodí pro stanovisko jeho klienta v aktuálním sporu a nemusí mu vyhovovat ve sporu jiném.**⁶⁹ Pokud bychom však hodlali pokračovat v našich analytických srovnávacích úvahách, zjistíme, že směrnice 2004/48/ES vyžaduje (stejně jako směrnice 2005/29/ES a na rozdíl od směrnice 2006/114/ES) odrazující účinek prostředků proti zásahům do práv k duševnímu vlastnictví. **Důsledně domyšleno lze dospět k závěru, že případy nekalé soutěže, v nichž dochází k souběhu s porušením práv duševního vlastnictví (a také případy nekalé soutěže, u nichž se zároveň jedná o nekalé praktiky vůči spotřebitelům) by měly být posuzovány přísněji (s důrazem na odrazující účinek sankcí), než ty případy nekalé soutěže, v nichž k podobným souběhům nedochází.** Jak však již bylo výše naznačeno, takový výklad není zdaleka jednoznačný.

Ve vztahu k ostatním směrnícím, které zde zkoumáme, nemůže být zvláštní význam vyvozován z řady dalších požadavků v čl. 3 směrnice

⁶⁹ Srov. HAJN, P.: Evropské směrnice a smír soutěžitelů. In *Právníkový fejetony aneb PF*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 241. Mnohomluvnost evropských normativních opatření je obecnějším problémem. V ironické zkratce na to poukázal Lord David Rambotsham, člen horní komory britského parlamentu a bývalý generální ředitel královské vězeňské služby, když napsal: *Modlitba Otče náš má 71 slov, Deset přikázání 260, Americká deklarace nezávislosti 460 slov, Evropská konvence o vývozu kachních vajec má 27 600 slov.* RAMBOTSHAM, D. Lichý princip předběžné opatrnosti. *Laissez faire*, 2008. č. 12, s. 2. Neměli bychom však zapomínat, že ony stručné „normativní pokyny“ se dočkaly nesčetných a stále neukončených interpretací resp. dodatků.

2004/48/ES, i když by systematický výklad komunitárního práva a zmíněný princip racionálního normotvůrce mohl vést k jiným závěrům. Máme tu na mysli **požadavky, aby opatření státu při vymáhání práv z duševního vlastnictví byla spravedlivá a nestranná, nebyla nadměrně složitá nebo nákladná, neobsahovala nerozumné lhůty a neměla za následek bezdůvodné zdržení a konečně aby byla používána způsobem, který zabraňuje vzniku překážek právně dovoleného obchodu a poskytuje záruky proti jejich zneužití. Takové a jim podobné požadavky musí být uplatňovány při regulaci každého soutěžního jednání a obchodních praktik vůči spotřebitelům, byť je příslušné směrnice takto výslovně nevytyčují.** Právě zde se dobře uplatní uvedená klasická myšlenka, že právní význam nemá opomenutí toho, co se mlčky předpokládá.⁷⁰

Od výše zmíněných směrnic 2005/29/ES a 2006/114/ES se směrnice o vymáhání práv z duševního vlastnictví 2004/48/ES výrazně a pozitivně liší i tím, že požadavky na účinné prostředky proti zásahům do práv duševního vlastnictví nejen obecně postulují; nabízí i širší spektrum předběžných a zajišťovacích prostředků, nápravných a sankčních opatření.

Ze sankčních prostředků „*stricto sensu*“ je pro účely našich úvah zajímavá úprava náhrady škody (čl. 13 směrnice 2004/48/ES), která v sobě zahrnuje i úpravu toho, co v české právní terminologii a úpravě chápeme jako přiměřené zadostiučinění a bezdůvodné obohacení. Zní:

Při stanovení náhrady škody soudní orgány

a) přihlédnou ke všem vhodným aspektům, jako jsou nežádoucí hospodářské důsledky, včetně ztráty zisku, kterou poškozený utrpěl, k neoprávněným ziskům porušovatele práv a případně i k jiným než hospodářským hlediskům, jako je morální újma způsobená nositeli práv porušovatelem;

nebo

⁷⁰ Jiná je otázka, zda normovat (a dokonce jednou ano a podruhé nikoliv) to, co se musí mlčky předpokládat. Taková otázka je o to důvodnější, že zmiňované požadavky jsou velmi obecné; vždy pak bude záležet na okolnostech jednotlivého případu a osobnostech jednotlivých soudců či státních úředníků, jak budou takové pokyny právních norem chápat a uskutečňovat.

b) jako alternativu k písmenu a) mohou ve vhodných případech stanovit náhradu škody jako paušální částku na základě takových hledisek, jako je výše licenčních poplatků nebo poplatků, které by musely být zaplacené, kdyby porušovatel práv požádal o udělení oprávnění k užívání příslušných práv duševního vlastnictví.

Zde již nejde o povšechné výzvy k „národnímu“ uplatňování účinných, přiměřených resp. odrazujících sankcí, je zde vyjádřena konkrétnější představa, jaká by měla či mohla být podoba takových sankcí. **Komunitární právo tu plní racionalizační, návodovou funkci ve vztahu k právům národním.**⁷¹ V dalším textu si ukážeme, že tento vzor našel svoji odezvu při převodu směrnice 2004/48/ES do českého právního řádu.

III. SANKCE DLE EVROPSKÝCH SMĚRNIC A JEJICH (NE)TRANSPOZICE DO OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU

Soukromoprávní nápravná opatření a sankce za nekalé soutěžní jednání, z něhož hrozí újma soutěžitelům nebo spotřebitelům⁷², stanoví obchodní zákoník ve svých ustanovení § 53 a 54 pod rubrikou „Právní prostředky proti nekalé soutěži“. Uvedme předem, že text těchto ustanovení zůstal téměř nedotčen výše zmíněnými evropskými směrnici a jejich požadavky na sankce proti soutěžní a obchodní nekalosti i proti zásahům do duševního vlastnictví.⁷³

⁷¹ O této funkci se obvykle uvažuje ve vztahu mezi právní úpravou a smlouvou jako „zákonem mezi stranami“; základním nástrojem této funkce práva jsou dispozitivní normy. Jak však je zřejmé na právu komunitárním (a zejména na jeho směrnících), nachází tato funkce uplatnění i na jiných úrovních právní regulace.

⁷² Spotřebitelé jsou jedním ze subjektů, jimž obchodní zákoník poskytuje ochranu proti nekalé soutěži. Zároveň mají být spotřebitelé chráněni proti nekalých obchodním praktikám a také proti problematické reklamě prostřednictvím veřejnoprávních předpisů s jejich sankčními nástroji. Těm se v tomto příspěvku nebudeme zabývat; později si jen všimneme možného nesouladu mezi veřejnoprávním a soukromoprávním sankcionováním nekalého soutěžního a obchodního jednání.

⁷³ Podrobněji k tomu VEČERKOVÁ, E. Česká právní úprava nekalé soutěže v evropském kontextu. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2008. č. 4, s. 324 a n.

„Harmonizační novela“ obchodního zákoníku z roku 2000 se jen nepřímo dotkla problematiky sankcí za nekalou soutěž v § 45 odst. 2 ObchZ. Zde bylo obráceno důkazní břemeno ve sporech z nekalé soutěže, pokud je žalobcem spotřebitel a pokud žaluje na zdržení se jednání či odstranění závadného stavu. U většiny speciálních skutkových podstat nekalé soutěže a také u generální klauzule je to nyní rušitel soutěžního pořádku, který musí dokazovat, že se nekalé soutěže nedopustil. V souvislosti s obrácením důkazního břemene ust. § 45 odst. 2 ObchZ stanoví, že *výši způsobené škody, závažnost a rozsah jiné újmy, povahu a rozsah bezdůvodného obohacení však musí prokázat vždy žalobce, i když jím je spotřebitel* Pravidlo, podle kterého „**rozsah** (zdůraznil P.H.) jiné újmy“ má být vždy dokazován, může komplikovat uplatnění přiměřeného zadostiučinění ve věcech imateriálních újem, jak se ještě k této problematice vrátíme.

IV. SMĚRNICE O VYMÁHÁNÍ PRÁV Z DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ A JEJÍ PŘEVOD DO ČESKÉHO PRÁVNÍHO ŘÁDU

Směrnice 2004/48/ES byla transponována do českého právního řádu především v **zákonu č. 221/2006 Sb. o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví** (dále jen „zákon“). Ten určuje, které osoby jsou oprávněny vymáhat práva z průmyslového vlastnictví (§ 2 zákona) a jaké informace mohou od třetích osob požadovat, aby se svých práv domohly (§ 3 zákona). V § 4 zákona jsou upraveny nároky na zdržení se jednání, jímž dochází k porušení nebo ohrožení práva. Dále jsou zde uvedeny a podrobněji konkretizovány nároky na odstranění následků ohrožení nebo porušení práva. V demonstračním výčtu (odst. 1 § 4 zákona) se uvádějí následující opatření, jimiž může dojít k odstranění následků závadného jednání:

- a) *stažením výrobků z trhu, jejichž výrobou nebo uvedením na trh nebo skladováním došlo k ohrožení nebo porušení práva,*
- b) *trvalým odstraněním nebo zničením výrobků, jejichž výrobou nebo uvedením na trh nebo skladováním došlo k ohrožení nebo porušení práva,*

c) stažením, trvalým odstraněním nebo zničením materiálů, nástrojů a zařízení, určených nebo používaných výlučně nebo převážně při činnostech porušujících nebo ohrožujících právo.⁷⁴

Ust. § 4 odst. 2 zákona stanoví případy, v nichž se zničení nenařídí; § 4 odst. 4 pak určuje podmínky, za nichž soud může na návrh porušovatele práv nařídít místo opatření uvedených v odstavci 1 peněžní vyrovnání oprávněné osobě.

Koncepčně i prakticky je významné ust. § 4 odst. 3 zákona. V něm se stanoví, že oprávněné osoby se mohou uvedených nároků domáhat nejen vůči bezprostředním rušitelům nebo ohrožovatelům práv, ale vůči každému, jehož prostředky či služby jsou užívány třetími osobami k porušování práv.

Legislativně nedůslednou je úprava v § 4 odst. 5 zákona, kde je stanoveno, že *oprávněné osobě, jejímuž návrhu bylo vyhověno, může soud přiznat v rozsudku právo uveřejnit rozsudek na náklady porušovatele, který ve sporu neuspěl, a podle okolností určit rozsah, formu a způsob uveřejnění*. Obdobnou úpravu obsahoval původně § 55 ObchZ, který byl vyňat z úpravy nekalé soutěže s odůvodněním, že problematika uveřejnění rozsudku je společně regulována v občanském soudním řádu.

Z hlediska, které sledujeme v tomto příspěvku, je **významné ust. § 5 zákona. Zde je upraven – pro případy porušení práv z průmyslového vlastnictví – rozsah náhrady škody, vydání bezdůvodného obohacení a přiměřeného zadostiučinění. Tyto nároky lze totiž přiznat paušální částkou nejméně ve výši dvojnásobku licenčního poplatku, který by byl obvyklý při získání licence k užívání práva v době neoprávněného zásahu do něj (§ 5 odst. 3 zákona)**. Paušalizované částky uvedených nároků nejméně ve výši obvyklého licenčního poplatku pak může soud přiznat v případech, v nichž *porušovatel při výkonu činnosti nevěděl ani nemohl vědět, že svým jednáním porušuje práva* (§ 5 odst. 3 zákona). Zákon v § 5 odst. 5 dává soudu rozsáhlé možnosti uvážit rozsah takto přiznávaných nároků,

⁷⁴ V ustanovení § 40 odst. 1 zák. č. 121/2000 Sb. ve znění pozdějších předpisů (autorský zákon) jsou – s jistými odchylkami – podobně upraveny nároky na zdržení se zásahu do autorského práva, práva na informace o těch, kdo do autorského práva neoprávněně zasáhli nebo je ohrozili i na odstranění zásahů do tohoto práva.

neboť stanoví: *Soud přihlédně ke všem odpovídajícím okolnostem, jako jsou například nežádoucí hospodářské důsledky včetně ztráty zisku, které oprávněná osoba utrpěla, k neoprávněným ziskům porušovatele práv a případně i k jiným než hospodářským hlediskům, jako je např. morální újma způsobená oprávněné osobě porušovatelem.*

Úprava uvedená v předchozím odstavci tak – zdůrazněme to z hlediska našeho tématu – přiděluje uvedeným institutům nejen funkci kompenzační, ale i funkci sankční. Je to patrné již z toho, že výše náhrad závisí na zavinění porušovatele – na okolnosti, zda věděl nebo mohl vědět, že porušuje práva. Zvláště patrné je taková sankční zaměřenost u nároku na vydání bezdůvodné obohacení, jehož rozsah má (pokud jde o zaviněné jednání) činit nejméně dvojnásobek obvyklého licenčního poplatku (tj. prakticky dvojnásobek skutečného bezdůvodného obohacení).⁷⁵ Ustanovení § 5 odst. 5 zákona uvažuje i se sankční funkcí přiměřeného zadostiučinění, neboť ve svém výčtu okolností, které rozhodují o podobě a míře nápravných opatření (sankcí), uvádí i morální újmu.

V. PŘEHLED PRÁVNÍCH PROSTŘEDKŮ PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI V OBCHODNÍM ZÁKONÍKU

Opakujeme, že do současně platné české úpravy nekalé soutěže nebyla prakticky promítnuta ustanovení evropských směrnic o vynuocování (o sankcích). To by nemuselo být nedostatkem hned z několika důvodů.

⁷⁵ Zčásti podobná úprava je obsažena v § 40 odst. 4 in fine autorského zákona, kde stanoveno: *Výše bezdůvodného obohacení vzniklého na straně toho, kdo neoprávněně nakládá s dílem, aniž by k tomu získal potřebnou licenci, činí dvojnásobek odměny, která by byla za získání takové licence obvyklá v době neoprávněného nakládání s dílem.* V předchozí větě uvedeného ustanovení je mj. stanoveno, že *místo skutečně ušlého zisku se autor může domáhat náhrady ušlého zisku ve výši odměny, která by byla obvyklá za získání takové licence v době neoprávněného nakládání s dílem.* Zde již nejde o ustanovení vyhraněně sankčního charakteru, je tu stanovena tzv. licenční analogie jako technická pomůcka či návod, který umožní stanovit výši ušlého zisku. Jinou takovou pomůckou je ustanovení § 381 ObchZ, podle něhož *místo skutečně ušlého zisku může poškozená strana požadovat náhradu zisku dosahovaného zpravidla v poctivém obchodním styku za podmínek podobných podmínkám porušené smlouvy v okruhu podnikání, v němž podniká.*

Především členským státům EU je obecně ponechávána volnost ohledně toho, v kterém úseku právního řádu (zejména zda v právu veřejném či soukromém) stanoví a budou uplatňovat sankce za jednání neslučitelná s evropskými směrnici. V českých veřejnoprávních normách regulujících nekalé obchodní praktiky vůči spotřebitelům a upravujících klamavou a srovnávací reklamu je pak stanoven dostatek přísných, ba odrazujících sankcí.⁷⁶ Navíc transpozice evropských směrnic do národních právních řádů se nemusí uskutečňovat jen prostřednictvím změn, novot v textech zákonů. Postačí, jestliže rozhodovací praxe zajišťuje, aby na základě dosa-
vadní úpravy byly dosahovány účely, cíle směrnic.⁷⁷

V § 53 ObchZ jsou právní prostředky ochrany proti nekalé soutěži vyjmenovány a dále blíže nespécifikovány. To lze považovat jak za nevýhodu úpravy (neplní návodovou, racionalizační funkci) tak za určitou její přednost (poskytuje více volnosti pro aplikační praxi a umožňuje i razantnější změny této praxe).

Podle uvedeného ustanovení se osoby, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena, mohou domáhat, aby rušiteli soutěžního pořádku byla uložena jedna nebo více z následujících povinností:

- a) zdržet se protiprávního jednání;
- b) odstranit závadný stav;
- c) poskytnout přiměřené zadostiučinění, které může být poskytnuto i v penězích;
- d) nahradit škodu;
- e) vydat bezdůvodné obohacení.

Takto stanovené právní prostředky proti nekalé soutěži lze z hlediska jejich funkcí (a i z hledisky systematiky zákonného textu) rozdělit do dvou skupin. Do první z nich patří **prostředky uvedené výše sub a) i b)**, které **mají bránit hrozícímu závadnému soutěžnímu jednání; zastavit takové jednání, pokud již probíhá; odstranit závadný stav tímto jednání způ-**

⁷⁶ Není účelem těchto úvah zkoumat, v jaké míře a intenzitě se tyto veřejnoprávní sankce skutečně uplatňují.

⁷⁷ I obecněji by mělo platit, že před změnou či doplněním zákonů, si máme všimnout toho, zda a jak důsledně je využívána současně platná a formálně účinná právní úprava, zda tato úprava nestačí k dosažení cílů, které sledujeme.

sobený. Tyto prostředky nelze označit za právní sankce, pokud slovu sankce přikládáme obvyklejší právní význam a chápeme je jako specifický trest. Jestliže ovšem „sankci“ pojmáme obecněji a rozumíme jí každý citelnější záporný důsledek určitého opatření, pak oba uvedené prostředky proti nekalé soutěži mají (mohou mít) značný sankční potenciál (viz např. marně vynaložené náklady na reklamu v případech, kde soud vysloví povinnost zdržet se užívání této reklamy). Podmínkou ovšem je, aby uvedená preventivní a nápravná opatření byla uplatněna včas a v takových podobách, které neumožní obcházet stanovené zákazy a příkazy.

Ve skupině druhé, tj. v **případech uvedených výše sub c) až e) jde o opatření především náhradového, kompenzačního event. satisfakčního charakteru. Náhrada škody a přiměřené zadostiučinění bývají ovšem zároveň chápány jako druh civilní sankce i s jejími účinky speciální a generální prevence proti porušování práva.** Proto se budeme dále zabývat jen těmito prostředky ochrany proti nekalé soutěži.

Jako vytknutí před závorku uvedme, že v **české právní úpravě nekalé soutěže nebyla využita již výše zmíněna příležitost, kterou nabídla směrnice 2004/48/ES – tj. možnost, aby členské státy pro vnitrostátní účely rozšířily působnost směrnice o vymáhání práv z duševního vlastnictví i na oblast nekalé soutěže.** V samotném obchodním zákoníku tak není opora pro to, aby při stanovení náhrady škody, přiměřeného zadostiučinění v penězích a také při stanovení výše bezdůvodného obohacení byla zvládněna sankční funkce právě uvedených právních prostředků – tj. možnost stanovit výši náhrady škody, přiměřeného zadostiučinění v penězích či bezdůvodného obohacení s využitím tzv. licenční analogie (např. v částce odpovídající dvojnásobku obvyklého licenčního poplatku nebo i v částce vyšší). Taková možnost je ovšem výslovně dána zákonem o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví. Lze ji proto uplatnit tam, kde dochází k jednočinnému souběhu porušení práv z průmyslového vlastnictví i z nekalé soutěže.

Prostá licenční analogie, jako jeden ze způsobů, jak stanovit rozsah náhrady škody či přiměřeného zadostiučinění, se může uplatnit i v případech, na něž se nevztahuje zákon č. 221/2006 ani autorský zákon. Půjde o situace, za nichž licence vůbec přichází v úvahu – např. při nedovoleném použití osobnostních atributů v reklamě.

VI. NÁHRADA ŠKODY JAKO CIVILNÍ SANKCE VE VĚCÍCH NEKALÉ SOUTĚŽE – HISTORICKÝ EXKURS

Úvodem konstatujme, že v současné publikované judikatuře se téměř nesetkáváme s tím, že by ve věcech nekalé soutěže byl úspěšně uplatněn nárok na náhradu škody. Důvod toho by mohl být shledáván v okolnosti, jak je odpovědnost za deliktní škody pojata v obchodním zákoníku. Zde se režim náhrady škody ve věcech nekalé soutěže řídí ust. 757 ObchZ, podle kterého *pro odpovědnost za škodu způsobenou porušením povinností stanovených tímto zákonem platí obdobně ustanovení § 373 a násl.* Deliktní odpovědnost za porušení povinností stanovených v ObchZ (včetně povinností stanovených v úpravě nekalé soutěže) se tak řídí pravidly ObchZ pro objektivně pojatou povinnost k náhradě škody za porušení smluvních povinností. Takový způsob analogie je neobvyklý a málo praktický.

Pokusme se zjistit, zda právě v tom je důvod, že nedochází k úspěšnému uplatňování náhrady škody z nekalé soutěže. Provedme proto srovnání s jinou právní úpravou, která naopak specificky pamatovala na náhradu škody ve věcech nekalé soutěže. Předmětem komparace bude úprava v předválečném československém zákonu proti nekalé soutěži.

V uvedeném zákonu byla náhrada škody upravena již v rámci generální klauzule proti nekalé soutěži (§ 1 ZPNS) pomocí formulace: *Kdo dostane se v hospodářském styku v rozpor s dobrými mravy soutěže jednáním způsobilým poškoditi soutěžitele, může býti žalován, aby se zdržel jednání a odstranil závadný stav jím způsobený; věděl-li pak nebo musil-li věděti, že jednání jeho jest způsobilé poškoditi soutěžitele, též, aby nahradil škodu tím způsobenou.* K odpovědnosti za škodu z nekalé soutěže se zde vyžadovalo zavinění, přičemž důkazní břemeno ohledně zavinění stíhalo žalobce. Zavinění jako předpoklad náhrady škody se vyžadovalo v ZPNS i u většiny ze speciálních skutkových podstat nekalé soutěže.

Společná ustanovení o ochraně soukromoprávní v ZPNS upravila blíže i obsah nároku na náhradu škody (§ 16 ZPNS). Zde byl především legálně vymezen výraz „musil věděti“, pojímaný ve smyslu hrubé nedbalosti (§ 16 odst. 1 ZPNS). Ohledně tohoto ustanovení důvodová zpráva k ZPNS uváděla: *V prvé řadě ukázalo se býti nutným vytknouti vykládací pravidlo v pří-*

čině pojmu „musil vědět“, s kterým se v osnově na více místech při žalobě o náhradu škody setkáváme. Obrat tento vyskytuje se i v jiných našich zákonech a shledáváme tu, že ani v teorii, ani v praxi není pohříchu dosah jejího jednoduše vykládán....Jde o to, zda má být pojem tím vyjádřeno již i pouhé opominutí obyčejné péle a pozornosti (t. zv. nedopatření, culpa levis), či jen nápadná bezstarostnost, hrubá nedbalost (culpa lata), při níž třeba, aby jednáno bylo velice lehkomyšlně, nepozorně, nedbale. Osnova vykládá pojem ten ve smyslu posléz uvedeném, čímž se jakékoliv pochybnosti předejde. Srovnání v tomto znaku by mohlo vést k úsudku, že současná úprava deliktů odpovědnosti za škodu v ObchZ, která počítá s objektivní odpovědností, je příznivější pro poškozeného (žalobce ve sporu z nekalé soutěže) než úprava v ZPNS.

K jinému závěru vede ust. § 16 odst. 3 ZPNS, kde bylo stanoveno: *O tom, zdali škoda vznikla a o její výši může soud rozhodnouti podle volného uvážení, oceňuje pečlivě všechny okolnosti.* K tomu Buchtela v reprezentativním komentáři podotýkal: „Ustanovení vysoce významné. Při žalobách o náhradu škody podle tohoto zákona volné uvážení soudcovské (§§ 272, 273 c.ř.s.) má místo též při řešení otázky, zdali škoda vůbec vznikla. Zákon chce žalobci usnadnit povinnost škodu dokázat a soudci dává možnost samostatného úsudku (třebas i proti znění znaleckého posudku!), zda škoda vznikla.“⁷⁸

Pokud tedy šlo o zjištění příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním a škodou, mohla být v předválečné úpravě podle ZPNS úloha žalobce výrazně jednodušší než v úpravě současné. Specificky byla pro případy nekalé soutěže upravena možnost volného uvážení soudcovského i pro rozsah náhrady škody.

Přes uvedenou rozdílnost obou úprav byly jejich důsledky pro právní praxi velmi podobné. I v režimu ZPNS byla náhrada škody úspěšně uplatňována v zanedbatelném počtu případů. Důvod toho může spočívat v tom, že **pro předválečného i současného soudce je rozhodování podle volné úvahy nadprůměrně náročnou záležitostí.** Povinnost „pečlivého vážení všech okolností“, jak byla stanovena v ZPNS, takovou volnost úvahy nijak

⁷⁸ BUCHTELA, R. in HAMAN, L., DRÁBEK, J., BUCHTELA, R. *Nekalá soutěž (Komentář k zákonu proti nekalé soutěži)*. Praha: Linhart, 1930. s. 85.

neulehčuje, spíš ji činí obtížnější. Totéž platí o možnosti jít proti znění znaleckého posudku, jak ji zdůrazňoval Buchtela.

Základní obtíž s nárokem na náhradu škody ve věcech nekalé soutěže není v právní úpravě a zčásti není ani v její interpretaci i aplikaci soudy, ale spočívá již v tom, že škodní důsledky určitého soutěžního jednání je obtížné stanovit, natož vypočítat. Složitě bývá dokázat příčinný vztah mezi konkrétním nekalým jednáním a existencí určité škody. S nekalosoutěžním jednáním nebude většinou matematicky jednoduše korelovat škoda, jež spočívá ve ztrátě zákazníků, ve snížení zisku v určitém období oproti obdobím předcházejícím. Na hospodářské výsledky jednotlivého účastníka hospodářské soutěže totiž působí celá řada tržních vlivů, například počínání dalších (nikoliv nekalých) účastníků soutěže. Protiprávní počínání jednotlivého soutěžitele, může být také jen jednou součástí jeho komplexnějšího jednání, v němž jsou použity též přípustné soutěžní metody.

VII. K AKTUÁLNÍMU I BUDOUCÍMU UPLATNĚNÍ NÁHRADY ŠKODY VE VĚCECH NEKALÉ SOUTĚŽE

Přes všechno, co bylo uvedeno v předchozím bodu, není nutné na náhradu škody ve věcech nekalé soutěže zcela rezignovat. Lze si představit případy, za nichž vztah mezi nekalým soutěžním jednáním a vzniklou materiální újmou pro druhého soutěžitele bude zjevný. (V konkurenčním boji o jednotlivou zakázku jeden soutěžitel nekalým způsobem zlehčí svého konkurenta a zakázku mu „přebere“. Příčinná souvislost mezi nekalým jednáním a nepříznivým důsledkem pro jiného soutěžitele může být prokázána. Bude pak v zásadě možné i vypočítat materiální újmu, která byla soutěžiteli způsobena takovým počínáním.) V některých situacích bude možné místo náhrady škody požadovat, aby bylo vydáno bezdůvodné obohacení (soutěžně nekalé využití cizích výkonů či osobnostních atributů). Jak již naznačeno i v režimu obchodního zákoníku (zvláště při souběhu s kvalifikací podle práv k průmyslovému či jinému duševnímu vlastnictví) přichází v úvahu

licenční analogie a vůbec inspirace ustanoveními zák. č. 221/2006 Sb. a směrnicí 2004/48/ES.

K snazšímu stanovení rozsahu škody může v současném českém právním řádu sloužit i ust. § 136 občanského soudního řádu, kde stanoveno: *Lze-li výši nároků zjistit jen s nepoměrnými obtížemi nebo nelze-li ji zjistit vůbec, určí ji soud podle své úvahy.* V komentáři k tomuto ustanovení uvádí Winterová, že „zákon má na mysli situace, kdy je nárok prokázán co do svého právního základu a obtíže skutkových zjištění či úplná nemožnost těchto to zjištění jsou spojeny jen s výší uplatněného nároku“.⁷⁹ V podstatě shodného názor je i Bureš⁸⁰, který uvádí: „*Určení výše nároku není záležitostí volné úvahy nepodléhající hodnocení. Základem úvahy podle § 136 je zjištění takových skutečností, které soudu umožní založit úvahu na určitém kvantitativním posouzení základních situací.*“

Zatím malý význam § 136 o. s. ř. v soudní rozhodovací praxi naznačují zmíněné komentáře ve svých rubrikách „z judikatury“ (rozuměj: soudní judikatury k § 136 o.s.ř.), kde se nachází trojice rozhodnutí málo reprezentativních jak z hlediska jejich obsahu, tak z hlediska doby, kdy tato rozhodnutí byla přijata. Nedá se ovšem vyloučit, že zmíněné ustanovení by mohlo být častěji užíváno a získat košatější obsah na základě nějakého zásadního judikátu nového. Právě v posledním období se takové judikáty objevily a naznačují přece jen možnost volnější úvahy při aplikaci § 136 o. s. ř.

Tak v důvodech rozsudku Nejvyššího soudu ČR z 18. 2. 2009, sp. zn. Cdo 2030/2009 se uvádí, že *soud může podle ust. §136 o.s.ř. postupovat tehdy, je-li jistý právní základ uplatněného nároku. Při určení výše nároku jsou podkladem pro úvahu soudu takové skutečnosti, které vycházejí ze souvislostí posuzovaného případu a umožňují učinit určité kvantitativní závěry o výši uplatněného nároku; nejde tedy o určení výše nároku zcela volnou úvahou soudu.*“ V daném textu stojí za povšimnutí slova „vycházejí ze souvislostí daného případu“ – slovem „souvislosti“ je obvykle umožněn dosti volný způsob soudcovského úsudku. Ostatně uvedený text říká, že v režimu § 136 o. s. ř. se určení nároku neděje „**zcela** (zdůraznil P.H.) vol-

⁷⁹ WINTEROVÁ, A. a kol. *Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou*, Praha: LINDE, 2007, s. 302.

⁸⁰ BUREŠ, J. in BUREŠ, DRÁPAL, KRČMÁŘ. *Občanský soudní řád, Komentář*, 7. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. s. 627.

nou úvahou“, čím ovšem naznačuje, že určitá a ne právě zanedbatelná míra úvahové volnosti je dána.

V ještě novějším rozsudku Nejvyššího soudu z 9. 4. 2009 sp. zn. 28 Cdo 418/2009 je odvolávka na starší rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 3. 1988 sp. zn. 2 Cdon 1141/97. V něm se uvádí, že odůvodnění postupu podle § 136 o.s.ř. *musí splňovat požadavek náležitého zhodnocení skutečností zjištěných v průběhu dokazování, a to jak z hlediska úplnosti, tak i z hlediska řádného zdůvodnění myšlenkového postupu soudu odpovídajícího obecným zásadám logiky, a tedy i jeho přesvědčivosti.*

Samo rozhodnutí Nejvyššího soudu ve věci 28 Cdo 418/2009 uznalo jako logicky korektní myšlenkový postup soudu 1. stupně, který při stanovení ceny díla na základě znaleckého posudku přihlédl *„k obecně známé zkušenosti (srov. § 121 o.s.ř.), že ve Středočeském kraji, kde byla stavba prováděna, jsou ceny stavebních prací vyšší než v jiných krajích, a uznal proto za přiměřenou cenu o 5 % vyšší, než byla cena stanovená znalcem podle ceníku průměrných cen v České republice.* K tomu pak Nejvyšší soud označil za *„nesprávný závěr odvolacího soudu, že úvaha soudu prvního stupně o stanovení přiměřené ceny částkou o 5 % vyšší, než byla cena vypočtená znalcem, není ničím podložena.“* Zároveň Nejvyšší soud dodal: *„Při odůvodnění postupu podle § 136 o.s.ř. totiž nelze požadovat přesný výpočet žalovaného nároku, neboť takový požadavek by popřel smysl uvedeného ustanovení, jímž je právě řešení situací, kdy výši nároku, co do základu postaveného najisto, přesným výpočtem určit nelze.“*

Na posléze uvedeném rozsudku Nejvyššího soudu je pozoruhodné a také hodné ocenění, že operoval s důkazem z obecné zkušenosti a i v něm našel oporu i pro rozhodnutí o rozsahu nároku. Výše zdůrazněná věta pak zdařile vystihuje, v čem je sama podstata úpravy v § 136 o.s.ř. Rozsudek sám naznačuje, že žaloba o náhradu škody ve věcech nekalé soutěže nemusí být beznadějným podnikem. Mnoho ovšem bude záležet na žalující straně, jaké soustředí a soudu nabídne důkazy (včetně důkazů z obecné zkušenosti), jak logicky důsledně bude argumentovat, jak přesvědčivý posudek znalec podá a dokáže jej obhájit.

Přes optimisticky vyznívající názor v předchozím odstavci nemyslím, že úspěšné uplatňování náhrady škody ve věcech nekalé soutěže bude příliš častým jevem. Přicházet by mohlo v úvahu jen v skutkově přehlednějších

případech nekalého soutěžního jednání, přehlednějších zejména z hlediska dopadů tohoto jednání na žalujícího konkurenta. Praktičtější a frekventovanější bude zřejmě nárok na přiměřené zadostiučinění, který bude předmětem úvah v následujícím textu.

VIII. K FUNKCÍM PŘIMĚŘENÉHO ZADOSTIUCINĚNÍ

Ze současných soukromoprávních prostředků ochrany proti nekalé soutěži je to přiměřené zadostiučinění, s jehož pomocí lze nejspíše dosáhnout účel (v bruselské terminologii „effet utile“),⁸¹ jaký sledují námi zkoumané směrnice ve svých ustanovení o vynucování a sankcích. **Přiměřené zadostiučinění je především právním prostředkem multifunkčním.** Může přispívat jak k satisfakci subjektu dotčeného nekalou soutěží, tak k odstranění závadného stavu způsobeného nekalou soutěží (např. přiměřené zadostiučinění ve formě opravného prohlášení, jak s tímto nástrojem počítá jednak směrnice 2006/114/ES v článku 5 odst. 4 písm.b), jednak směrnice 2005/29/ES v čl. 11 odst. 2 in fine). V zahraniční praxi (zejména v USA) musí být taková opravná informace uveřejněna např. jako svého druhu „sebetrestající antireklama,“ která je šířena ve stejných prostředcích (v periodických, na billboardech, v televizních spotech), po stejnou dobu, ve stejné vnější úpravě (velikost, typ písma, grafické rozvržení, dominantní prvky) jako původní protiprávní reklama. Takto pojaté opatření plní nejen funkci satisfakční, zároveň je způsobilé přinést druhému soutěžiteli reálnou kompenzaci (vyrovnávat újmu v soutěžním postavení). Vzhledem k tomu, jak je toto opatření nákladné pro žalovaného, plní i funkci sankční.⁸² Takto pojaté opatření nemusí mít nutně formu omluvy, může jít o sdělení, že a v čem byla původní reklama klamavá. Jde pak o opatření, jež odstraňuje závadný stav a zároveň je určitou satisfakcí pro dotčeného soutěžitele.

⁸¹ K pojmu viz SEHNÁLEK, D. Effet utile a jeho projevy při interpretaci komunitárního práva. *Právník*, 2009. č. 8, s. 785 a n.

⁸² Opravná prohlášení (corrective advertising) jsou běžným prostředkem proti nekalé soutěži zejména v USA. Blíže k tomu DESET, J. *Srovnání sankcí v oblasti soutěže zejména reklamy v rámci českého a angloamerického právního systému*. Diplomová práce na právnické fakultě Masarykovy univerzity. Vedoucí Petr Hajn. 2007, s. 15 a n.

Ve své peněžní formě může přiměřené zadostiučinění plnit funkci náhradovou (reparační, kompenzační), satisfakční i sankční a přispívat k prevenci závadného soutěžního chování.

Tyto jeho možnosti zatím nebyly zcela využívány. **Dosavadní rozhodovací praxe** totiž **zdůrazňovala především kompenzační funkci přiměřeného zadostiučinění**; vycházela z toho, že přiměřené zadostiučinění ve věcech nekalé soutěže slouží k nápravě nehmotných újem a že tento institut nemůže být používán jako substitute pro obtížně dokazatelnou náhradu hmotné škody.⁸³

Výrazně tuto myšlenku vyjádřil rozsudek Vrchního soudu v Praze z 10. 8. 2004 sp. zn 3 Cmo 293/2003, v jehož odůvodnění se píše: *Odvolací soud v souvislosti s uplatněným nárokem a jeho zdůvodněním žalobcem zdůrazňuje, že zákonným důvodem pro přiznání práva na přiměřené zadostiučinění je jen (zdůraznil P. H.) náprava nemajetkové újmy. Pokud oprávněnému vznikla hmotná újma, prostředkem nápravy může být pouze náhrada škody, event. vydání bezdůvodného obohacení. Nelze připustit, aby (např. z důvodu obtížného prokazování výše škody) si cestou požadavku na zaplacení přiměřené zadostiučinění oprávněný řešil jemu vzniklou újmu hmotnou. Spolu s břemenem tvrzení a důkazním je na žalobci, aby vznik nemajetkové újmy jednak tvrdil, ale – a to zejména – uvedl rovněž, v čem spočívá tato újma a jaký je její rozsah a navrhl důkazy ke svým tvrzením.*

Pojetí, podle něhož nelze prostřednictvím přiměřeného zadostiučinění hradit hmotné škody, je logicky důsledné již proto, že ust. § 53 ObchZ obsahuje jiný právní prostředek k hrazení hmotných újem – náhradu škody. V uvedeném rozhodnutí si však zaslouží pozornost text, podle něhož „zákonným důvodem pro přiznání práva na přiměřené zadostiučinění je jen náprava nemajetkové újmy“. Taková formulace by mohla být chápána i tak, že nejsou uznávány jiné funkce přiměřeného zadostiučinění a že je takto překonáván dřívější **názor Vrchního soudu v Praze z rozhodnutí sp. zn R 3 Cmo 684/95**, v jehož publikované právní větě je uvedeno: *Při posuzování odůvodněnosti nároku na poskytnutí přiměřeného zadostiučinění v penězích je třeba vzít v úvahu, že na jedné straně jde o vyrovnání újmy postiženého, ale z druhé strany také o určitou soukromoprávní sankci posti-*

⁸³ Viz Rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky 1 Odon 45/97-137 z 25. 3. 1998.

*hující toho, kdo závadně jednal.*⁸⁴ **Zde se přiměřenému zadostiučinění výslovně přiznává funkce sankční a nepřímo i funkce preventivní.** K takovému chápání přiměřeného zadostiučinění se pak vrací nedávné rozhodnutí téhož Vrchního soudu v Praze jakožto soudu odvolacího z 31. 3. 2009 sp. zn. 3 Cmo 261/2008-159. Tímto rozsudkem zrušil odvolací soud rozsudek soudu 1. stupně ve výroku, jímž nebylo přiznáno přiměřené zadostiučinění za reklamní výroky hodnocené jako nekalosoutěžní. V důvodech svého rozhodnutí vytykal soud odvolací soudu 1. stupně, že se nezabýval tvrzením žalobce, podle něhož *zadostiučinění plní i funkci preventivní a sankční a svým způsobem ovlivňuje i meze soutěžního chování tak, aby nedocházelo ke „zdivočení“ soutěžních mravů.* Nutnost takového hodnocení odvolací soud spatřoval i ve skutečnosti, že v daném případě šlo o *přípravky, které, byť nejde o léky, nepochybně souvisejí s lidským zdravím jako hodnotou vysoké ceny.*

Dodejme ještě, že také **nelze zcela ztotožňovat náhradovou (reparační) a satisfakční funkci přiměřeného zadostiučinění,** jak by se mohlo zdát z důvodů rozhodnutí Nejvyššího soudu z 28. března 1998, sp. zn. 1 Odon 45/97, kde čteme: *Právní praxe i teorie jsou zajedno v tom, že nárok na přiměřené zadostiučinění je nárokem, jímž se reparuje újma nemateriální povahy. Tento aspekt vyvěrá již z podstaty tohoto nároku, který se označuje jako zadostiučinění neboli satisfakce, aby se již v názvu zdůraznila jeho imateriální povaha.* **Reparace vyžaduje pokud možno přesné zjištění rozsahu určité újmy a její – stejně pokud možno přesnou – náhradu, při níž se uplatní principy aristotelské vyrovnávací spravedlnosti. Satisfakce umožňuje volnější úvahu o tom, co bude poskytnuto z určitého důvodu resp. kolik toho bude poskytnuto; uplatní se přitom výrazně i principy aristotelské spravedlnosti rozdělovací – požadavek, aby satisfakce poskytované z téhož důvodu různým subjektům byly navzájem souměřitelné.** To vše se zdají vyjadřovat obě slova ve výrazu „přiměřené zadostiučinění“. Odlišnost reparace a satisfakce naznačují i běžně užívané slovní obraty, podle nichž se „škoda nahrazuje“ a „přiměřené zadostiučinění je dáváno, poskytováno“. Obecně vzato: **Pokud určitý nástroj (právní i kterýkoliv jiný) může a má plnit více funkcí, nelze nepři-**

⁸⁴ Publikováno v MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže.* Praha: C. H. Beck, 2000, s. 255.

měřeně zdůrazňovat jen jednu z nich, v daném případě kompenzační funkci přiměřeného zadostiučinění.

IX. K FORMÁM PŘIMĚŘENÉHO ZADOSTIUCINĚNÍ

Pokud jde o podobu přiměřeného zadostiučinění, § 53 ObchZ stanoví, že osoby, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena, mohou mj. požadovat *přiměřené zadostiučinění, které může být poskytnuto i v penězích*. Již zmíněné rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. R 3 Cmo 684/95 v této souvislosti uvádí: *Imateriální újma může být reparována zadostiučiněním i v jiné podobě než jako úhrada peněžní částky. Ze znění právního předpisu (§ 12, 53 ObchZ) vyplývá, že přiměřené zadostiučinění v penězích má být poskytnuto v případech, ve kterých by nepeněžitá forma neposkytovala přiměřené zadostiučinění. Lze-li shledat nepeněžité zadostiučinění za odpovídající, je třeba dát mu přednost. Uvedená formulace však nevylučuje kombinaci peněžité a nepeněžité formy zadostiučinění tak, aby v úhrnu bylo dosaženo přiměřeného zadostiučinění.*

Pozdější rozsudek Nejvyššího soudu ČR z 5. května 2006 sp. zn. 32 Odo 511/2006 jde mnohem dále, když ve svých důvodech uvádí, že „*již ze samotné formulace ustanovení § 53 obchodního zákoníku nepochybně vyplývá, že zákon upřednostňuje při nápravě nekalosoutěžního jednání nemateriální satisfakci, avšak pro zcela specifické a výjimečné případy umožňuje zadostiučinění i ve formě peněžní. Zákon tudíž nevylučuje ani jednu ani druhou formu zadostiučinění, ale nevylučuje ani jejich souběh, tj. přiznání obou forem zadostiučinění vedle sebe.*

Nejsem toho názoru, že by zákon svým textem vyhrazoval peněžní formu zadostiučinění pro zcela specifické a výjimečné příklady. Pokud by něco takového racionální zákonodárce zamýšlel (a bylo by to zvláště v podmínkách tržního hospodářství, kde peníze jsou všeobecným ekvivalentem), jistě by to jednoznačně vyjádřil, například právě použitím slova „výjimečně“. **Formulace v § 53 ObchZ předpokládá neuzavřený počet podob přiměřeného zadostiučinění a konkrétně uvádí jedinou z nich – zadostiučinění v penězích.** Z takové formulace nelze vyvozovat, že přiměřené zadostiučinění v penězích by bylo méně významnou či méně frekven-

tovanou formou přiměřeného zadostiučinění, možný je i úsudek právě opačný.

Způsob, jakým formulaci § 53 ObchZ vykládá uvedené rozhodnutí Vrchního soudu v Praze 3 Cmo 684/95, je mnohem „přiměřenější“ textu zákona. V podstatě se tam říká, že **podoba přiměřeného zadostiučinění se má volit tak, aby tento právní prostředek splnil svůj účel.** Jinak vyjádřeno: I zde se uplatní základní pravidlo práva proti nekalé soutěži, podle něhož volba právních prostředků (zde volba formy přiměřeného zadostiučinění) záleží na okolnostech jednotlivého případu.

Nejvyšší soud ČR v dalším rozsudku ze dne 23. října 2008, sp. zn. 32 Cdo 4661/2007 zaujal následující stanovisko: *Přiměřené zadostiučinění v penězích nejčastěji přichází v úvahu v případě, kdy zásah do nemateriální sféry dotčeného soutěžitele může způsobit ztráty také v jeho majetkové sféře a nelze předpokládat že nepeněžítá satisfakce (např. omluva apod.) tuto ztrátu vyrovná.* Na této myšlence je zajímavé již to, že **relativizuje rozdíl mezi majetkovou újmou (a náhradou škody jako nástrojem její reparace) a nemajetkovou újmou (a přiměřeným zadostiučiněním jako prostředkem její satisfakce).** Zároveň se ovšem **opět akcentuje reparační funkce přiměřeného zadostiučinění a pomíjejí jeho funkce další, mj. funkce sankční.**

X. ŽALOBCOVA TVRZENÍ OHLEDNĚ PŘIMĚŘENÉHO ZADOSTIUČINĚNÍ

V opakovaně zmíněném rozhodnutí Vrchního soudu v Praze 3 Cmo 684/95 se též uvádí: *Volba formy zadostiučinění je sice na žalobci, spočívá však na něm i břemeno tvrzení a důkazní břemeno k odůvodněnosti a oprávněnosti jeho volby.* Jde o jednu z těch zdánlivě samozřejmých myšlenek, které musí být často opakovány, protože v praxi (v daném případě v praxi žalobní) nejsou respektovány.

Žalobce ve věcech nekalé soutěže, pokud se hodlá domoci přiměřeného zadostiučinění, musí (za současného a zřejmě i bezprostředně budoucího stavu rozhodovací praxe) především tvrdit, že mu vznikla imateriální újma,

o jakou újmu se jedná a jaká je její intenzita (u nemateriálních újem považují výraz „intenzita nehmotné újmy“ za výstižnější než „rozsah nehmotné újmy“). Samozřejmě se může jednat o více imateriálních újem různé povahy.

Nehmotná újma může být oprávněně tvrzena již v případě, že nekalé soutěžní jednání mělo zatím podobu ohrožovacího deliktu. Konkurentovo nekalé soutěžní jednání je totiž nezřídka způsobilé u dotčeného soutěžitele vyvolat pocit existenčního ohrožení, které bývá dotčeným soutěžitelským subjektem intenzivně prožíváno a odčerpává podnikatelskou energii u individuálních podnikatelů i u manažerů podnikajících právnických osob, může vnášet i neklid mezi zaměstnance podnikajících subjektů. Obrana proti nekalému soutěžnímu jednání ohrožovací povahy (včetně obrany soudní) vyžaduje od dotčeného subjektu jisté úsilí, vynaložení času a energie, podstupování procesního rizika, což vše lze chápat jako imateriální újmy (tj. újmy, jež nejdou bezprostředně vyjádřit, vypočítat v penězích). Ještě intenzivnější jsou tyto újmy v případech, kdy nekalé soutěžní jednání není pouhým ohrožením, ale projevuje se již konkrétněji např. v oslabení tržní pozice dotčeného soutěžitele. Obecně pak platí, že dnešní zásahy vůči soutěžiteli se mohou bezprostředněji projevat až s jistým časovým odstupem a nabývat na intenzitě.

Typickými nehmotnými újmy (s možnými dopady hmotnými) je rozmělnění (v anglické právní terminologii dilution) ochranných známek a jiných označení podnikatelských subjektů, jejich výrobků a služeb (oslabení distinktivy takových označení). Parazitní využití (v anglické terminologii „free riding“ – „nasednutí do rozjetého vlaku“) toho, co lze označit za nehmotné složky soutěžitelova podnikání (např. know how) je nehmotnou újmu, i když bude mít i jisté dopady hmotné. Totéž platí o parazitním využití soutěžitelovy dobré pověsti, prestiže; o poškození této pověsti zlehčováním i jinými způsoby;⁸⁵ o poškození soutěžitelova práva na tzv. „informační seburčení“.

⁸⁵ Inspiraci lze hledat i v nálezu Ústavního soudu IV. ÚS 27/09 z 11. září 2009, který zrušil rozhodnutí obecného soudu ve věci nekalé soutěže a podle jeho názoru „obecné soudy zcela pomíjely, že újma ve smyslu § 44 obchodního zákoníku nemusí být pouze hmotná, ale může spočívat i v poškození prestiže či dobré pověsti soutěžitele.“

S odvoláním na některá výše uvedená rozhodnutí lze v **návrzích na přiměřené zadostiučinění poukazovat na sankční význam tohoto institutu**, jako nástroje, který v jednotlivém případě i obecněji brání nekalému soutěžnímu jednání. Na zahraničních konferencích jsem setkával i s názorem, že **úspěšný žalobce ve věcech nekalé soutěže přispíval – za cenu vlastního výdaje energie, času, peněz a za cenu podstoupení procesního rizika – k celkové čistotě soutěžních mravů a mělo by se mu za to dostat – prostřednictvím soudního rozsudku – jisté kompenzace.**

V každém případě je to soutěžitel, kdo by měl vědět, jaké újmy mu byly způsobeny nekalým soutěžním počínáním. Měl by být také schopen – s pomocí svého právního zástupce – utrpěné újmy vyjádřit v žalobních tvrzeních. Rozhodně nemůže počítat s tím, že soud bude za žalobce vymýšlet uvedená tvrzení i argumenty (důkazy) k nim.

Stejně tak žalobce musí uvést formu (event. formy) přiměřeného zadostiučinění, které zvolil a tvrdit, že jde o takovou formu (formy), jejichž prostřednictvím bude dosažen účel přiměřeného zadostiučinění. Takové tvrzení je zvláště namístě, když žádá, aby přiměřené zadostiučinění bylo poskytnuto v penězích. K tomu Nejvyšší soud ČR v rozsudku z 5. 5. 2006 sp. zn. 32 Odo 511/2006 uvedl, že povinností žalobkyně je tvrdit, *proč právě forma peněžité satisfakce je s ohledem na tvrzené a prokázané nekalosoutěžní jednání na místě, a proč, pakliže nárok na peněžitou formu zadostiučinění bude prokázán, je přiměřenou právě požadovaná částka. Ze skutečnosti, že nárok na zadostiučinění podléhá volné úvaze soudu, nelze bez dalšího dovodit, že soud „nepotřebuje kriteria“, která by pro přiměřenost takového nároku posuzoval.*

Zpravidla lze poukázat na obecné nevýhody nehmotné formy zadostiučinění, typicky omluvy, pokud se může uplatnit až po právní moci rozhodnutí (tj. zpravidla s delším časovým odstupem od postihovaného jednání). Navíc jestliže se někdo má omluvit za zlehčování soutěžitele a je povinen opakovat nebo naznačit zlehčující výrok, může u širší veřejnosti vyvolat úvahu druhu „nebylo kouře bez ohně“ a takové zadostiučinění se mívá se svým účelem a může jít dokonce proti němu. Velmi nekonkrétní omluva pak svým adresátům málo řekne o skutečné povaze nekalého jednání. Nemusí být ani přiměřené, jestliže se někdo omlouvá za jednání, jehož se již dávno nedopouští. V každém případě se příhodná omluva formuluje obtíž-

ně⁸⁶ a nezdídky se pak ukáže neakceptovatelnou soudem nebo prakticky neúčelnou či dokonce škodlivou pro toho, kdo se jí domáhal. Satisfakce pomocí peněz se většinou jeví jako praktičtější.

XI. DŮKAZY OHLEDNĚ PŘIMĚŘENÉHO ZADOSTIUCINĚNÍ

Pokud přiměřené zadostiučinění má být postihem za nehmotné újmy, musí se brát – i z hlediska vedení a provádění důkazu – v úvahu rozdíl mezi hmotnou újmou, škodou (újmou vyjádřitelnou a v zásadě vypočitatelnou v penězích) a nehmotnou újmou.⁸⁷ **Existenci nehmotné újmy a zejména její rozsah často nelze dokázat stejnými způsoby, jakými se dokazuje rozsah náhrady škody.** Jak již výše bylo uvedeno, tendence k takovému dokazování mohla vyplynout i z harmonizační novely ObchZ, která stanovila, že žalobce ve věcech nekalé soutěže musí vždy dokazovat mj. závažnost a **rozsah** (zdůraznil P. H.) jiné újmy (tj. jiné než způsobené škody). I z tohoto hlediska se jeví příhodnější uvažovat o intenzitě nehmotné újmy spíše než o jejím rozsahu.

O existenci nehmotné újmy a její intenzitě svědčí často již sama povaha (druh) a intenzita nekalého soutěžního jednání. Poškození dobré pověsti soutěžitele se totiž může a nemusí v kratším časovém horizontu projevit v odlivu zakázek. Důkazem pak bude například sám zlehčující výrok a úkolem žalobce bude poukazovat na stupeň jeho agresivity, nepřijatelnosti, škodlivosti a tím zdůvodnit nárok na přiměřené zadostiučinění; běžnějšími důkazními prostředky lze dokazovat rozsah, v jakém byl šířen zlehčující výrok (médiu v nichž byl šířen, teritoriální dosah tohoto šíření).

⁸⁶ Naznačuje to aforismus (autora si bohužel nevybavuji), podle něhož „omluva často připomíná pokus vrátit zubní pastu zpátky do tuby, ze které již byla vymačkána“. Ironická podoba omluvy může znít: „Není pravda, že polovina členů obecního zastupitelstva jsou korupčníci, nýbrž je pravda, že polovina členů obecního zastupitelstva korupčníci nejsou“.

⁸⁷ Z tohoto hlediska může být problematický požadavek na sblížení institutů náhrady škody a přiměřeného zadostiučinění, jak navrhuji „Principy evropského deliktivního práva“. Ty definují škodu jako majetkovou nebo nemajetkovou újmu na zákonem chráněném zájmu. K tomu viz ELISCHER, D. Náhrada nemateriální újmy de lege ferenda s ohledem na současné trendy deliktivního práva. *Právník*, 2009, č. 101, s. 1101 a n.

Obdobná úvaha platí pro nekalou soutěž, při níž byla využita zaměnitelná označení. Soudu musí být demonstrována obě konkurenční označení v jejich co nejvěrnější podobě (obrazový petit, in natura) a v narativní části žaloby uvedeno, jaké nehmotné újmy (na ztrátě jedinečnosti, na omezení rozlišovací působnosti, na informačním sebeurčení) z toho vyplývají pro žalobce. Rozsah újmy pak může být opět dokazován obvyklejšími formami (údaje o tom, kde, jakými distribučními kanály jsou šířeny výrobky s tímto označením, jaké náklady byly vynaloženy na jeho tvorbu a uvádění ve známost).

V případě nehmotných újem (právě pro jejich nehmotnou povahu) bude muset být užíván a soudy akceptován důkaz z obecné zkušenosti. (Je například obecnou zkušeností, že užívání shodného nebo velmi podobného označení, reklamního nápadu více uživateli, oslabuje rozlišovací sílu tohoto označení; tím je působena újma soutěžiteli, který má na toto označení právo dané registrací či prioritou v užívání.)

Jinak vyjádřeno: **Pokud jde o důkaz nehmotné újmy, má někdy důkaz podobu přesvědčivého argumentu.** Uplatní se tu klasická myšlenka „OMNIS BONA RATIO POTEST DICI ARGUMENTUM... NAM ARGUMENTUM EST RATIO REI DUBIAE FACIENS FIDEM... QUID QUID ERGO FACIT FIDEM DE RE DUBIA, POTEST DICI ARGUMENTUM (Baldus), což Kincl⁸⁸ přeložil: *Každé dobré vysvětlení je možné nazvat důkazem... protože důkaz je vysvětlení, které z věci pochybné dělá věc hodnověrnou... cokoli tedy z věci pochybné dělá věc hodnověrnou, může být nazváno důkazem.*⁸⁹

Argumentace spíše než běžný důkaz se uplatní zejména ohledně návrhu a tvrzení, že přiměřené zadostiučinění v dané věci má být poskytnuto v peněžité formě.

⁸⁸ KINCL, J. dílo cit. v pozn. 66, s. 190.

⁸⁹ Ještě dále mají jít tendence v judikatuře a doktríně francouzské, kde se existence újmy vyvozuje ze samotné závadné povahy jednání. Viz UTĚŠENÝ, P. Obchodní soud v Paříži: Reklama a parazitní soutěž. *Právní rozhledy*, 2000. č. 9, s. 415 a n.

XII. K POŽADOVANÉ A PŘIZNÁVANÉ VÝŠI PŘIZNÁVANÉHO ZADOSTIUČINĚNÍ

Vyjděme z banálního a nezpochybnovaného poznatku. Žalobce ve věci nekalé soutěže, který v žalobě požaduje přiměřené zadostiučinění v penězích, musí v žalobním petitu uvést jeho požadovanou výši. Ta pak je limitem, který soud nemůže překročit. Může přiznat přiměřené zadostiučinění v částce nižší, nemusí je přiznat vůbec, může vést žalobce k tomu, aby petit změnil a žádal přiměřené zadostiučinění v nepeněžitě formě.

Samo určení výše, v jaké je přiměřené zadostiučinění požadováno, je otázkou žalobcovy zkušenostní úvahy, kterou lze chápat jako součást procesní taktiky. V rozhodnutí Vrchního soudu Praze, sp. zn. 3 Cmo 684/95 se mj. uvádělo, že *nepřichází v úvahu doložení určité výše újmy žalobcem, neboť sama povaha této újmy přímé její vyčíslení neumožňuje*. Existence a určitá intenzita újmy ovšem musí být dokázána způsobem, o nichž byla řeč výše. Zároveň mají být soudu poskytnuty údaje (uvedena kriteria), podle nichž by se dalo ověřit, zda žalovaná výše zadostiučinění splňuje požadavek přiměřenosti. Žalobní praxe se nejčastěji opírá o kriteria uvedená v rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 1 Odon 45/97.⁹⁰

Tato kriteria by měla zajistit, aby částka uložená z důvodu přiměřeného zadostiučinění byla adekvátní utrpěné újmě imateriální, aby byla zároveň citelným trestem, pokud se rozhodnutí přihlásí k sankční funkci přiměřeného zadostiučinění. Pak je vhodné si všimnout i subjektivní stránky v jednání

⁹⁰ Viz rozsudek Nejvyššího soudu České republiky 1 Odon 45/97-137 z 25. 3. 1998. kde uvedeno: „Přiměřenost zadostiučinění, která představuje též přiměřenost peněžní formy zadostiučinění, je nutno posuzovat v závislosti na konkrétních podmínkách každého jednotlivého případu....Přiměřenost výše peněžního zadostiučinění musí být posuzována jak z objektivních tak ze subjektivních hledisek. Objektivními kritérii jsou zejména závažnost a intenzita nekalosoutěžního jednání, dosah tohoto jednání (jak velkou oblast trhu zasáhlo), vliv tohoto jednání na počet soutěžitelů v oboru, hodnota goodwillu postiženého, úroveň obratu v daném okruhu obchodů i výše obratu v celém rozsahu podnikání toho, kdo se dopustil nekalosoutěžního jednání. Mezi kritéria subjektivní povahy patří zvláště okolnost, zda ten, kdo se nekalosoutěžního jednání dopustil, si byl tohoto jednání vědom, popř. si mohl a měl být tohoto jednání vědom, dále motiv tohoto jednání, okolnost, jak ten, kdo se jednání dopustil, reagoval na upozornění a požadavky postiženého, popř. zda naopak postižený dával najevo nezáměr o nekalosoutěžní jednání druhého subjektu.“

žalovaného, byť podle textu zákona všechny právní prostředky proti nekalé soutěži lze uplatnit bez ohledu na zavinění (k tomu srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. 9. 2002, sp. zn. 29 Odo 652/2001, podle něhož *nárok na přiměřené zadostiučinění je nárokem, který má převážně, popřípadě výlučně, objektivní charakter*). To však nebrání tomu, aby zejména při úvaze o výši přiměřeného zadostiučinění, při uplatnění sankční funkce tohoto prostředku byly brány v úvahu i subjektivní momenty u rušitele soutěžního pořádku.

Na druhé straně – podle běžně přijímaných názorů – by přiměřené zadostiučinění nemělo mít likvidační účinek. Opět nejde o názor zcela nesporný. **I přiměřené zadostiučinění v určité výši může totiž v ekonomice přispívat k „tvorivé destrukci“ – tj. ke stavu, při němž méně zdatné subjekty musí zaniknout, aby ty schopnější mohly vznikat a rozvíjet se.**

Obecně je přiměřené zadostiučinění ukládáno spíše v symbolické výši Ondřejová⁹¹ poukazuje na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 18. 1. 2006, sp. zn. 32 Odo 1642/2005; z 23. 10. 2008, sp. zn. 32 Cdo 4661/2007 a z 3. 5. 2006 sp. zn. 32 Odo 447/2006, v nichž bylo ukládáno přiměřené zadostiučinění v stotisícovém řádu. Uvádí, že zatím nejvyšší částka, kterou potvrdil Nejvyšší soud ČR, byl jeden milion korun (rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. 9. 2002, sp. zn. 29 Odo 652/2001).

Pokud výše běžně ukládaného přiměřeného zadostiučinění není vůči významnějším, majetkově silnějším subjektům účinnou sankcí, nemůže působit preventivně. Potvrzuje se pak myšlenka nositele Nobelovy ceny Garryho Beckera a jeho následovníků⁹², že protiprávní činnost je ve značném množství případů založena na racionálním rozhodnutí. Při něm se zvažuje pravděpodobnost užitků i rizik z určitého rozhodnutí, přičemž do rizik se započítávají i event. právní sankce. Pokud pravděpodobnost zisků (zejména zisků okamžitých) je vysoká a pravděpodobné sankce jsou nízké a jejich nástup je časově oddálený, bývá soutěžní rozhodnutí založeno na okřídleném rčení „nekalá soutěž se vyplatí.“

⁹¹ ONDŘEJOVÁ, D. *Právní prostředky ochrany proti nekalé soutěži*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 110.

⁹² HARFORD, T. *The Logic of Life (The Rational Economics of an Irrational World)*. New York: Random House, 2008. s. 21 a n.

Výše přiměřeného zadostiučinění ve věcech nekalé soutěže je zcela ne-souměřitelná se sankcemi, které ukládá český Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v rámci své kompetence. **Přitom nekalé soutěžní jednání může někdy vést k stejně nežádoucím důsledkům (i pro spotřebitele), k jakým vedou jednání, jež jsou postihována v rámci existenční ochrany hospodářské soutěže.**⁹³

XIII. ZÁVĚR

Právě zkoumaná česká rozhodovací praxe ohledně přiměřeného zadostiučinění neodporovala znění českého zákona. Dá se dokonce tvrdit, že odpovídala určitému období vývoje a vedla i k tomu, že právo proti nekalé soutěži se u nás po roce 1989 rychle a kvalitně rozvinulo a vyhnulo se „amerikanizaci“, pokud jde o výši náhrad za nehmotné újmy. V současné době si lze však důvodně klást otázku, zda nepřichází čas tuto praxi změnit s ohledem na změnu okolností. Za takovou novou situaci lze považovat i existenci výše uvedených evropských směrnic a jejich požadavků, aby proti nekalé soutěži, nekalým obchodním praktikám a porušování práv z duševního vlastnictví byly uplatňovány účinné, přiměřené event. odrazující právní prostředky. Tato ustanovení lze chápat jako svého druhu pokyn či pomůcku pro rozhodovací vůli, která se spolu s intelektem uplatňuje při interpretaci právních textů i skutkových okolností.⁹⁴ Sjednocení a změnu rozhodovací praxe lze uskutečnit i na základě současné úpravy v § 53 ObchZ. Jde o jedno z těch obecně formulovaných ustanovení, která jsou v právu proti nekalé soutěži i jinak běžná. Umožňují totiž, aby i při setrvalém textu zákona došlo k výraznější změně rozhodovací praxe. Takové

⁹³ Zajímavou zkušenost učinili pracovníci významné obchodní společnosti, jež působí v řadě zemí. Konkurenční společnost prý připravuje jednotné reklamy pro nové přístupové země do EU, přičemž reklamy určené do Maďarska neobsahují některé nekalosoutěžní prvky, jaké se běžně vyskytují v reklamách pro ostatní přístupové země (včetně země naší). Přičítá se to skutečnosti, že kompetence ve věcech nekalé soutěže i ochrany soutěže je v Maďarsku svěřena stejnému úřadu, který pak ve věcech nekalé soutěže uplatňuje mnohem přísnější postihy, než jsou v takových věcech běžné u nás i v řadě ostatních přístupových zemí.

⁹⁴ Srov. KELSEN, H. *Ryzí nauka právní – metoda a základní pojmy*. Přeložil Václav Chytil. Praha: Orbis, 1933. s. 42.

možnosti nemusejí být přiznávány pouze generální klauzuli proti nekalé soutěži. Prvním krokem ke změně, sjednocování rozhodovací praxe, je vyšší kvalita praxe žalobní. I to se snažil naznačit předcházející text a z této myšlenky vychází i následující oddíl této práce.

ODDÍL III. K ČESKÉ A ZAHRANIČNÍ ROZHODOVACÍ PRAXI

Kapitola 1 *K souběhu právních úprav*

I. ÚVODNÍ POZNÁMKY

Okřídlený výraz „*acquis communautaire*“ neznamená pouze tolik, že v jednotlivých členských státech Evropské unie jsou aplikovány přímo účinné normy komunitárního práva, že zde dochází k řádné transpozici evropských směrnic a že je respektována rozhodovací praxe Evropského soudního dvora. Značnou zásobárnu normativních řešení, rozhodovacích zásad, účelných postupů přináší i právní praxe v jednotlivých státech společenství – praxe normotvorná, advokátní, podniková, soudní, administrativní. Není to jen požadavek racionality, který velí znát tuto praxi a přihlížet k ní. Pokud by byla pomíjena, byly by též ohrožovány i základní cíle komunitárním právem sledované. Výrazně to platí o takových právních řešeních, která se dotýkají konkurenčních vztahů, jak vyplývá např. z rozsudku Evropského soudního dvora ve věci C-168/00.

V dané věci se žalobkyně u rakouského soudu domáhala náhrady škody za nekvalitně poskytnuté služby při rodinné dovolené. Soud prvního stupně vyhověl žalobě jen částečně a přiznal odškodnění ve formě bolestného (*Schmerzensgeld*). Pokud však šlo o náhradu škody za nemateriální újmu způsobenou ztrátou radosti z rodinné dovolené (*entgangene Urlaubsfreude*) žalobě nevyhověl s odůvodněním, že rakouské občanské právo neumožňuje kompenzovat újmy takové povahy. Odvolací soud (*Landesgericht Linz*) rozsudek potvrdil a rakouské právo vyložil stejným způsobem. Zároveň však připustil, že výklad evropské směrnice o komplexních zájezdech by

mohl vést k jiným závěrům. Toto stanovisko odůvodnil i znalostí německé praxe, která kompenzace za imateriální újmu v obdobných případech přiznává. Proto se obrátil na Evropský soudní dvůr s předběžnou otázkou, zda „má být článek 5 směrnice 90/314/EHS z 13. června 1990 o souborných službách pro cesty, pobyty a zájezdy interpretován tak, že má být v zásadě poskytnuta náhrada nemateriální újmy.“ Evropský soudní dvůr na takto položenou otázku dal kladnou odpověď. Uplatnil argumentaci z předcházejícího odstavce v tomto textu a dále uvedl, že cílem dané směrnice je odstranění rozporů mezi jednotlivými národními úpravami a *praxí v jednotlivých členských státech, což by mohlo vést k narušení hospodářské soutěže mezi subjekty se sídlem v různých členských státech*. V angličtině zní odůvodnění následovně: „...the existence in some Member States but not in others of an obligation to provide compensation for non-material damage would cause significant distortions of competition“.⁹⁵

V následujících řádcích chci poukázat na to, jak znalost rozhodovací praxe v sousedním Rakousku mohla značně usnadnit a urychlit řešení jednoho (nikoliv však svou podstatou ojedinělého) sporu českého. Na uvedených rozhodnutích lze zároveň objasnit problematiku souběhu právních úprav a také koncepci soutěžitele „ad hoc“.

II. PŘÍPAD ČÁSTI PÍSŇOVÉHO TEXTU JAKO REKLAMNÍHO SLOGANU⁹⁶

České soudy se zabývaly záležitostí reklamy, kterou žalovaná strana použila k propagaci míchačky na beton. Snímek tohoto technologického zařízení byl jedním z dominantních prvků na propagačním billboardu, kde dále byla zobrazena postava ženy a uveden text: „upeč...“, který o řádek níže se

⁹⁵ Spor Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH&Co. KG; předběžná otázka, kterou vznesl Landesgericht Linz (Rakousko); rozsudek Evropského soudního dvora z 12. března 2002 čj. C-168/00, ECR I-2631. V české právní literatuře si této problematice komplexněji všímá práce HULMÁK, M. Ztráta radosti z dovolené. *Právní rozhledy*, 2009, č. 2. s. 52 a n.

⁹⁶ O případu dále zmiňovaném informoval časopis *Právní rozhledy*, C. H. Beck, 2007, č. 21, s. 795 a n. Ten uveřejnil – bez komentáře – rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 30. 4. 2007, sp. zn. 30 Cdo 739/2007.

současným posunutím pokračoval slovy „...třeba zed“. Na billboardu byla též zobrazena zed' a byly zde uvedeny údaje o ceně míchačky, záruční lhůtě a o dodavatelském podniku.

Soud prvního stupně rozhodl⁹⁷, že žalovaná strana neoprávněně užila a změnila část textu písně „Dej cihlu k cihle“ (obecně známé též pod názvem „Dělání“), jejímž autorem je Zdeněk Svěrák, ve sporu vystupující jako žalobce. Text této písně obsahoval kromě jiného i verš: „upeč třeba chleba, postav třeba zed“. Soud dospěl ke zjištění, že píseň sama a její text jsou notoricky známé. V reklamě pak došlo k užití části uvedeného písňového textu, který se běžně vybaví těm, kdo vnímají reklamu a znají píseň a její text.

Z hlediska právní kvalifikace soud vycházel z toho, že autorský zákon chrání nejen dílo dokončené, ale i jeho části, jak vyplývá z § 2 odst. 3 AutZ. Podle názoru soudu žalovaná strana neoprávněně zasáhla do autorských práv žalobce, když široká veřejnost, včetně veřejnosti umělecké, se může domnívat, že žalobce k užití části svého díla udělil žalované straně souhlas. Žalované byla proto uložena povinnost zaplatit žalobci částku 200.000 Kč a na vlastní náklad uveřejnit omluvu formou tiskové inzerce v jednom celostátním deníku.

K odvolání žalované se věci zabýval Vrchní soud v Olomouci.⁹⁸ Vycházel ze zjištění, že mezi základní práva autora patří právo na nedotknutelnost díla a právo udělit souhlas k nakládání s dílem a právo na přiměřené zado-
stiučnění, dojde-li k neoprávněnému zásahu do autorských práv. Takový zásah spatřoval zejména v pozměňování díla či jiném zásahu do díla bez souhlasu autora, a také v užívání díla a nakládání s ním bez poskytnuté licence. Podle názoru odvolacího soudu reklamní slogan kopíroval část žalobcova textu z písně „Dej cihlu k cihle“; toto zjištění opíral i o skutečnost, že ve sporném sloganu byla část písňového textu nahrazena tečkami. Vzhledem k všeobecné známosti písně i jedinečnosti jejího textu nebylo – podle názoru odvolacího soudu – možné dospět k žádnému jinému názoru, než že v reklamním sloganu byla použita část žalobcova písňového textu. Žalovaná proto reklamním použitím sporného billboardu neoprávněně

⁹⁷ Rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 23 C 2/2005/58 z 16. 12. 2005.

⁹⁸ Rozsudek sp. zn. 1 Co 64/2006-93 z 13. 9. 2006.

zasáhla do žalobcova díla a porušila jeho autorská práva k textu písně „Dej cihlu k cihle“. Odvolací soud potvrdil rozsudek soudu prvního stupně, když akceptoval jeho názor, že neoprávněným zásahem a neoprávněným užitím žalobcova díla vzniklo žalobci právo na zadostiučnění; formu a způsob omluvy považoval za přiměřené zásahu. Neoprávněné užití díla bez autorova souhlasu vedlo též u žalované k bezdůvodnému obohacení. Jeho výše byla stanovena na základě zpráv o tom, jaké jsou obvyklé odměny za užití díla pro reklamu prostřednictvím billboardů.

Žalovaná podala proti rozsudku odvolacího soudu dovolání. V něm poukázala především na skutečnost, že ve sporné reklamě nebyl text doprovázen hudbou, která spolu s textem žalobce tvoří nedílný celek. Shoda textů písně a sloganu byla v dovolání považována za nevýznamnou a mělo jít o náhodnou shodu tří slov sloganu se třemi slovy písňového textu. Z právního hlediska byl významný zejména argument, že text „Upeč... třeba zed“ nenaplnuje zákonné znaky díla, nejde o dílo, ani o jeho část, ale pouze o jednotlivá slova, z nichž nelze zákonné znaky díla dovodit. Taková slova nemohla – podle názoru v dovolání – určit autorskoprávní individualizace díla.

Žalobce namítal, že dovolání nespecifikuje zásadní právní otázku, která by měla být řešena Nejvyšším soudem. Současně měl za to, že odvolací soud rozhodl ve věci správně. Podle jeho názoru shoda reklamního sloganu s textem žalobce nemohla být náhodná a výsledek žalobcovy tvorby byl nepochybně použit k reklamnímu účelu žalované.

Dovolací soud shledal dovolání důvodným.⁹⁹ Ve svém rozhodnutí poukázal na text § 2 AutZ. Reprodukoval především odst. 1 tohoto ustanovení, v němž je vymezeno dílo jako předmět práva autorského. Poukázal dále na odst. 3 uvedeného ustanovení, podle kterého se právo autorské vztahuje na dílo dokončené a mj. i na jeho jednotlivé fáze a části, pokud splňují obecné podmínky autorského díla. Zmínil i odst. 4 § 2 AutZ, podle kterého předmětem práva autorského je také dílo vzniklé tvůrčím zpracováním díla jiného, přičemž ovšem zůstává nedotčeno právo autora, jehož dílo bylo zpracováno. Dovolací rozhodnutí podrobně citovalo i § 1 odst. 6 AutZ, podle něhož dílem ve smyslu autorského zákona není zejména námět

⁹⁹ Viz text rozhodnutí uvedený v pozn. 96.

díla sám o sobě, denní zpráva nebo jiný údaj sám o sobě, myšlenka, postup, princip, metoda, objev vědecká teorie, matematický a obdobný vzorec, statistický graf a podobný předmět sám o sobě.

V rozhodnutí dovolacího soudu jsou pak podrobně uvedeny charakteristické rysy autorského díla. Jde o svého druhu repetitorium základních poznatků autorského práva, jež poukazuje na myšlenky jednoho z předních znalců českého autorského práva I. Telce.¹⁰⁰ Vlastní důvody přijatého rozhodnutí jsou pak poměrně stručné. Dovolací soud byl toho mínění, že „**při úvaze, zda žalovaná zasáhla do autorského práva žalobce, bylo třeba spolehlivě zjistit, zda užití sporného (byť minimálního) textu mělo skutečně charakter bezprostředního užití díla žalobce, (které je zřejmě spíše v obecném povědomí známo jako píseň, tj. jako skladba uzavřené formy, jejímž podkladem je slovesný text), resp. zda se případně jedná o zpracování díla žalobce, nebo zda nejde ani o jeden z těchto případů. Je přitom třeba uvážit, že v daném případě předmětem ochrany není vlastní látka, resp. myšlenka díla nebo jeho části, nýbrž tvůrčí a proto chráněná činnost autora spočívající v tom, jak jím byla tato látka ve své vnější i vnitřní formě zpracována. Řešení této otázky však vyžaduje mimo jiné odborného posouzení, k němuž však sám soud povolán není. Za tohoto stavu proto závěry odvolacího soudu (stejně jako soudu prvního stupně), pokud již nyní dovodily zásah do autorského práva žalobce, se jeví jako předčasné.**“ Na základě této úvahy rozhodl dovolací soud tak, že v dané věci se rozsudky soudu prvního stupně a i soudu odvolacího zrušují a věc **se vrací** soudu prvního stupně k dalšímu řízení.“

Dříve než k uvedeným rozhodnutím všech tří českých soudů připojím své poznámky, poukážu na dvě rozhodnutí rakouských soudů. Jejich skutkové děje nejsou zcela shodné jako v případě českého sporu (ostatně jen obtížně nalezneme případy, v nichž by se skutkový stav dvou či více soudních případů shodoval ve všem všudy), ale aplikace právních úprav by v nich mohla být sobě blízká.

¹⁰⁰ Rozsudek odkazoval na dílo *Telec, I. Autorský zákon (komentář)*. Praha: C. H. Beck, 1997.

III. PŘÍPAD CIZÍ MELODIE ZPRACOVANÉ PRO REKLAMNÍ ÚČELY

Žalobcem ve sporu, na který zde poukáží, byl známý komponista, textař i výkonný hudebník Stewie Wonder, který mimo jiné složil píseň s názvem Happy Birthday. Stranou žalovanou byla reklamní agentura, která připravila v roce 1994 reklamní kampaň k 175. jubileu svého zákazníka, jimž byl významný rakouský peněžní ústav. Součástí reklamní kampaně byl i rozhlasový spot podbarvený „gratulační“ písní s textem Happy Birthday. Složení této písně objednala žalovaná reklamní agentura jako „poddodávku u hudebního studia Sounddesign“.

Žaloba se opírala o ustanovení rakouského autorského zákona a zároveň o generální klauzuli v rakouském UWG (zákonu proti nekalé soutěži). Soud prvního stupně¹⁰¹ i odvolací soud¹⁰² žalobu uznaly po právu. Odvolací soud ve svém rozsudku uvedl, že proti dobrým soutěžním mravům jedná ten, kdo – bez významného vlastního výkonu – pouze převezme zcela nebo zčásti cizí pracovní výsledek a konkuruje tak tomu, kdo za cenu námahy a nákladů tento výsledek jako první uskutečnil. Posuzováno podle práva proti nekalé soutěži, šlo o cizopasné využití cizího výkonu. Soud vycházel z toho, že žalovaná uplatnila k reklamním účelům část písně, jejíž hudbu i text vytvořil žalobce a využila známosti této písně. Právě to představuje parazitní využití cizího výkonu. Soud považoval za nerozhodné odchytky v rytmu, harmonii, tempu a interpretaci písně, pokud průměrně pozorný a hudebně nevzdělaný posluchač mohl nabýt dojmu, že jde o stejnou píseň.

Zajímavým a podnětným způsobem se odvolací soud vyrovnal s požadavkem existence soutěžního vztahu, který by měl existovat mezi žalující a žalovanou stranou, aby se určitá záležitost dala posoudit jako případ nekalé soutěže. Tu **soud dovodil, že žalující jako autor původní písně, ji mohl nabízet sám pro použití k reklamním účelům. Proto mezi ním a reklamní agenturou došlo v daném případě k soutěžnímu vztahu ad hoc.** Žalobci tak hrozila – podle názoru soudu – materiální újma a eventuál-

¹⁰¹ Rozhodnutí HG Wien z 21. 8. 1995, 38 Cg 101/95d.

¹⁰² Rozhodnutí OLG Wien z 19. 12. 1995, 3 R 205/95.

ní újma imateriální z toho, že u veřejnosti mohl vzniknout dojem, jako by on sám dal souhlas k tomu, aby jeho píseň byla použita co by reklamní gratulace k výročí peněžního ústavu.

Odvolací soud se podrobněji nezabýval otázkou, zda v daném případě přichází v úvahu i ochrana podle autorského práva, i když možnost takové kvalifikace připustil. Podle jeho názoru posuzované jednání naplnilo skutkovou podstatu § 1 rakouského UWG (generální klauzule proti nekalé soutěži), což samo o sobě stačilo k tomu, aby bylo zakázáno.

Rakouský Nejvyšší soudní dvůr jakožto soud revizní posoudil¹⁰³ záležitost zejména z hlediska autorského práva. Opíral se o celkový akustický dojem z obou skladeb, které byly předmětem sporu. Považoval přitom za nepodstatné určité harmonické změny, k nimž v reklamní písni došlo oproti originálu. Zároveň vyslovil důležité obecnější myšlenky, které přesahují rámec daného sporu.

Především uvedl, že otázka zda určité dílo požívá ochranu podle autorského práva, je otázkou právní, jejíž posouzení přísluší soudu. Pro jeho úsudek v zásadě postačí, aby soudu bylo předloženo dílo, o němž je spor. U děl hudebních půjde o notový záznam a kazetu jako evidentní důkazy. Za „očividný“ důkaz lze totiž pokládat každý důkaz běžně přístupný lidským smyslům, včetně důkazu akustického.

Za dílo hodné autorskoprávní ochrany pak soud považoval výsledek tvůrčí duševní činnosti, v němž se projevuje osobnost tvůrce, a jehož jedinečnost jej odlišuje od děl jiných. U hudebních děl spočívá tvůrčí jedinečnost v individuální estetické síle výrazu. Je-li sporné, zda se jedná o plagiát, rozhodují shody v tvůrčích partiích díla. Shoda v charakteristické části refrénu představuje zásah do autorského práva, jestliže – přes odchylky v jednotlivostech – je celkový dojem shodný a podobnost obou děl je snadno rozeznatelná. Takové zpracování pak vyžaduje, aby s ním souhlasil autor originálního díla.

Možnost volného zpracování je dána pouze tehdy, jestliže ony rysy originálního díla, o něž se nové dílo opírá, ustupují zcela do pozadí. Volné užití autorského díla předpokládá, že originální dílo nebylo ani převzato,

¹⁰³ Rozhodnutí OGH z 12. 3. 1996, 4 Ob 9/96.

ani přepracováno a že originál nebyl použit ani jako vzor ani jako podklad, ale posloužil pouze jako podnět pro vlastní tvorbu. Na základě těchto úvah dovedl rakouský Nejvyšší soudní dvůr, že žalovaná strana se dopustila zásahu do autorských práv Stewie Wondera, když zpracovala píseň Happy Birthday a použila ji v reklamní kampani. Nejvyšší soudní dvůr zároveň uvedl, že **právní hodnocení podle autorského práva nevyklučuje, aby se v daném případě uplatnila žaloba i na základě jiných právních titulů, tj. podle práva na ochranu osobnosti nebo práva na ochranu proti nekalé soutěži.**

IV. PŘÍPAD REKLAMNÍCH FOTOGRAFIÍ POUŽITÝCH SOUTĚŽITELEM¹⁰⁴

Žalobkyně (obchodní společnost) byla výrobcem slunečních brýlí, které šířila prostřednictvím velkoobchodníků a generálních dovozců. K reklamním účelům si nechala zhotovit fotografie tří prominentních sportovců; ti na snímku používali brýle, které produkovala žalobkyně.

Žalovaná prodávala v Rakousku brýle a ve svém propagačním materiálu použila předmětné snímky, které byly předem (zřejmě elektronicky) lehce pozměněny. K takovému použití snímků nebyl žalované dán souhlas ani žalobkyní ani obchodníky či velkoobchodníky oprávněnými k poskytnutí takového souhlasu.

Žalobkyně uplatnila u soudu zdržovací nárok a tomu obsahově odpovídající zajišťovací návrh – domáhala se toho, aby žalované bylo zakázáno v obchodním styku užívat sporné snímky či jejich části (výřezy z nich) k reklamním účelům. **Žaloba byla odůvodněna ustanoveními rakouského autorského zákona a také tím, že převzetí snímků z cizího reklamního prospektu je v rozporu s dobrými mravy ve smyslu § 1 UWG (generální klauzule v zákonu proti nekalé soutěži).**

¹⁰⁴ Rozhodnutí rakouského Nejvyššího soudního dvora OGH 4 Ob 47/47/o6z z 20. 6. 2006, referát o něm a obsáhlý komentář k němu WALTER, M. M. in *Medien und Recht*, 2007, č. 1 s. 28 a n.

Žalovaná namítala nepřipustnost žaloby, pokud se žalobkyně odvolávala na originální autorská práva, neboť autorem může být jen fyzická osoba. Navíc žalobkyně neprokázala ani užívací práva k předmětným snímkům. K tomu žalovaná dodala, že předmětné brýle včetně propagačních materiálů získala od obchodníka v jednom ze států EU, který je získal od velkoobchodníka zmiňovaného v žalobě. Dále uváděla, že zásah proti autorským právům třetí osoby nemůže naplňovat skutkovou podstatu § 1 UWG.

Soud prvního stupně nevyhověl zajišťovacímu návrhu s odůvodněním, že nebylo uvedeno, od koho žalobkyně získala tvrzená užívací práva. Neuspěl ani poukaz žalobkyně na § 1 UWG, což bylo odůvodněno subsidiaritou tohoto ustanovení ve vztahu k autorskému právu.

Odvolací soud naopak žalobkyni přiznal požadované předběžné opatření. Na základě čestného prohlášení žalobkyně soud totiž považoval za ověřené, že žalobkyně disponuje užívacími práva k předmětným snímkům, i když v tomto prohlášení nebyly obsaženy údaje o autorovi sporných snímků ani o způsobu převedení užívacích práv k nim. Odůvodnil to skutečností, že v řízení o předběžném opatření není ještě nutný takový „plný důkaz“. Na druhé straně žalovaný žádný způsobem neosvědčil, že by měl povolení k užívání předmětných snímků.

Žádost o revizi (Revisionsrekurs) tohoto rozhodnutí, kterou podala žalovaná strana, byla shledána oprávněnou. **Podle názoru rakouského Nejvyššího soudního dvora nebylo ovšem možné opřít zdržovací nárok o autorské právo, neboť žalobkyně nedostatečně osvědčila svá užívací práva k předmětným fotografiím. Revizní soud však dal za pravdu žalobkyni, která svůj nárok opírala též o § 1 UWG (o generální klauzuli proti nekalé soutěži); neztotožnil se s názorem soudu prvního stupně a žalované, že použití soutěžního práva v posuzovaném případě nepřichází v úvahu, jestliže existuje speciální úprava v právu autorském. Připustil, že autorské právo přiznává výlučná práva jen určitým osobám (autorům, subjektům oprávněným z užívacích práv), nestanoví však obecné normy chování. Odhlédnuto od toho však prosté převzetí (glatte Übernahme) cizích pracovních výsledků je v rozporu s § 1 UWG. Skutkovou situaci pak revisní soud vyjádřil takto: Žalobkyně si nechala zhotovit snímky pro své reklamní prospekty, což pro ni bylo spojeno – již vzhledem k fotografovaným osobám – s podstatnými finančními**

náklady. Žalovaná převzala tento reklamní materiál jen v lehce pozměněné formě a ušetřila náklady, jež by musela vynaložit na snímky takových prominentních osobností.

OGH argumentoval dále tak, že **prosté převzetí cizích „nechráněných“ pracovních výsledků (rozuměj: nechráněných speciálními úpravami z oblasti práv duševního vlastnictví – poznámka P. H.) může za splnění dalších podmínek představovat jednání v rozporu s generální klauzulí proti nekalé soutěži. Z toho ale nelze vyvozovat, že taková ochrana nepřichází v úvahu, jestliže tyto pracovní výsledky nebo jejich část mohou být také ve vztahu k určité osobě chráněny autorským právem.** Znamená to pouze tolik, že není zapotřebí uplatňovat kvalifikaci podle § 1 UWG (podle generální klauzule proti nekalé soutěži), jestliže žalobci tak jako tak svědčí nepochybná pozice z hlediska práva k nehmotným statkům. Právo proti nekalé soutěži však doplňuje – za určitých podmínek – ochranu poskytovanou právy k duševnímu vlastnictví.

V konkrétním případě žalobkyně – pokud se vychází z jejích tvrzení – dostatečně netvrdila ani neprokázala skutečnosti vyžadované k tomu, aby se jí dostalo ochrany na základě práva autorského. **Žalovaná však zasáhla do právní sféry žalobkyně tím, že převzala její reklamní materiál. Takové převzetí je hodno zvláštního odsudku tedy, když se jedná o individuální a jedinečný pracovní výsledek.** Jestliže jde tato jedinečnost tak daleko, že by mohla přicházet v úvahu i ochrana autorským právem, tím spíše musí být převzetí cizího pracovního výsledku posuzováno jako odporující dobrým mravům. Eventuální práva třetích osob nemohou být – za daného skutkového stavu – důvodem k tomu, aby žalobkyni byla odepřena ochrana podle § 1 UWG. **V daném případě nešlo jen o prostý zásah do cizího práva, žalobkyně byla dotčena i ve svém soutěžním postavení.**

V obsáhlém komentáři k tomuto ustanovení zdůrazňuje Michael Walter, že **ochrana pracovního výkonu podle § 1 UWG (generální klauzule proti nekalé soutěži) musí být přiznána i tehdy, když žalující strana má k dispozici autorská či jiná speciální práva k ochraně předmětného výkonu, které se však ze zvláštních důvodů nedají aplikovat nebo je žalující neuplatnila.** Zároveň poukazuje na dva protikladné názory zastávané k dané problematice. **Jedni vycházejí ze zásadní svobody napodobovat (Nachahmungsfreiheit), jestliže neexistují zvláštní práva; jiní**

tvrdí, že ochrana soutěžním právem slouží i k tomu, aby doplňoval ne zcela úplný, dokonalý ochranný systém zvláštních práv. Walter sám zastává stanovisko svým způsobem kompromisní, podle kterého se musí rozlišovat dvě základní situace. Zvláštní ochranná práva se nemusejí týkat určitého druhu napodobení nebo proti takovému druhu napodobení poskytují nedostatečnou ochranu. V takových případech plní právo proti nekalé soutěži doplňkovou roli při ochraně určitých výkonů. **Specifická je situace v případě, že ochrana proti napodobení není zvláštními právy přiznávána z toho důvodu, že to vyplývá z hodnot prosazovaných v zákonodárství. Pak by měla absentovat i doplňující ochrana prostřednictvím práva proti nekalé soutěži.** Jde zejména o situace, kdy již není poskytována ochrana pomocí zvláštních práv, neboť skončila doba stanovená pro tuto ochranu. Časová limitace této ochrany totiž vychází z vážení zájmů; to uskutečnil již zákonodárce, který s vypršením ochranné lhůty spojuje právo k svobodnému napodobování. V takových případech ochrana, která se opírá o osobnostní práva nebo trvalí soutěžněprávní ochranu, může být přípustná nanejvýš ve výjimečných případech.

V. SROVNÁVACÍ POZNÁMKY K POSUZOVANÝM PŘÍPADŮM

Ve všech třech sporech, jež byly výše popsány, došlo k parazitnímu využití cizích výkonů pro reklamní činnost, tj. k hospodářskému soutěžnímu účelu. „Odcizené“ výkony buď splňovaly požadavky pro ochranu podle autorského zákona (gratulační píseň) nebo taková jejich kvalifikace nebyla dostatečně tvrzena a prokázáno (reklama na brýle) nebo autorskoprávní kvalifikace byla přinejmenším sporná (český případ s užitím části písňového textu).

Zmiňované rakouské případy se odlišují od toho českého výrazně tím, že žalobní nárok byl opíráno o více možných právních kvalifikací, případ český pouze o kvalifikaci dle autorského práva. Těžko zde říci, proč český právní zástupce opřel žalobní nárok pouze – obrazně vyjádřeno – o „jednu právní nohu.“ Možnost kvalifikace podle práva proti nekalé soutěži si nemusel uvědomovat, pokud nevycházel z koncepce „soutěžitele ad hoc“. Mohl také vycházet z eventuálního názoru či pokynu klienta, jenž by prý

v žádném případě nepřipustil, aby část jeho písňového textu byla použita v reklamě na míchačku betonu. Pak by se ovšem dala obtížněji uplatnit koncepce soutěžitele ad hoc.

Klade se otázka, zda české soudy všech instancí mohly samy dospět k právě uvedené právní kvalifikaci, když cizopasný prvek v reklamě žalovaného pokládaly za nepochybný a kvalifikace podle práva proti nekalé soutěži by nevyžadovala řešení problému, zda použitá část písňového textu sama o sobě splňuje kvalifikaci autorského díla. Soud sice není vázán právní kvalifikací uplatněnou žalující stranou, ta však pro jednu nebo více možných právních kvalifikací musí tvrdit skutečnosti a nabídnout důkazy, jež takové kvalifikaci (kvalifikacím) odpovídají. Tak tomu zřejmě v daném případě nebylo ohledně kvalifikace podle práva proti nekalé soutěži.

Nabízí se i myšlenka, zda soudy nižších instancí neměly samy uvažovat o možnosti kvalifikace podle práva proti nekalé soutěži a postupovat pak podle ust. § 118a odst. 2 OSŘ. Pokud však věc pokládaly za nespornou již na základě právní kvalifikace dle práva autorského, neměly vlastně důvod k postupu podle uvedeného ustanovení. Ostatně jeho uplatnění soudem bude mnohdy problematické. Mohlo by se jevit jako jistý druh „odborné pomoci“, kterou soud poskytuje jedné straně (zvláště když tato strana je zastoupena advokátem) a tím narušuje rovnovážné postavení sporných stran.

Výrazný rozdíl mezi rozhodnutími Nejvyššího soudu ČR a rakouského Nejvyššího soudního dvoru (pokud rozhodovaly o neoprávněném užití části písňového textu Zdeňka Svěráka resp. o neoprávněném využití písně Stewie Wondera) spočívá v právním názoru nejvyšší soudní instance rakouské. Podle něj otázka, zda určité dílo požívá ochranu podle autorského práva, je otázkou právní, kterou v daném případě mohl řešit soud sám bez pomoci posouzení znaleckého. Jsem pak toho názoru, že podobnou úvahu mohl uplatnit i český Nejvyšší soud ve zkoumané kauze a nemusel vracet věc k opětovnému projednání a znaleckému posouzení. Nešlo mi však především o to, abych kritizoval žalobní a rozhodovací praxi českou. Snažil jsem se jen potvrdit úvodní myšlenku, že zahraniční rozhodovací praxe je součástí „*acquis communautaire*“ a její znalost může učinit naše nalézání práva účelnějším a zejména rychlejším.

* * *

V době, kdy tato práce byla zadávána do tisku, přinesly zpravodajské deníky stručnou (novinářsky pojatou) informaci, že ve věci znovu rozhodoval soud prvního stupně a žalobu uznal za oprávněnou. Měl se opírat o znalecký posudek, který dospěl k závěru, že ve věci došlo k porušení autorských práv. Podle stejných novinářských informací strana žalovaná se domnívá, že posudek nebyl objektivní a zvažuje nové odvolání. Ať již další vývoj sporu bude jakýkoliv, dosavadní jeho stav přisvědčuje našemu názoru, že souběžná kvalifikace podle práva autorského i práva proti nekalé soutěži mohla vyloučit v každém případě problematické znalecké posuzování a prodlužování sporu.

Kapitola 2

Ke klamavým opomenutím

I. ÚVODNÍ POZNÁMKY

Bezprostřední příčinou mnoha právních sporů bývá skutečnost, že v lidské komunikaci (včetně té, která se uskutečňuje prostřednictvím zákonů) byla použita nepřesná vyjádření. Takový stav věcí mívá různé příčiny vzdálenější. Základní z nich tkví v samotné neurčitosti přirozeného jazyka. Ten pak navíc bývá někdy používám způsobem neobratným, nedbalým, „diplomatickým“ a také zlovolným. Právo na takové skutečnosti již tradičně pamatovalo¹⁰⁵ a reaguje na ně v současné normotvorbě¹⁰⁶ i rozhodovací praxi.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Při letmém listování v díle KINCL, K. *Dicta et regulae IURIS aneb právnícké mudrosloví latinské*. Praha: Univerzita Karlova, 1990 nalezneme následující pravidla, definice či pořekadla: MENS LEGIS SERVARI DEBET, ETIAM SI APPAREAT VERBIS CONTRARIA – Smysl zákona musí být zachován, i kdyby se zdálo odporovat slovnímu vyjádření (cit. dílo, s. 158); INTERPRETATIO CHARTARUM BENIGNE FACIENDA EST, UT RES MAGIS VALEAT QUAM PEREAT – Výklad listin třeba provádět shovívavě, tak aby jednání spíše zůstalo v platnosti, než vzalo za své (cit. dílo s. 133); OMNIS DEFINITIO IN IURE CIVILI PERICULOSA EST: PARUM EST ENIM, UT NON SUBVERTII POSSIT (Iavolenus D 50, 17, 202) – Každá definice v civilním právu je nebezpečná; jen málokdy se totiž stane, že by nemohla být vyvrácena (cit. dílo s. 190); OMNIS INTERPRETATIO VEL DECLARAT, VEL EXTENDIT, VEL RESTRINGIT – Každý výklad buď objasňuje, nebo rozšiřuje, nebo zužuje (cit. dílo, s. 190); NEMINI DOLUS SUUS PRODESSE DEBET – Nikdo nesmí mít prospěch ze svého zlovolného jednání (cit. dílo s. 168).

¹⁰⁶ Viz např. ust. § 37 ObčZ, kde je stanoven požadavek určitosti právních úkonů (pod sankcí jejich neplatnosti) a ust. § 266 odst. 4 ObchZ, podle něhož „projev vůle, který obsahuje výraz připouštějící různý výklad, je třeba v pochybnostech vykládat k tíži strany, která jako první v jednání tohoto výrazu použila“.

¹⁰⁷ Předmětem soudního sporu se např. stala nepřesně položená otázka v televizní soutěži „Chcete být milionářem“, kterou vysílala televize NOVA. Podrobněji k záležitosti viz HAJN, P. *Právníkovy fejetony*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 182 a n.

Nový příspěvek k takovým právním úpravám přináší i směrnice 2005/29/ES.¹⁰⁸ Ta totiž výslovně počítá s tím, že o nekalou obchodní praktiku se může jednat i tehdy, když obchodník poskytne závažné informace „nejasným, nesrozumitelným nebo dvojznačným způsobem“ (viz ust. čl. 7 odst. 2 směrnice). V tomto článku si povšimnu toho, jak tato komunitární úprava byla transponována do českého právního řádu a jak by v něm (zejména též v současné obchodněprávní úpravě nekalé soutěže) mohla být uplatňována. Pro zjednodušení se omezím pouze na jednu z typických a často nekalých obchodních praktik – na reklamu, i když v čl. 2 písm. d) směrnice se „*obchodními praktikami vůči spotřebiteli*“ rozumí „*jednání, opomenutí, chování nebo prohlášení, obchodní komunikace včetně reklamy a uvedení na trh ze strany obchodníka přímo související s propagací, prodejem nebo dodáním produktu spotřebiteli*“.

II. K ROZHODNÝM PRÁVNÍM ÚPRAVÁM

1. Protože hodlám další text této kapitoly učinit přehlednějším a čtenářsky vlnivějším, uvedu nejprve, že směrnice č. 2005/29/ES upravuje mj. „klamavé obchodní praktiky“, které člení na „klamavá jednání“ a „klamavá opomenutí“. Úprava „nejasných, nesrozumitelných nebo dvojznačných informací“ je pak zařazena mezi klamavá opomenutí, i když „nejasnosti atd.“ v právních textech bývají často důsledkem záměrného jednání. Nicméně přijmeme zvolenou systematiku komunitárního předpisu a uveďme zde text zmíněného ustanovení spolu s jeho nejbližším „normativním okolím“. Cituji:

Článek 7

Klamavá opomenutí

1. *Obchodní praktika je považována za klamavou, pokud ve svých věcných souvislostech a s přihlédnutím ke všem jejím rysům, okolnostem a omezením sdělovacího prostředku opomene uvést závažné informace, které v dané souvislosti průměrný spotřebitel potřebuje pro rozhodnutí o obchodní transakci, čímž způsobí nebo může*

¹⁰⁸ Opět vycházím z českého překladu uvedené směrnice, byť k němu mám určité výhrady.

- způsobit, že průměrný spotřebitel učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil*
2. *Za klamavé opomenutí je také považováno, pokud obchodník závažné informace uvedené v odstavci 1 zatají nebo poskytne nejasným, nesrozumitelným nebo dvojnásobným způsobem nebo v nevhodný čas vzhledem k okolnostem popsáním v uvedeném odstavci nebo neuvede obchodní záměr obchodní praktiky, není-li patrný ze souvislosti a pokud to v obou případech vede nebo může vést k rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci, které by jinak neučinil.*
 3. *Pokud sdělovací prostředek, jímž se obchodní praktika šíří, klade omezení na prostor a čas, je třeba při rozhodování o tom, zda došlo k opomenutí informací, vzít v úvahu tato omezení i veškerá opatření, která obchodník přijal k zajištění přístupu k informacím jinými prostředky.*

Nejde o text právě přehledný a mohl by potvrzovat názory jazykovědců, že slohově nesprávná je taková česká věta, kterou musíme přečíst několikrát, abychom ji alespoň částečně porozuměli. Citovaný text by také mohl sloužit jako demonstrační ukážka, jestliže bychom i dnes hodlali tvrdit, že definice v právu jsou nebezpečné.

2. Směrnice č. 2005/29/ES byla do české právní úpravy transponována prostřednictvím zákona č. 634/1992 Sb. o ochraně spotřebitele. Úprava, která nás tu zajímá, je v tomto zákoně obsažena v rámci společné regulace „klamavých obchodních praktik“. Takové praktiky se podnikatel dopouští mj. tehdy, „*opomene-li uvést důležitý údaj, jenž s přihlédnutím ke všem okolnostem lze po podnikateli spravedlivě požadovat; za opomenutí se považuje též uvedení důležitého údaje nesrozumitelným nebo nejednoznačným způsobem.*“ (ust. § 5 odst. 1, písm. c zák. č. 634/1992 Sb.) Nevadí, že jde o úpravu podstatně stručnější než ve směrnici č. 2005/29/ES, dokonce bych to pokládal za přednost. Není však zřejmé, proč v českém zákonu se mluví pouze o „uvedení důležité údaje nesrozumitelným nebo nejednoznačným způsobem“ a proč – oproti znění čl. 7 odst. 2 Směrnice 2005/29/ES – zde není zmíněn i způsob „nejasný“. V tomto případě by jediné slovo navíc neučinilo text českého zákona mnohomluvným. Jde o slovo významné, neboť není plně kryto žádným ze dvou dalších pojmů „nesrozumitelný“, „nejednoznačný“. **Nejasnost způsobu, jakým je určitý údaj uváděn, může mít i „technickou povahu“** (nezřetelné písmo, rychlé „prokliknutí“ údaje v televizní reklamě). Údaj uváděný tímto způsobem by mohl být dobře srozumitelný a jednoznačný, pokud by byl prezentován způsobem

jasnějším, pokud by ho mohla oslovená veřejnost snáze vnímat. Vztahovačně uvažující právník může takové „opomenutí v textu zákona“ chápat jako problematickou praktiku legislativní. České zákony (zvláště ty, jejichž prostřednictvím jsou transformovány evropské směrnice) mají být ovšem vykládány eurokonformním způsobem. Proto interpretujeme § 5 odst. 1 písm. c) zák. č. 634/1992 Sb. tak, jako by jeho text považoval za klamavou obchodní praktiku též uvedení důležitého údaje nejasným způsobem.

4. Zákon o ochraně spotřebitele není jediným českým právním předpisem, ve kterém dochází k transpozici Směrnice č. 2005/29/ES resp. v němž musí být tato směrnice brána v úvahu. Podle zák. č. 40/1995 Sb. o regulaci reklamy se zakazuje reklama, která je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního předpisu (§ 2 odst. 1 písm. c) zák. č. 40/1995 Sb, s odvolávkou na zák. č. 634/1992 Sb).

5. Rozpor s předpisy, v nichž se upravují vztahy mezi obchodníky (resp. podnikateli) a spotřebiteli, může být napadán i ve vztazích mezi hospodářskými soutěžiteli navzájem. Vyplývá to již ze Směrnice č. 2005/29/ES, která v bodu 8 svých důvodů uvádí: *„Tato směrnice chrání ekonomické zájmy spotřebitele před nekalými obchodními praktikami vůči spotřebitelům. Tím také nepřímě chrání oprávněné podniky před soutěžiteli, kteří nedodrží pravidla této směrnice, a zaručuje korektní hospodářskou soutěž v oblastech jí koordinovaných.“*

6. Směrnice č. 2005/29/ES musí být v českém právním řádu vykládána i v souvislosti s textem a výkladem směrnice 2006/114/ES, která reguluje vztahy mezi obchodníky. Podle jejího článku 2 písm. b) *„se rozumí klamavou reklamou každá reklama, která jakýmkoliv způsobem, včetně předvedení, klame nebo pravděpodobně může klamat osoby, kterým je určena nebo které zasáhne, a která pro svůj klamavý charakter pravděpodobně ovlivní jejich ekonomické chování, nebo která z těchto důvodů poškodí nebo může poškodit jiného soutěžitele“*. V uvedeném textu si zaslouží zdůraznit znění, podle něhož **v reklamě lze klamat jakýmkoliv způsobem včetně jejího předvedení**. Postačí také pouhá pravděpodobnost, že reklama svými klamavými prvky ovlivní chování svých adresátů a poškodí resp. může poškodit soutěžitele.

7. V souladu s uvedenými směrnicemi (tedy eurokonformním způsobem) pak musí být vykládána i ustanovení českého obchodního zákoníku, v daném případě zejména ustanovení § 45 ObchZ o klamavé reklamě. To mj. znamená, že i pod toto ustanovení musí být řazeny reklamy, v nichž důležité údaje byly opomenuty resp. jsou uváděny nejasným, nesrozumitelným, nejednoznačným způsobem a vůbec reklamy, které mohou klamat jakýmkoliv způsobem, včetně svého předvedení.

8. Navíc do režimu české obchodněprávní úpravy nekalé soutěže lze „vtahovat“ i porušení veřejnoprávních předpisů výše zmíněných (zákon č. 634/1992 Sb. a zák. č. 40/1995 Sb.). Platí to mj. proto, že ust. § 44 odst. 1 „ObchZ chrání výslovně jak soutěžitele tak spotřebitele“. Instruktivní je v dané souvislosti i rozhodnutí Vrchního soudu v Praze čj. R 3 Cmo 253/97, kde uvedeno: *„Při zkoumání podmínek naplnění generální klauzule nekalé soutěže není samo o sobě rozhodné, zda tvrzeným závadným jednáním byly či nebyly porušeny předpisy z určitého odvětví práva jiného než té části, která upravuje horizontální vztahy při podnikání, tedy zda jsou porušovány předpisy veřejného práva či práva soukromého, rovněž není rozhodné, zda daná konkrétní oblast práva zároveň upravuje konkrétní mechanismy a prostředky k nápravě včetně sankcí, směřujících k porušovateli těchto předpisů. Rozhodné naopak je, zda tvrzené jednání, které je v rozporu s právními předpisy, má kauzální vztah k hospodářské soutěži a dopad v soutěži. Tedy zda tvrzené jednání je porušením dobrých mravů soutěže, došlo k němu v rámci hospodářské soutěže, a toto jednání je způsobilé vyvolat újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům, tedy zda jsou dány předpoklady kvalifikace jednání podle § 44 odst. 1 ObchZ.“*¹⁰⁹

9. Shrňme-li stručně předchozí text, dospíváme – z hlediska našeho tématu: – k následujícímu předběžnému závěru: **Obchodní komunikace může být – za splnění dalších zákonných podmínek – kvalifikována jako nekalá obchodní praktika (resp. nekalá soutěž či nedovolená reklama a) jestliže významné informace, které obsahuje, jsou nejasné, nesrozumitelné, dvojznačné, b) jestliže takové informace jsou adresátům sdělovány způsobem nejasným, nesrozumitelným, dvojznačným.**

¹⁰⁹ Viz MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže*. C. H. Beck, Praha 2000, s. 98.

Dvě kategorie případů jsou odůvodněné tím, že z **hlediska klamavosti musí být rozlišován jednak obsah určité komerční informace a jednak způsob sdělování této informace**. Stejně tak musíme, aplikující všechny výše zmíněné právní úpravy, **diferencovat svá hodnocení a své závěry podle toho, o jaký druh obchodní komunikace se jedná, čeho se taková komunikace týká a jakým médiem je šířena**. Právě těmito otázkami se bude zabývat následující text. Při jiné příležitosti pak hodlám zkoumat, v čem jsou rozdílné způsoby, jakými šíří obchodní informace různá media, a jak se od sebe liší adresáti takové komunikace.

III. K DRUHU OBCHODNÍ KOMUNIKACE

1. **Obchodní komunikace musí obvykle vyhovovat odlišným nárokům, jestliže se uskutečňuje jednak v podobě obchodních nabídek, smluvních podmínek (zde se na úplnost a určitost použitých výrazových prostředků budou klást náročnější podmínky), jednak v podobě reklamy**. Výstižně to vyjádřily české soudy obou stupňů ve sporu mezi dvěma mobilními operátory. Žalobce se domáhal toho, aby soud rozhodl, že žalovaný nesmí nadále šířit reklamní nabídku označenou jako „Dvojnásobek volných minut“ s hlavními slogany „Kdyby vám tak každý dal dvojnásobek“ a „2x více volných minut“. Podle žalobce taková reklama neodpovídala podmínkám, jež byly uvedeny na webových stránkách žalovaného. Druhý násobek volných minut šlo totiž využít jen v síti žalovaného, zatímco první část („násobek“) volných minut v tarifu nebyla takto omezena. Rozdíl mezi voláním do vlastní sítě a do všech sítí v ČR je přitom velmi podstatný a pro nabídku všech mobilních operátorů má zásadní význam.

Žalovaný se v řízení bránil tvrzením, že napadená reklamní kampaň není v rozporu s rozhodnými právními předpisy. Pokud součástí reklamního sdělení je odkaz na místo, kde jsou řádně a podrobně popsány podmínky reklamou nabízené služby, nelze tvrdit, že reklama je neúplná. S takovým hodnocením souhlasil soud prvního stupně, který žalobu zamítnul, i soud odvolací, který toto zamítavé rozhodnutí potvrdil. V důvodech rozsudku sp. zn 3 Cmo 33/2007 Vrchní soud v Praze mj. uvedl: „*Smy-*

slem reklamy je zaujmout co největší okruh adresátů a proto je v ní užito povětšinou stručného sdělení s určitou mírou nadsázky a přehánění, pokud pak taková prezentace obsahuje odkaz na podrobné informace a způsob, jak je získat, nelze dovozovat zpravidla klamání možných spotřebitelů.“ V uvedené formulaci soud moudře použil slovo „zpravidla“; životní praxe s sebou může přinést případy reklam, v nichž odkaz na podrobnější informace nemusí vyloučit klamavost.

2. Podobně jako v předchozí situaci judikovaly soudy obou stupňů, když posuzovaly spor subjektů působících na trhu finančních služeb. Žalobce se domáhal, aby žalovaným bylo uloženo uveřejnit v blíže specifikovaných denních listech omluvu ve znění: *V televizní reklamě a na billboardech, zveřejňovaných v období únor až duben 2008 pod názvem „Nová jarní kolekce hypoték a překlenovacích úvěrů s úrokem jen 2,99%“ došlo k zamlčení podstatného údaje, že tento úrok platí pouze po dobu prvních tří měsíců čerpání úvěru.* V žalobě byl napadený reklamní slogan označen za projev „klamavé reklamy, neboť žalovaní zamlčují údaj o tom, že takový úrok platí jen pro první 3 měsíce čerpání překlenovacího úvěru druhého žalovaného, poté již bude úvěr úročen standardní výší úrokové sazby 5,75–7,76% p.a. Nabídka je navíc časově omezena na období od 1. 2. 2005 do 30. 4. 2005. Krátkodobé zvýhodnění úrokové míry se tedy týká pouze smluv uzavřených v krátkém období 3 měsíců – nic z toho však ani plakátová ani televizní reklama žalovaných neuvádí... Přitom žalobce nenapadá samotnou výši úrokové sazby, inzerovanou žalovanými, ale způsob, jakým je nabídka žalovaných prezentována. Ten vylučuje (pro nedostatek dalších poskytnutých údajů), aby zákazník objektivně mohl porovnat nabídku žalovaných, zejména druhého žalovaného, s nabídkou jiných soutěžitelů. Zkratkovitá kampaň s dominantním „úrok jen 2,99“ vede k odlivu klientely žalobce a k jeho újmě, přes výzvu žalobce však druhý žalovaný nápravu nezjednal.“

Soudy obou stupňů žalobu zamítly, přičemž Vrchní soud v Praze v rozsudku sp. zn. 3 Cmo 380/2005 uvedl, že *„reklama není totéž co obchodní nabídka a jejím účelem je vzbudit pozornost a zaujmout co největší počet adresátů. Proto je zpravidla pro ni užito stručné a na první pohled upoutávající jednoduché (zvláště pak v případech reklamy v televizi a billboardech, o kterou zde jde) reklamní sdělení vyznačující se určitou mírou*

nadsázky či přehánění. Pokud taková prezentace obsahuje i odkazy na podrobné informace a způsob, jak je získat, není důvod spatřovat v tomto sdělení pro jeho „zkratkovitost“ možnost klamání spotřebitele, způsobilost uvést jej v omyl. Nelze proto za této situace shledat rozpor jednání žalovaných s dobrými mravy soutěže. Je dále rozhodné, že údaje televizní reklamy a plakátů z billboardů nejsou podle odvolacího soudu tou okolností, jež by možného zájemce o úvěr samy o sobě přesvědčily o výhodnosti případného uzavření úvěrové smlouvy se žalovanými.“ Soud tak bral zřetel i na povahu nabízené služby (úvěrový obchod) resp. povahu těch, kdo se o podobnou službu zajímají.¹¹⁰ Nabízí se samozřejmě úvaha, že reklama na úvěrové obchody (i pokud odkazuje na jiné zdroje informací) by měla být podrobena přísnějším kritériím, než se uplatňuje u reklam na méně „citlivé“ druhy zboží a služeb.

3. Rozdíl mezi reklamou a obchodní nabídkou či obchodními podmínkami se ovšem nedá absolutizovat. Reklama totiž může vzbudit tak zvaná „oprávněná očekávání“. Má pak podobnou právní váhu jako údaj v obchodních podmínkách. Platí to zejména tehdy, pokud zákazník nemá možnost si předem ověřit, že jeho očekávání vzbuzená reklamou jsou reálná. U rekreačních zájezdů do zahraničí jde o častý případ, zvláště když je v reklamě použit obrazový způsob šíření informace:

V prospektu cestovní kanceláře je například zobrazena jedna fronta hotelu, která ústí do udržované zahrady, zatímco protilehlé fronta tohoto hotelu sousedí s dálnicí. Tato skutečnost není v prospektu vyjádřena či alespoň naznačena ani slovem ani obrazem.

Rekreační objekt byl v nabídce cestovní kanceláře charakterizován jako „víkendová vilka“. Šlo o výraz nejednoznačný a jeho výklad mohl záležet na tom, zda adresát výrazněji chápal slovo „vilka“ či slovo „víkendová“. Ve skutečnosti šlo o větší, zvukově špatně izolovanou chatu, málo způsobilou pro současné ubytování tří rodin.¹¹¹

¹¹⁰ O tomto rozlišovacím kritériu i argumentaci zahraničního soudu bude pojednáno v dalším textu.

¹¹¹ Další příklady viz u HAJN, P. *Právníkovy fejetony*, C. H. Beck, Praha 2007, kapitoly „Poněkud pravdivá označení“ (s. 194 a n.) a „Znaky, jimiž lze vymežit bazén“ (s. 212 a n.).

4. Nejednoznačný bývá obsah informace tehdy, když se význam určitých slov může lišit ve vyjadřování „úředním, technickém, oficiálním“ a v běžné hovorové řeči:

Světová spotřebitelská organizace uděluje medaile za matení spotřebitelů. (Jde o „uznání“ založené na stejném základním nápadu jako „antino-belova cena“, která bývá udělována za zvlášť popletené výzkumy nebo český „Ropák roku“.). Před časem získal tuto cenu jeden ze světových výrobců nápojů, který svůj nový produkt prezentoval jako „prvotřídní vodu doplněnou směsí minerálů, která poskytne jiskřivou a svěží chuť“. Reklama opomenula ovšem sdělit, že základem onoho výrobku byla normální voda z kohoutka.¹¹²

Propagovaná voda zřejmě odpovídala I. třídě hygienické nezávadnosti pitné vody (tak by asi zadavatel reklamy vysvětloval termín „prvotřídní voda“); použitý výraz lze však chápat ve smyslu zvlášť „dobré vody“ (např. „kojenecké“). Ve věci se vhodně uplatnila tzv. satirická sankce. Pokud by však došlo k právnímu sporu, rozumný soudce by mohl poukázat na reklamní povahu uvedeného sdělení, na přípustnost „obvyklého reklamní přehánění“, na model přiměřeně informovaného, soudného, obezřetného spotřebitele.

5. Existují ovšem reklamní informace, které jsou „jasně (zřejmě) nejasné“, dokonce se dají označit za ne-pravdivé, a přece nemohou být kvalifikovány jako klamavé ve smyslu právních úprav, jimiž se tu zabýváme. Naznačuje to několik reklam, v nichž byla nabízena piva různých značek:

*Přišel – viděl – Litovel
První pražská pivní pohotovost
Gut – besser – Paulaner
Plzeň – hlavní město piva
Heineken – osvěží i ty části těla, které jiná piva neosvěží*

Všechny tyto reklamy se vymezují vůči pivům jiných značek. Proklamují určitý druh svého prvenství a dokonce vítězství nad značkami ostat-

¹¹² Dle zprávy v časopisu Profit č. 45/2007.

ními. A činí to způsobem tu více tu méně srozumitelným. (U reklamy na pivo z Litovle někdo postřehne a jiný nikoliv, že je tu parafrázována slavná Caesarova věta: „Přišel, viděl, zvítězil“. V dalším případě nemusí být zcela zřejmé, co rozumět „první pivní pohotovostí“). V posléze uvedeném reklamě (způsobilost osvěžit i ty části těla, na něž jiná piva „nedosáhnou“) by se dalo uvažovat i o „ne-pravdivosti“ takové reklamy. Nicméně všechny tyto reklamy mohou být uznány za dovolené s ohledem na ustanovení čl. 5 odst. 3 poslední věta směrnice 2005/29/ES (zde je upravena přípustnost „běžných a oprávněných reklamních praktik zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně“) resp. na základě doktriny „běžného reklamního přehánění“, která je uplatňována v české i zahraniční rozhodovací praxi ohledně nekalé soutěže.

Reklama, jež slibuje osvěžení dalších částí těla, by však za jistých okolností mohla být shledána právně spornou, pokud by např. její slibované účinky prezentoval v televizi lékař nebo herec představující lékaře; pokud by se taková prezentace odvolávala na pochybné výzkumné zprávy či jinak působila jako informace odborná, nikoliv reklamní. Zde by **klamavost určité informace spočívala především ve způsobu jejího předvedení.**

IV. K PROPAGOVANÉMU PRODUKTU

1. Posuzujeme-li úplnost a srozumitelnost reklamy, musíme brát v úvahu i produkt, který tato obchodní praktika nabízí. Výše zmíněný rozsudek Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3 Cmo 380/2005 se týkal reklamy na hypotéky. I povahou této služby vysvětloval soud, proč zamítl žalobu, která poukazovala na neúplnost vlastního reklamního sdělení. V důvodech rozhodnutí čteme: *Zde je třeba vyjít z toho, jak vyspělý co do orientace v různých nabídkách soutěžitelů je průměrný zákazník účastníků* (rozuměj „účastníků právního sporu mezi soutěžiteli – poznámka P. H.), *jaké lze předpokládat jeho počínání v případě zájmu o některý z úvěrových produktů účastníků. Je nepochybné, že průměrný zákazník již vzhledem k závažnosti věcí si před uzavřením úvěrové smlouvy pečlivě ověří podmínky, za*

*nichž může úvěr získat, a vezme v úvahu přitom nabídky vícero účastníků, jež se mu nabízí.*¹¹³

2. Z hlediska, kterým se nyní zabýváme, je podnětný rozsudek německého Spolkového soudního dvora sp. zn. I ZR 167/97 označovaný jako kauza Orient.Teppichmuster.¹¹⁴ Ačkoliv jde o rozsudek z roku 1999 (a váže se ke skutkovému stavu z roku 1994) je v německé odborné literatuře i judikatuře stále citován a zdá se velmi dobře vyhovovat jak původní německé úpravě práva proti nekalé soutěži, tak i úpravě novější a nejnovější, jež do německého právního řádu transponovala Směrnici č. 2005/29/ES.

Ve sporu žalovalo sdružení soutěžitelů, kteří podnikají při prodeji koberců. Stranou žalovanou byla obchodnice s koberci, která ve svém prospektu (s názvem „*Ohromný výběr koberců z Číny*“) nabízela jak ručně tkané koberce tak koberce strojově vyráběné. Ručně tkané koberce byly propagovány na prvních třech stranách prospektu, strojově vyráběné na str. 4 pod nadpisem „*Vytrvale nízké ceny*“, přičemž byly označeny orientálními jmény podle čínských provincií, kde k výrobě docházelo. Cenové rozdíly u obou těchto druhů koberců nebyly příliš výrazné.

Soudy prvního a druhého stupně posoudily reklamu jako klamavou, pokud neobsahuje výslovné upozornění, že jde o strojově vyráběné zboží. Podle názoru odvolacího soudu nepozorný spotřebitel nepoznal, že v prospektu jsou nabízeny dvě kvalitativně velmi rozdílné kategorie zboží. K možnému omylu ho vede jak skladba prospektu, tak i orientální označení jednotlivých produktů. K orientaci spotřebitele slouží jen nevýrazné upozornění, tištěné drobným písmem, že se jedná o syntetický materiál. Pokud se spotřebitel zajímal jen o ručně tkané výrobky, musel se podrobně věnovat každému jednotlivému výrobku zvlášť a zjišťovat metodu jeho výroby.

Spolkový soud vyhověl dovolání žalované a rozhodnutí odvolacího soudu zrušil. V důvodech svého rozhodnutí uvedl mj., že „*stupeň pozornosti*

¹¹³ Úvěrová krize, které jsme svědky, ovšem příliš nekoresponduje s uvedeným hodnocením těch, kdo žádají o úvěr.

¹¹⁴ Rozhodnutí bylo uveřejněno v německých právnických časopisech z roku 1999: GRUR (s. 619), WRP (s. 517), NJW-RR (s. 1490) Zabývá se jím diplomová práce na právnické fakultě Masarykovy univerzity: HRUDA, O. *Aktuální rozhodovací praxe německých soudů ve věcech nekalé soutěže*, vedoucí práce Petr Hajn, 2009. s. 28 a n.

průměrně informovaného a rozumného spotřebitele však závisí na situaci a odvíjí se od důležitosti nabízeného produktu nebo služby pro spotřebitele. Nízká pozornost bude např. tam, kde se jedná o levný produkt každodenní spotřeby. ...U propagovaného zboží se jedná o produkty s dlouhou životností, jež nejsou levné. Průměrný spotřebitel mající zájem o takové zboží se zpravidla nebude o nabídku zajímat jen povrchně, ale před konečným rozhodnutím o koupi jí bude věnovat alespoň průměrnou pozornost.... Průměrný spotřebitel by se na základě svých životních zkušeností zabýval i upozorněním pod každou fotografií, byť bylo psáno malým písmem. Činil by tak již proto, že zde bylo zároveň uvedeno, v jaké velikosti a v jaké ceně je konkrétní koberec nabízen. I při průměrné pozornosti se tak spotřebitel musel dozvědět, zda se jedná o ručně tkané koberce z ovčí vlny, nebo vyráběné strojově ze syntetického materiálu... Na rozdíl od názoru odvolacího soudu, nebyli spotřebitelé klamáni ani tím, že na prvních třech stranách prospektu byly vyobrazeny jen originální koberce. Ty totiž byly označeny jako „Pravý orientální ručně tkaný“, zatímco u koberců na straně čtyři takové označení neexistovalo. Pokud spotřebitel nerozpoznal rozdíl na prvních třech stranách a na straně čtyři, nebo pro něj takový rozdíl neměl význam, protože se při koupi koberce rozhodoval podle jeho vzhledu, nebyla reklama schopná oklamat takového spotřebitele, který rozdílům ve výrobcích nepřikládá důležitost. Naopak spotřebitelé, kteří považují původ koberce za důležitý, nebudou oklamáni.

Poučení z toho případu lze vyjádřit pomocí starých přísloví, jejichž německá i česká verze jsou si podobné svým obsahovým poselstvím: „Kauf ist Kauf, Auge auf“ resp. „Kdo neprohlédá očima, prohlédá měšcem“. U významnějších, nákladnějších produktů platí tyto pokyny nejen pro koupi samotnou, ale i pro důkladnější studium reklam, v nichž se takové produkty nabízejí.

3. Z hlediska našeho tématu je pak zvlášť inspirativní i aktuální rozsudek rakouského Nejvyššího soudního dvora z 8. 4. 2008 sp. zn 4 Ob 42/08t (předchozí instance OLG Wien 1 R 120/07 k; HG Wien 39 Cg 123/06 s)¹¹⁵.

¹¹⁵ Uveřejněno v *Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2008 č. 05, s. 276 a n. pod titulkem: Rechtsprechung – Eigenherstellung/Herstellung im Inland; Grundlegendes zum System; poznámku připojil GAMERITH. H.

Jde o rozhodnutí, které již bere v úvahu koncepční myšlenky ze směrnice č. 2009/25/ES. Z tohoto hlediska (a nejen z něj) se dá označit za vzorové, proto způsob jeho uvažování a právní argumentace uvádíme co nejobsáhleji.

Strany sporu, o který šlo, si konkurují v obchodu s klavíry. Žalovaná působí v tomto oboru již od roku 1910 jako rodinný podnik; šíří vedle nástrojů cizích značek také klavíry vlastní značky „W“. Přinejmenším dva z takto označených modelů byly zhotoveny v zakázkové výrobě čínským podnikem. Průběh výroby kontroloval jednatel žalované (Geschäftsführer) tak, že příležitostně navštěvoval čínský podnik.

Žalovaná označovala tyto klavíry jako „vyrobené“ (v němčině „hergestellt“) jí samou. Takové označení obsahovaly záruční listy, které byly kupujícím předávány až po uzavření kupní smlouvy, nacházely se však volně k nahlédnutí či odebrání v obchodní provozovně žalované. Jednomu zájemci o koupi, který měl prozkoumat podmínky prodeje (Testkäufer), bylo pracovníkem žalované při obchodním hovoru sděleno, že se jedná o „vlastní značku“ (Eigenmarke) žalované; na výrobu v Číně nebylo poukázáno.

Žalující uplatnila u soudu zajišťovací nárok (Sicherungsantrag). *Požadovala, aby soud žalované zakázal v reklamních prostředcích, zvláště pak v záručních listech, šířit tvrzení a tvrzení svým významem jemu podobná, že klavíry, které žalovaná šíří po značce „W“, jsou vyrobeny samotnou žalovanou a v Rakousku, pokud skutečně všechny klavíry šířené pod značkou „W“ nebudou vyrobeny žalovanou samotnou a v Rakousku.*¹¹⁶

Žalující k tomu uváděla, že údaje v záručním listu jsou klamavé, neboť sporné klavíry nebyly vyrobeny žalovanou a v Rakousku, nýbrž od zhotovitele v Číně. Záruční listy byly použity jako reklamní materiál, neboť byly v provozovně žalované vystaveny k volnému odběru vedle reklamních prospektů. Žalovaná neobjasňuje, že si klavíry nechává vyrábět v Číně. Podle soutěžního pravidla o nejasnostech (Unklarheitenregel) se proto vůči ní uplatní nejméně příznivý výklad její informace. Tvrzení *námi vyráběné ná-*

¹¹⁶ Za povšimnutí stojí, jak pečlivě byl zdržovací nárok formulován, a zároveň, že v něm bylo požadováno, aby se žalovaná zdržela nejen výslovně napadeného tvrzení ale i tvrzení svým významem podobných tomu, jež žalovaná šířila. Obávám se, že ne jeden český soud by takovou část žalobního petitu pokládal za neurčitou, nevykonatelnou a proto by jí nevyhověl.

stroje „W“ („von uns hergestellte W.-Instrumente“) vyvolává (implikuje) představu, že jde o výrobu v Rakousku. To může mít vliv na nákupní rozhodnutí klientů.

Žalovaná namítala, že zakázková výroba se uskutečňovala podle jejích plánů a pod její kontrolou. Klavíry jsou prvotřídní: partnerský podnik v Číně vyhledává jako zhotovitele i jiné podniky proslulých světových značek. Obchodní vedoucí žalované byl nejméně pětkrát za rok v Číně, aby mohl dozírat na výrobní proces. Žalující nepropagovala nástroje pomocí záručních listů, předávala je až po té, kdy došlo k uzavření kupní smlouvy. Zkušební kupující se nechoval jako normální zákazník, svévolně se na psacím stole zmocnil záručního listu, který byl zřejmě vyhrazen pro personál žalované. Navíc údaj na záručním listu, který označil za výrobce žalovanou, byl přípustný, neboť rozhodující kroky k zhotovení nástroje učinil jednatel žalované. Na záručním listu ani v jiných reklamních materiálech nebylo tvrzeno, že by nástroje byly vyrobeny v Rakousku. Před nákupním rozhodnutím byli kupci informováni o kooperaci žalované s čínským partnerem. Na nástrojích byla uvedena informace o této kooperaci.

Soud prvního stupně zamítl zajišťovací návrh a soud odvolací jeho rozhodnutí potvrdil, zároveň připustil dovolání (revizi). Rakouský Nejvyšší soudní dvůr dovolání zčásti vyhověl. Posoudil věc jak podle původního znění rakouského zákona proti nekalé soutěži tak podle jeho znění novelizovaného z roku 2007, jehož prostřednictvím byla do rakouského práva převedena Směrnice č. 2005/29/ES. Nejprve zjistil, že napadená obchodní praktika není zahrnuta v tzv. „černé listině“ obchodních praktik, které jsou za všech okolností chápány jako nekalé. Tím dospěl k závěru, že věc má být posuzována jako klamavá obchodní praktika (podle původní úpravy jako klamavá reklama). Jeho další úvahy vycházely z názoru, že podle původní i aktuální právní úpravy má být zkoumáno: (a) jak spornou informaci chápe průměrně informovaný, rozumný (Verständiger) zájemce o klavíry, který získání takového nástroje věnuje přiměřenou pozornost; (b) zda takové chápání odpovídá skutkovým okolnostem záležitosti a (c) zda údaj, který je podle takových kritérií nesprávný, může vést zájemce o koupi k rozhodnutí, které by jinak neučinil. Protože se reklama obracela na konečné zákazníky, nepovažoval soud v dané věci za rozhodující, jak by byl sporný údaj chápán v odborných kruzích (například mezi obchodníky

s klavíry). Ve svém celku šlo o posouzení právní otázky, která byla způsobilým předmětem dovolání (revize).

Nejvyšší soudní dvůr vyšel z názoru, že průměrný spotřebitel z oslovených zákaznických kruhů, bude sporný údaj chápat tak, že žalovaná byla výrobcem nástroje. Nebude z toho však vyvozovat, že se výroba uskutečnila v tuzemsku. K tomu je podrobně v důvodech rozhodnutí uvedeno:

a) *Žalovaná výslovně tvrdila, že určité klavíry vyrobila („hergestellt“). S takovým tvrzením se těžko slučuje skutečnost, že uvedené klavíry byly zhotoveny na zakázku jiným podnikem, který vyrábí také klavíry dalších značek. Výrobou se totiž v běžném jazykovém vyjadřování („im allgemeinen Sprachgebrauch“) rozumí víc (slovo „mehr“ zdůrazněno v uveřejněném textu rozhodnutí – poznámka P. H.) než plánování a kontrola. Průměrný zájemce o koupi bude sice pokládat za možné a dokonce pravděpodobné, že si „výrobce“ kupuje jednotlivé části výrobku. Sestavení těchto částí (der Zusammenbau) je však jádrem pojmu „výroba“. Platí to i za předpokladu, že průměrný evropský spotřebitel rozumí principu dělby práce v mezinárodním obchodu. Právě on bude chápat – typicky u nákladných, vysoce hodnotných výrobků – tvrzení o **vlastní výrobě** (slovo **Eigenherstellung** zdůrazněno v německém textu) jako informaci o zvláštní kvalitě. Z tohoto důvodu bude dané tvrzení vztahovat na všechny nebo alespoň na většinu z výrobních kroků, které v konkrétní věci rozhodují o kvalitě výrobku. Při výrobě klavírů pak o zvuku nástroje rozhoduje – vedle plánování a volby materiálu – sestavení jeho jednotlivých částí.*

b) *Naproti tomu průměrný spotřebitel nebude tvrzení podniku, že určitý produkt sám vyrobil, chápat tak, že se výroba musela uskutečnit v tuzemsku (Inlad), tj. v Rakousku. V současném hospodářském životě je totiž obecně známou skutečností, že podniky mají své výrobní jednotky v cizině, a to dokonce v tzv. zemích s nízkou úrovní mezd („Billiglohnländern“). Průměrný spotřebitel nebude zpravidla předpokládat, že rakouský podnik disponuje výrobními jednotkami pouze v Rakousku. Ze záručního listu proto nemůže být vyvozována, že žalovaná sporné klavíry vyráběla v tuzemsku.*

c) *Ze skutkového stavu se podává, že záruční listy byly (také) nástroji reklamy. Jako takové obsahovaly nesprávné údaje, na čemž nic nemění skutečnost, že žalovaná na jiném místě – snad i „nepřehlédnutelně“ – poukazovala na kooperaci s čínským výrobcem.*

d) Údaje na záručním listu o tom, že výrobce sám klavíry vyrobil, byly schopné přivést průměrného zájemce o koupi k rozhodnutí, které by jinak neučinil. Platí to proto, že (typicky) u cenných výrobků je takové rozhodnutí činěno na základě přesvědčení o zvláštní kvalitě produktu. V konkrétním případě poukázal na vlastní výrobu podnik, který na daném trhu působí po mnohá desetiletí. Tím se (implicitně) odvolává na svou mnoholetou zkušenost ve výrobě hudebních nástrojů. Také tento poukaz na tradici (Traditionsargument) může být rozhodující, když se oslovení zájemci rozhodují pro koupi.

Dovolací soud tak hodnotil tvrzení o vlastní výrobě jako klamavou obchodní praktiku. Neshledal zároveň důvody k tomu, aby ji posoudil jako: (a) nezpůsobilou ovlivnit průměrného spotřebitele, (b) odpovídající zásadám obchodníkovy profesionální péče. Rozhodnutí tímto způsobem uvedlo, že posuzované jednání naplnilo dva základní znaky nekalé obchodní praxe, jak jsou uvedeny v generální klauzuli proti nekalým obchodním praktikám v čl. 5 odst. 2 Směrnice 2005/29/ES a v odpovídajícím ustanovení rakouského zákona proti nekalé soutěži.¹¹⁷

Revisní rozhodnutí tak uznalo po právu zdržovací nárok ohledně tvrzení žalované, že je výrobcem sporných klavírů. Zdržovací nárok však nebyl shledán po právu ohledně „výroby v tuzemsku“, neboť žalovaná něco takové nikdy netvrdila (ani to nebylo možné vyvodit z reklamního údaje na záručním listu) a již proto neexistovalo nebezpečí, že takové tvrzení uplatní v budoucnosti.

* * *

Uvedená soudní rozhodnutí i příklady z reklamní práce měly naznačit, jak mnohé okolnosti a četné právní normy by měl brát v úvahu každý, kdo v roli podnikového právníka, advokáta či soudce posuzuje reklamní kampaň a její právní přípustnost. Elementární východiska tohoto posouzení budou většinou shodná. Pokud reklamní sdělení neskrývá svou povahu,

¹¹⁷ K tomu srovnej – v českém právním kontextu – § 4 odst. 1 zák. č. 634/1992 Sb. o ochraně spotřebitele.

měli by jeho adresáti brát v úvahu právě tuto jeho reklamní povahu, tj. možnost jistých nadsázek, příkras, zjednodušení. Nezáleží pak na tom, jak reklamní sdělení chápe a jak si ho vysvětluje jeho zadavatel či autor, ale jak mu rozumí „modelový“ zákazník. V případě spotřebitele půjde o člověka průměrně informovaného, přiměřeně rozumného a obezřetného, od něhož však nelze žádat, aby reklamní nabídky zkoumal s vědeckou akribií a věnoval jim neúměrně času. To platí zejména u reklam na běžné a nepříliš nákladné zboží a služby denní potřeby. U cenných produktů se dá od spotřebitele očekávat, že bude reklamnímu sdělení včetně jeho doprovodných informací věnovat zvýšenou pozornost a bude získávat i další poznatky pro závažnější nákupní rozhodnutí. Platí to zejména tehdy, když mu specificky záleží na určitých vlastnostech produktu. I takto obezřetný zákazník však může být v některých případech oklamán, když jsou v reklamním sdělení použity výrazy, kterým bývá přikládán různý význam, a když zároveň tato sdělení nepůsobí jako obvyklé reklamní přehánění. Zvláště účinně mohou klamat taková sdělení, jež pravdu zkreslují právě tím, že ji značnou část obsahují, a určitou část vynechají .

ODDÍL IV. PRÁVO PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI A OCHRANA SPOTŘEBITELE

Kapitola 1 *České právo proti nekalé soutěži a evropská* *ochrana spotřebitele*

I. Z HISTORIE ÚPRAVY

Právo proti nekalé soutěži – nehledě na jeho označení – poskytuje ochranu nejen soutěžitelům. Vždy chránilo alespoň nepřímo i spotřebitele. Argument pro tvrzení právě uvedené můžeme nalézt již v Pařížské unijní úmluvě. V jejím článku 10 bis odst. 3 bod 3 se mimo jiné uvádí, že nekalou soutěž představují a musí být zakázány „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.“ Ochrana soutěžitelů byla však v právu proti nekalé soutěži dlouho chápána jako prvotní, z ní vyplývající ochrana jiných subjektů jako odvozená.

Tvrzení uvedené v závěru předchozího bodu lze dobře demonstrovat na předválečném československém zákonu proti nekalé soutěži. V ustanovení § 1 ZPNS (v generální klauzuli proti nekalé soutěži) byla uvedena „způsobilost poškodit soutěžitele“, která představovala jeden ze znaků nekalé soutěže. O jiných poškozených se zde nemluvilo. Ustanovení § 2 ZPNS hovořilo o způsobilosti oklamat, aniž byl výslovně zmíněn subjekt dotčený klamáním. Podobně ustanovení § 4 ZPNS (upravovalo „nesprávné označování původu zboží“) poukazyvalo na „označení, které je způsobilé vzbudit v obchodním styku nesprávnou domněnku“, přičemž nespecifikovalo

u koho taková domněnka může být vzbuzena. Z obecné lidské zkušenosti se však podávalo, že oněmi oklamánými budou též zákazníci z nepodnikatelských, nesoutěžitelských kruhů. Zmínce o tom, kdo je adresátem klamavého údaje, se však již nevyhnulo ustanovení § 11 odst. 1 ZPNS, kde se uvažovalo o zákaznickém styku a zákaznických kruzích.

Pojmy jako „zákaznické kruhy“, „zákaznictvo“, „obecenstvo“ se pak často vyskytovaly v rozhodnutích českých a slovenských soudů. Ty si musely odpovídat na otázku po účelu zákona proti nekalé soutěži, což činily někdy rozdílným způsobem. Tak v reprezentativní sbírce soudních rozhodnutí¹¹⁸ (dále jen „sbírka Vážný“) se v rozhodnutí č. 12 028 uvádělo, že „zákon proti nekalé soutěži nemá sloužit v první řadě zájmu zákazníků, nýbrž zájmu soutěžitelů“. Jiné rozhodnutí ve sbírce Vážný č. 12 336 stanovilo, že při rozhodování soutěžních záležitostí „jest dbáti zájmů soutěžitelských a zákaznických. Solidarita soutěžitelská nesmí sahati tak daleko, aby zneumožňovala ochranu spotřebitelů a volnost soutěže.“

Studujeme-li rozhodovací praxi ve věcech nekalé soutěže v předválečném Československu, dospíváme k závěru, že v ochraně zákaznických, spotřebitelských zájmů byla nejednotná. Tyto zájmy však předmětem ochrany mohly být i přesto, že a) ochrana zákazníků, spotřebitelů nebyla základním cílem úpravy nekalé soutěže; b) vztah mezi ochranou jednak soutěžitelů a jednak spotřebitelů nebyl vždy koncepčně ujasněn ani v teorii; c) zákazníci, spotřebitelé (nesoutěžitelé) neměli ve věcech nekalé soutěže samostatné žalobní oprávnění. Ochrana zákazníků byla dosahována prostřednictvím ochrany soutěžitelů a mohla být takto dosahována především z jednoho objektivního důvodu – zájmy férových soutěžitelů a zájmy férových zákazníků jsou spolu velmi úzce spojeny a dají se obtížně oddělovat.

¹¹⁸ Bývá označována jako sbírka „Vážný“, podle jména svého pořadatele.

II. ÚPRAVA NEKALÉ SOUTĚŽE PO OBNOVĚ TRŽNÍHO HOSPODÁŘSTVÍ

V době komunistického režimu bylo právo proti nekalé soutěži na českém a slovenském území ve stavu podobném „umělému spánku“. Omezilo se na velmi stručnou formální úpravu (nezbytnou vzhledem k Pařížské unijní úmluvě), která prakticky nebyla aplikována. V tomto období se ovšem právo proti nekalé soutěži zajímavým způsobem vyvíjelo ve vyspělých zemích. Jejich právní úpravy a také rozhodovací praxe stále častěji používaly normy veřejného i soukromého práva jako nástroje, který sloužil k ochraně spotřebitelů. Právo proti nekalé soutěži se stávalo jedním z významných prostředků těchto snah. Obecně i v právu proti nekalé soutěži zesilovala již zmíněná nepřímá ochrana spotřebitelů a postupně se měnila i v ochranu přímou.¹¹⁹ Šlo o reakci na stále sofistikovanější reklamní postupy a jiné obchodní praktiky používané zejména velkými hráči na trhu a v globálnějším měřítku. Právo proti nekalé soutěži mělo plnit jeden z tradičních úkolů práva vůbec, jímž je ochrana slabších. Jednalo se však i o výrazně politickou tendenci, o jeden z projevů sociálně orientovaného tržního hospodářství. Zájem státu na ochraně spotřebitelů byl dán i tím, že hromadný způsob spotřeby vyvolával klamání velkých skupin spotřebitelů. Účinky klamavých soutěžních praktik například v oblasti peněžnictví, mohly ohrožovat i politickou stabilitu země.

Vývoj výše zmíněný se projevil i v československé (později české a slovenské) ucelenější právní úpravě nekalé soutěže, která byla zahrnuta v roce 1991 do obchodního zákoníku. V něm se již na několika místech specificky pamatovalo na ochranu spotřebitelů. V § 44 odst. 1 ObchZ (v generální klauzuli proti nekalé soutěži) byla jako jedna z podmínek pro právní kvalifikaci nekalá soutěž uvedena „způsobilost přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům“. Jedním z přímých subjektů ochrany dle práva proti nekalé soutěži se tak stali spotřebitelé. Mohli být i subjektem jediným v situaci, za níž by se např. klamavých soutěžních praktik dopouštěl monopolista. To naznačuje i formulace v § 45 ObchZ, která mluvila

¹¹⁹ Srov. RAKOVSKÝ, A. Evropské společenství a nepřímá ochrana spotřebitele. *Právní rozhledy / příloha Evropské právo*. 2003, č. 1. s. 3 a n.

o jednání na úkor soutěžitelů **nebo** spotřebitelů. Na spotřebitele pamatovala i úprava aktivní legitimace ve sporech z nekalé soutěže, která v § 54 odst. 1 ObchZ umožnila, aby žalobu na zdržení se jednání a odstranění závadného stavu uplatňovaly – ve vymezeném okruhu případů – i právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů.

Po jistý čas zůstávala sporná otázka, zda úprava v ObchZ poskytla samostatné žalobní oprávnění i jednotlivým spotřebitelům.¹²⁰ Šlo o polemiku zbytečnou, jak ukázala pozdější harmonizační novela ObchZ (viz níže), která učinila nepochybným, že k žalobě z nekalé soutěže jsou oprávněni též individuální spotřebitelé. Ti však za původního ani pozdějšího právního stavu své žalobní oprávnění prakticky neuplatňovali¹²¹. Nepatrný (například ve srovnání se situací v Německu) byl a je rozsah případů, v nichž na zdržení se jednání a odstranění závadného stavu žalovaly a žalují právnické osoby oprávněné chránit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů.

Celkově však česká úprava nekalé soutěže, jak byla začátkem devadesátých let přijata v ObchZ, přispívala a přispívá zájmům spotřebitelů prostřednictvím tradiční techniky – na základě až překvapivě rozsáhle uplatňovaného žalobního oprávnění soutěžitelů jsou nepřímou ochranou i spotřebitelé. Pro přímou ochranu spotřebitelů na základě jejich individuálních či kolektivních žalob nebo na základě reprezentace jejich zájmů nejsou vytvořeny dostatečné podmínky psychologické (ochota jednotlivců žalovat z nekalé soutěže), institucionální (nedostatečně rozvinutá síť spotřebitelských organizací, které by uplatňovaly žaloby z nekalé soutěže) ani legislativní (nedostatečná úprava kolektivních žalob, na jejichž základě by bylo možné postihovat škody způsobené spotřebitelům, které jsou nepatrné v jednotlivých případech, ve svém souhrnu však nekalému soutěžiteli přinášejí značné zisky). Lze si samozřejmě klást otázku, zda usilovné snahy o vytvoření takových

¹²⁰ ELIÁŠ, K. a kol. Kurs obchodního práva I. (Obecné otázky – soutěžní právo). C. H. Beck, Praha 1995. s. 217 a 221.

¹²¹ Výjimkou jsou případy, v nichž soutěžitel ve sporu z nekalé soutěže nastrčí spotřebitele jako žalobce.

předpokladů by přinesly očekávaný efekt, zda by nešlo jen o další „papírové draky“.¹²²

III. ČESKÉ PRÁVO PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI A JEHO „HARMONIZAČNÍ NOVELA“

Jedním z opatření, která měla vést k evropeizaci českého práva proti nekalé soutěži byla novela ObchZ z roku 2000 (dále jen „harmonizační novela“)¹²³. Ta zařadila do ObchZ ustanovení § 50a s úpravou srovnávací reklamy a převzala v podstatě řešení obsažená ve směrnici 97/55/ES. Nešlo o transpozici ve všem všudy dokonalou, což se projevilo spíše v teoretických diskusích¹²⁴ než v rozhodovací praxi. Z hlediska, kterým se zabýváme v tomto příspěvku, přinesla harmonizační novela změny v ustanovení § 54 ObchZ a učinila nepochybným, že ve sporech z nekalé soutěže se i jednotliví spotřebitelé mohou domáhat všech nároků. Jak již výše naznačeno, praktický vliv na soukromé vymáhání práva z nekalé soutěže to však nemělo.

Nepříliš nápadně leč nepochybně byl rozšířen okruh těch případů nekalé soutěže, v nichž nemohou žalovat právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů a spotřebitelů. Nově sem totiž patřila i srovnávací reklama. Přitom nelze pochybovat o tom,¹²⁵ že právě nekorektní srovnávací reklama může škodit jak zájmům dotčených soutěžitelů tak zájmům spotřebitelů, k nimž se obrací a které získává pro zboží nebo služby určitého soutěžitele. Nevhodné normativní řešení tu však šlo obejít tak, že zmíněné právnické osoby mohly srovnávací reklamu žalovat i pro rozpor s generální klauzulí proti nekalé soutěži (44 odst. 1 ObchZ) či pro rozpor s některými speciál-

¹²² K tomu srovnej AUGENHOFER, S. (editorka): *Die Europaesierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Mohr: Siebeck, Tübingen, 2009, referáty ze semináře: *Wettbewerbsrecht 2008/2009: Novellen und Reformen*“, který se konal ve Vídni 28. a 29. 11. 2008. Zejména referát ASTRID STADLER: *Der Gewinnabschoepfungsanspruch: eine Variante des private enforcement?*, s. 117 a n.

¹²³ Zákon č. 370/2000 Sb., účinný od 1. 1. 2001.

¹²⁴ KOTÁSEK, J. Nad novou úpravou srovnávací reklamy. *EMP*. 2001, č. 5–6. s. 58.

¹²⁵ VEČERKOVÁ, E. Česká právní úprava nekalé soutěže v evropském kontext. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2009. č. 4, s. 328.

ními případy nekalé soutěže, u nichž je jejich žalobní oprávnění dáno (zejména klamavá reklama, klamavé označení zboží a služeb či vyvolání nebezpečí záměny podle § 45–47 ObchZ).

Harmonizační novela v ustanovení § 54 a jeho novém odstavci 2 ObchZ favorizovala i jednotlivého spotřebitele, pokud on byl stranou žalující ve sporech podle ustanovení o nekalé soutěži. Pokud své žalobní nároky opíral a opírá o již zmíněná ustanovení § 44 až 47 a 52 ObchZ, důkazní břemeno tíží vždy toho, kdo je pro nekalou soutěž žalován; musí dokazovat, že se nekalé soutěže nedopustil. Formální dosah tohoto ustanovení je značný, neboť pod § 44 odst. 1 ObchZ (pod generální klauzuli proti nekalé soutěže) se dají podřadit všechny případy nekalé soutěže; faktický dosah má pak téměř nulový, neboť ve sporech z nekalé soutěže jednotliví spotřebitelé nežalují.

Harmonizační novela ObchZ v České republice ukázala, jak je problematické rozlišovat případy nekalé soutěže podle toho, zda se dotýkají soutěžitelů či spotřebitelů. Stejnou výtku lze činit opatřením, která předem stanoví, koho má zatěžovat důkazní břemeno ve sporu z nekalé soutěže.

IV. SMĚRNICE O NEKALÝCH OBCHODNÍCH PRAKTIKÁCH A JEJÍ TRANSPOZICE DO ČESKÉHO PRÁVA

Komunitární směrnice o nekalých obchodních praktikách, na rozdíl od některých sousedních států,¹²⁶ se téměř nedotkla textu české právní úpravy nekalé soutěže. Transponována byla (včetně své přílohy č. I. označované jako „černá listina“) do zák. č. 634/1992 Sb. o ochraně spotřebitele. Sleduje tak „dualismus práva“ proti nekalým obchodním praktikám (nekalé soutěži) v závislosti na tom, zda k vadnému jednání dochází jednak ve vztahu obchodníků ke spotřebitelům (směrnice 2005/29/ES) a jednak mezi obchodníky navzájem (směrnice 2006/114/ES o klamavé a srovnávací reklamě – kodifikované znění). Lze si ovšem klást otázku, zda je

¹²⁶ Viz KREJČÍM, H., KESSLER, J., AUGENHOFER, S. (editoři): *Lauterkeitsrecht im Umbruch*. Vídeň: Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung. 2005.

účelné rozlišovat mezi ochranou soutěžitelů a spotřebitelů proti nekalým obchodním praktikám. Naznačuje to sama směrnice 2005/29/ES, když v bodu 8 svých důvodů uvádí: *Tato směrnice přímo chrání ekonomické zájmy spotřebitele před nekalými obchodními praktikami vůči spotřebitelům. Tím také nepřímo chrání oprávněné podniky před soutěžiteli, kteří nedodržují pravidla této směrnice, a zaručuje korektní hospodářskou soutěž v oblastech jí koordinovaných.*“

Transpozice směrnice 2005/29/ES do českého právního řádu počítá s tím, že povinnosti z této směrnice resp. ze zákona o ochraně spotřebitele bude vynucovat především Česká obchodní inspekce. Její dosavadní činnost byla zaměřena na jinou agendu (dodržování vah, měř, hygienických pravidel apod.), setkávám se však již s příklady nového působení.

Dealerka společnosti X nabízela 4 druhy kosmetických výrobků k vyzkoušení s tím, že se za tyto výrobky nic neplatí a předala zájemkyni tašku s těmito výrobky. Následně dealerka nabízela další kosmetický výrobek x za cenu 890,- Kč. Zájemkyně odmítla koupit tohoto výrobku a chtěla si ponechat tašku se čtyřmi výrobky, které ji předtím byla poskytnuty bezplatně k vyzkoušení. Agentka upozornila zájemkyni, že pokud si výrobek x za uvedenou cenu neodkoupí, 4 již poskytnuté výrobky nemůže obdržet a posléze jim tašku s těmito čtyřmi výrobky odebrala. Zákaznice nebyla předem informována o tom, že získání 4 výrobků bez placení je podmíněno koupí výrobku dalšího. Inspektorát České obchodní inspekce věc uzavřel tak, že společnost X se dopustila nekalé obchodní praktiky tím, že při nabídce výrobků použila slova podobného významu jako jsou slova „zdarma“, „bezplatně“, „gratis, přestože spotřebitel musel vynaložit určité náklady.

Dá se předpokládat, že i při vynucování směrnice 2005/29/ES cestou „public enforcement“ se setkáme s obvyklými problémy (nedostatek osobní zainteresovanosti na uplatnění zásahu; tendence vybírat si k postihu jednoduché záležitosti; možnost zvýšeného výskytu korupčních praktik).

V. SMĚRNICE 2005/29/ES A ČESKÉ PRÁVO PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

Jestliže text úpravy nekalé soutěže v obchodním zákoníku se zdá být téměř nedotčen směrnicí 2005/29/ES, neplatí to o praktickém uplatnění jejího textu ve prospěch spotřebitelů. Především nedošlo ke změně těch obecných ustanovení obchodního zákoníku, která pamatují na spotřebitele. Ten je především stále uváděn v generální klauzuli proti nekalé soutěži v § 44 odst. 1 ObchZ jako jeden z rovnocenných subjektů ochrany. Generální klauzule ve směrnici 2005/29/ES (a návazně v českém zákonu o ochraně spotřebitele) a v § 44 odst. 1 ObchZ, byť opticky velmi rozdílné, mohou vést v rozhodovací praxi ke shodným výkladům. V obou z nich je obsažen zákaz nekalých obchodních praktik resp. nekalé soutěže. Oproti poměrně jednoduchému vymezení soutěžní nekalosti v § 44 odst. 1 ObchZ (jednání v hospodářské soutěži, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a je způsobilé přivodit újmu soutěžitelům nebo spotřebitelům), je text směrnice 2005/29/ES obsažnější. Podle čl. 5 odst. 2 této směrnice *nekalou je obchodní praktika pokud a) je v rozporu s požadavky náležité profesionální péče a b) podstatně narušuje nebo je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele, který je jejím působení vystaven nebo kterému je určena, nebo průměrného člena skupiny, pokud se obchodní praktika zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů ve vztahu k danému produktu*. Při výkladu tohoto ustanovení musí být ovšem brána v úvahu i definice *náležité profesionální péče*. Tou rozumí čl. 2 písm. h) Směrnice 2005/29/ES *úroveň zvláštních dovedností a péče, kterou lze od odborníka ve vztahu ke spotřebiteli rozumně očekávat a která odpovídá poctivým obchodním praktikám nebo obecným zásadám dobré víry v oblasti obchodníkovy činnosti*. Neurčité pojmy v tomto vymezení (zvláštní dovednosti a péče, rozumná očekávání) i pojmy spojené s etickým hodnocením (poctivost, dobrá víra v oblasti obchodníkovy činnosti) naznačují, že v rozhodovací praxi bude konec konců důležitější výklad takového textu (s ohledem na konkrétní okolnosti případu) než text sám.

Jestliže se ve sporu (být vedeném k žalobě soutěžitele) zjistí, že jsou dotčeny zájmy spotřebitelů jako jednoho ze subjektů chráněných právem

proti nekalé soutěži, bude nutné přihlížet ke směrnici 2005/29/ES. Některá nová a užitečná řešení ve směrnici 2005/29/ES (úprava klamavých opomenutí, agresivních praktik) mohou být dobře uplatněna ve sporech, kde jde o ochranu férového soutěžitele i spotřebitele a též ve sporech, kde jsou dotčeny pouze zájmy soutěžitele.

Řešení ze směrnice 2005/29/ES lze přenášet do režimu ochrany proti nekalé soutěži v ObchZ mj. pomocí § 44 odst. 1 ObchZ, na základě jedné ze „soudcovských skutkových podstat nekalé soutěže“ – porušení normy veřejného práva s důsledky pro soutěžní postavení. Zvláště to platí o řešeních, jež jsou obsažena v příloze k uvedené směrnici i k českému zákonu o ochraně spotřebitele, tzv. černé listině. Mnohé z tam uvedených praktik byly již dříve postihovány podle generální klauzule proti nekalé soutěži. Zřejmě ještě častější budou nyní spory, ve kterých bude soutěžitel žalovat u civilního soudu jiného soutěžitele s odůvodněním, že v rozporu s evropskou směrnicí 2005/29/ES a její transpozicí do českého právního řádu jedná na úkor spotřebitele a tím působí i újmou konkurentovi.

Kapitola 2

Oslabená ochrana spotřebitele?

Od směrnice o nekalých obchodních praktikách 2005/29/ES (dále zde též jen „směrnice“) se dalo přirozeně očekávat, že přinese – oproti předchozímu stavu – zvýšenou ochranu spotřebitelů. Logická, samozřejmá očekávání však nejsou nejlepším rádcem, když uvažujeme o budoucí efektivnosti právních úprav. Sama směrnice se vyjadřuje opatrněji – v bodě 5 svých důvodů mluví o *vysoké míře ochrany spotřebitele* a nepoužívá tak ani druhý stupeň přídavného jména vysoký ani jeho superlativ. V bodě 11 těchto důvodů se pak praví, že směrnice *vytváří vysokou společnou úroveň ochrany spotřebitele*. Vysoká *společná* úroveň ochrany nemusí být ovšem vyšší než ta úroveň, která již dříve byla dosahována v některých státech společenství.

Ochraně spotřebitele je pak přiznávána jen relativní hodnota v článku 1 směrnice, kde se uvádí, že *účelem této směrnice je přispět k řádnému fungování vnitřního trhu a dosáhnout vysoké úrovně ochrany spotřebitele sblížením právních a správních předpisů týkajících se nekalých obchodních praktik, které poškozují ekonomické zájmy spotřebitelů*. Jsou zde vyjádřeny dvě základní hodnoty (dva účely), o něž směrnice usiluje (hladké fungování vnitřního trhu a ochrana spotřebitele). Takové hodnoty nejsou zdaleka vždy souladné (kompatibilní), jejich vztah bývá mnohdy konkurenční a musí být mezi nimi hledána vyváženost. Hladké fungování vnitřního trhu uvádí směrnice na prvním místě a naznačuje tak hierarchii hodnot, která byla Evropskému společenství vlastní od samých jeho počátků, jak se o tom zmíním v následujících řádcích.

MODEL EVROPSKÉHO SPOTŘEBITELE V ROZHODOVACÍ PRAXI A VE SMĚRNICI

Evropská společenství si původně nestanovila ochranu spotřebitelů za jeden ze svých přednostních, výslovně deklarovaných cílů. Spotřebitel měl být příjemcem („beneficiářem“) výhod, plynoucích z procesu evropské ekonomické integrace, z vytváření vnitřního trhu, z odstraňování překážek

pro volný pohyb zboží a služeb. Pokud pak národní právní pravidla pro reklamu a další marketingové praktiky, pro označování zboží, pro ochranu zdraví, veřejného pořádku, mravnosti apod. nebyla jednotná, mohlo to vést samo o sobě k překážkám volného pohybu zboží a služeb a tím i k diskriminaci některých evropských spotřebitelů. Zmíněná pravidla mohla být i vědomě zneužívána k tomu, aby se vytvářely překážky pro volné fungování vnitřního trhu. K diskriminačním účelům mohla sloužit i rozdílná interpretace těchto pravidel a také rozdílné „národní nároky“ na míru spotřebitelovy pozornosti, obezřetnosti, informovanosti.

Podobné diskriminační tendence (a překážky volného pohybu zboží a služeb s tím spojené) se snažil překonávat Evropský soudní dvůr (dále jen „ESD“ event. při citaci směrnice „Soudní dvůr“). Příležitosti k rozhodování mu poskytovali vytrvalí jedinci, kteří bránili svá práva prostřednictvím soudů a byli ochotni i v bagatelních sporech dlouhodobě prosazovat svou představu o volném pohybu zboží, často proti soudním a správním orgánům svého státu.¹²⁷ Postupně však praxe ESD přispěla k tomu, že byl vytvářen nový, jednodušší model evropského spotřebitele, jenž měl nahradit dosavadní různá národní pojetí.¹²⁸ Šlo o tak zvaný normativní model evropského spotřebitele, který má přiměřené množství informací a je v rozumné míře pozorný, obezřetný.

Normativní model evropského spotřebitele vychází z toho, jak by se spotřebitel chovat měl, oproti dosavadnímu modelu empirickému, který se snažil postihnout skutečné spotřebitelské chování. Nové pojetí spotřebitele zjednodušilo dokazování ve sporech z nekalé soutěže (omezilo důkazy, jež byly založeny na sociologickém dotazování spotřebitelů), nezvýšilo však intenzitu jejich ochrany. Někdy vedlo k důsledkům spíše

¹²⁷ Viz RAKOVSKÝ, A. Evropské společenství a nepřímá ochrana spotřebitele. *Právní rozhledy; příloha: Evropské právo*. 2003, č. 1, s. 3 a n. a judikáty Evropského soudního dvora tam uvedené.

¹²⁸ Například v Německu, Rakousku, Švýcarsku byl spotřebitel považován za málo opatrného a prozíravého a někdy byl charakterizován jako svého druhu „homunkulus v pásnu intelektuálního podprůměru“; v zemích latinské kultury, jako je Španělsko a Itálie soudy vycházely z toho, že jejich krajan je starostlivý „pater familias“, který tak snadno neotevírá svou peněženku. K tomu viz SCHRICKER, G. Deregulierung im Recht des unlauteren Wettbewerbs. *GRUR International*, 1994, č. 7, s. 586 a n.

opačným – umožnilo uplatněné spotřebitelské nároky zamítnout s odůvodněním, že spotřebitel měl být pozornější, obezřetnější, vyspělejší.

Směrnice 2005/29/ES v zásadě převzala normativní model spotřebitele. V bodě 18 důvodů směrnice se k tomu uvádí: *Je vhodné chránit před nekalými obchodními praktikami všechny spotřebitele; nicméně Soudní dvůr ...shledal nezbytným posuzovat vliv na pomyslného běžného spotřebitele. Tato směrnice, v souladu se zásadou proporcionality a pro zajištění účinné ochrany v ní obsažené, vychází z pojmu průměrného spotřebitele¹²⁹, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory, jak je vykládán Soudním dvorem; tato směrnice však obsahuje také ustanovení, jejichž účelem je předcházet zneužívání spotřebitelů, kteří jsou svým charakterem obzvláště zranitelní nekalými obchodními praktikami. Zaměřuje-li se určitá obchodní praktika na určitou skupinu spotřebitelů, jako jsou například děti, je žádoucí, aby se dopad takové obchodní praktiky hodnotil z pohledu průměrného člena dané skupiny...Pojem průměrného spotřebitele není statistickým pojmem. Pro stanovení typické reakce průměrného spotřebitele v daném případě budou muset vnitrostátní soudy a orgány vycházet z vlastního úsudku, s přihlédnutím k judikatuře Soudního dvora.*

Z citovaného textu je zřejmé, že stupeň ochrany spotřebitelů bude do značné míry záviset na tom, co soudy a jiné orgány budou pokládat za typickou reakci průměrného spotřebitele. Platí to tím spíše, že směrnice počítá zejména s vlastním úsudkem vnitrostátních soudů a činí to tónem značně autoritativním (*budou muset*). Dost se tak relativizuje jeden ze zmíněných účelů směrnice – dosáhnout vysokou *společnou* úroveň ochrany spotřebitele. Až další vývoj judikatury ukáže, za jak informovaného, pozorného, ostražitého budou vnitrostátní soudy pokládat své krajany. Zatím se nezdá, že právě uvedené pojetí průměrného spotřebitele by významně zvyšovalo obecnější ochranu spotřebitelů. Pro rozhodující orgány může být dokonce jednodušší rozhodnout, že pomyslný průměrný spotřebitel se ne-

¹²⁹ Ze dvou pojmů, jimiž směrnice označuje spotřebitele („běžný“, „průměrný“) pokládám za vhodnější slovo „běžný“. Pak by směrnice nemusela ve svém bodu 18 uvádět, čím pojem průměrného spotřebitele není (*statistickým pojmem*), aniž o něm obecněji sdělila, čím je; dobře by vystačila s pojmem „běžný spotřebitel“, kterého by mohla odlišit od některých skupin spotřebitelů nikoliv běžných.

mohl dát mýlit použitou obchodní praktikou, a žalobu pro nekalost zamítnout. V každém případě se dobře uplatní tradiční bonmot z práva proti nekalé soutěži, jen nepatrně obměněný: *Nekalou praktikou je to, co soud nebo správní orgán příslušného stupně za nekalou obchodní praktiku považuje.*

V dosavadní rozhodovací praxi byla jen výjimečně řešena ochrana některých specifických skupin spotřebitelů. Směrnice na ni pamatuje v bodu 18 svých důvodů (tam výslovně zmíněné děti), podrobněji pak v bodu 19 důvodů a zejména ve svém článku 5 odst. 3 (v generální klauzuli proti nekalým obchodním praktikám), kde je uvedeno: *Obchodní praktiky, jež mohou podstatně narušit ekonomické chování pouze určité jednoznačně vymežitelné skupiny spotřebitelů, kteří jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvlášť zranitelní takovou praktikou nebo produktem, který propaguje, způsobem, který může obchodník rozumně očekávat, se hodnotí z pohledu průměrného člena dané skupiny. Tím nejsou dotčeny běžné a oprávněné reklamní praktiky zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně.*

Dopad této úpravy bude záležet na výkladu některých nepřilíš určitých pojmů (jednoznačně vymežitelná skupina spotřebitelů, kteří z důvodů duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti jsou obchodní praktikou zvlášť zranitelní). Za velmi problematické lze považovat kritérium „zvláštní zranitelnosti z důvodu důvěřivosti“. Není také zřejmé, zda i *rozumná očekávání obchodníka* budou vnitrostátní soudy a jiné orgány posuzovat v závislosti na jeho národnosti, nebo zde se dospěje k *společnému evropskému standardu obchodníkových rozumných očekávání* (k tomu viz též níže o institutu náležité profesionální péče).

Ochranu specifických skupin spotřebitelů může zvlášť oslabovat poslední věta v již citovaném článku 5 odst. 3 směrnice, kde se upravuje – z hlediska systematického zařazení nevhodně – institut tak zvaného *obvyklého reklamního přehánění*. Ten totiž přichází v úvahu u všech reklamních praktik; ve vztahu k některým skupinám spotřebitelů (dětí, osoby trpící duševní slabostí) se s ním však musí zacházet značně rezervovaně.

KE GENERÁLNÍ KLAUZULI PROTI NEKALÝM OBCHODNÍM PRAKTIKÁM

Směrnice 2005/29/ES přináší v článku 5 i změnu v dosavadním středoevropsky běžném způsobu, jakým byly formulovány generální klauzule proti nekalé soutěži. Jde o změnu opticky velmi zřetelnou, obsahově však méně významnou. Podobně jako v § 44 odst. 1 ObchZ je zde obsažen obecný zákaz nekalých obchodních praktik (čl. 5 odst. 1 směrnice). Za *nekalou* je pak v článku 5 odst. 2 směrnice označena *obchodní praktika, pokud*

a) *je v rozporu s požadavky náležité profesionální péče*

a

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

Následuje pak již výše citovaný odst. 3 článku 5, který se vztahuje na zvláštní skupiny spotřebitelů.

Očividná novinka, jakou přináší směrnice a její generální klauzule, spočívá v tom, že dosud běžná formulace „rozpor s dobrými mravy resp. dobrými mravy hospodářské soutěže“ byla nahrazena výrazem „rozpor s požadavky náležité profesionální péče“. Rozdíl mezi oběma formulacemi (nebo snad instituty) se nám bude okamžitě jevit jako méně výrazný, pokud vezmeme v úvahu i *definici náležité profesionální péče*. Ta je vymezena v článku 2 písm. h) směrnice jako „úroveň zvláštních dovedností a péče, kterou lze od odborníka ve vztahu k spotřebiteli rozumně očekávat a která odpovídá poctivým obchodním praktikám nebo obecným zásadám dobré víry v oblasti obchodníkovy činnosti“. Neurčité pojmy v tomto vymezení (zvláštní dovednosti a péče, rozumná očekávání) i pojmy spojované s etickým hodnocením (poctivost, dobrá víra v oblasti obchodníkovy činnosti) naznačují opět, že v rozhodovací praxi bude konec konců významnější interpretace tohoto textu než text sám. Výsledný výklad se pak nemusí příliš odlišovat od způsobu, jakým byly v českém právu dosud interpretovány „dobré mravy hospodářské soutěže“. Zároveň může obstát leccos z dosa-

vadní judikatury, jež dobré mravy hospodářské soutěže vykládá spíše jako měřítko funkčnosti soutěže nikoliv jako kritérium její obecněji chápané etičnosti.

Z obou podmínek, které musí být společně dány, aby se uplatnila kvalifikace „nekalá obchodní praktika“, skutečnou obsahovou novinku přináší podmínka uvedená v článku 5 odst. 2 písm. b) směrnice. Podle ní **znak nekalosti obchodní praktiky je naplněn (mimo již uvedené další podmínky) až tehdy, když tato praktika podstatně narušuje nebo je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele, který je jejím působení vystaven nebo kterému je určena, nebo průměrného člena specifické skupiny spotřebitelů. Slovo podstatně je neurčitý pojem „par excellence“ a opět bude vše záležet na jeho obecnější interpretaci a také na jeho výkladu v jednotlivých případech.** Lze pak dospět k závěru, že v případech, které by měly být posuzovány pouze podle generální klauzule proti nekalým obchodním praktikám (nedopadá na ně ani speciální úprava klamavých a agresivních jednání, ani tzv. „černá listina“ – k tomu viz dále) je stanovena nižší míra ochrany spotřebitelů než tomu bylo v právní situaci předchozí; v té se totiž nekladl požadavek (podmínka soutěžní nekalosti), aby spotřebitelovo chování bylo narušeno *podstatně*, byť i k takovému výkladu se dalo na základě dřívějších úprav dospět.

KE KLAMAVÝM A AGRESIVNÍM OBCHODNÍM PRAKTIKÁM

Podmínka podstatného narušení spotřebitelova chování je modifikována ve zvláštních skutkových podstatách směrnice 2005/29/ES, jež jsou upraveny v jejím článku 6 (klamavá jednání), článku 7 (klamavá opomenutí) a článku 8 a 9 agresivní obchodní praktiky).

Podle článku 6 odst. 1 „*obchodní praktika je pokládána za klamavou, pokud obsahuje nesprávné informace, a je tedy nepravdivá, nebo pokud jakýmkoliv způsobem, včetně svého celkového předvedení, uvádí nebo je schopná uvést průměrného spotřebitele v omyl ve vztahu k jednomu nebo k více z níže uvedených bodů, i když informace jsou věcně správné, což v obou případech vede nebo může vést k rozhodnutí spotřebitele, které by jinak neučinil.*“ Použitá formulace působí příliš přísně, když se zdá zapoví-

dat jakoukoliv nepravdivou informaci (a tím v podstatě i obvyklé reklamní přehánění). Jde rovněž o formulaci málo určitou, když operuje s *jakýmkoliv způsobem*, jímž by spotřebitel mohl být uveden v omyl. Její přísnost změkčuje další kritérium nezbytné pro kvalifikaci klamavá obchodní praktika, podle něhož klamavost je dána u takové obchodníkovy *informace, která vede nebo může vést k rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci, které by jinak neučinil*. Taková sonda do hlubin spotřebitelova myšlení bude ovšem obtížná tím spíše, že podle běžně přijímaných názorů nákupní (i jiná) rozhodnutí jsou určována do značné míry limbickým systémem v mozku. Málokdy proto bývají zcela racionální, nehledě na způsob jejich vnějšího ovlivnění. Nabízí se tu další ironický postřeh, podle kterého advokát, když připravuje žalobu z nekalé soutěže, si musí myslet, co si bude myslet soudce, že si myslel spotřebitel.

Neurčitost výrazu „*jakýmkoliv způsobem*“ z úvodní části článku 6 směrnice 2005/29/ES je pak korigována (možná až příliš a zbytečně) taxativním výčtem okolností, jichž se obchodníková klamavá informace může týkat.

Nesporným přínosem směrnice (a svým způsobem zpřísněním ochrany spotřebitelů) je poměrně podrobná regulace klamavých opomenutí, která byla až dosud opomíjena v českém psaném právu. Podle článku 7 odst. 1 směrnice *obchodní praktika je považována za klamavou, pokud ve svých věcných souvislostech a s přihlédnutím ke všem jejím rysům, okolnostem a omezením sdělovacího prostředku opomene uvést závažné informace, které v dané souvislosti průměrný spotřebitel potřebuje pro rozhodnutí o obchodní transakci, čímž způsobí nebo může způsobit, že průměrný spotřebitel učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil*. Předmětem soudcovského či správního uvážení bude závažnost (či malá významnost) opomenuté informace (viz však opět taxativní výčet informací, které se považují za závažné v článku 7 odst 4 směrnice). Rozhodující orgán bude opět muset provozovat jakási „retrospektivní procektivní“ a určovat, jaký vliv na spotřebitelovo rozhodnutí by byla bývala měla určitá informace, kdyby bylo bývalo nedošlo k jejímu opomenutí.

Podle odst. 2 článku 7 směrnice se za klamavé opomenutí považuje počínání obchodníka, který *závažné informace zatají nebo poskytne nejasným, nesrozumitelným nebo dvojnásobným způsobem nebo v nevhodný čas*, což může opět vést k zmíněnému vlivu na spotřebitelovo rozhodnutí. Jde

o úpravu instruktivní a umožňující přísnější přístup k obchodníkově profesionální péči; k obdobným požadavkům ovšem již dospívala dřívější rozhodovací praxe.

Dostí nová je naopak úprava v článku 7 odst. 3 směrnice, kde stanoveno: *Pokud sdělovací prostředek, jímž se obchodní praktika šíří, klade omezení na prostor a čas je třeba při rozhodování o tom, zda došlo k opomenutí informací, vzít v úvahu tato omezení i veškerá opatření, která obchodník přijal k zajištění přístupu spotřebitelů k informacím jinými prostředky.* Na základě takové úpravy mohou být snižovány nároky na úplnost obchodníkových informací (zvláště to platí pro reklamu televizní a na billboardech), doplňková aktivita v získávání informací se očekává od spotřebitele. Ve svých důsledcích to snadno vede ke snížení spotřebitelovy ochrany.

Svého druhu novinku přináší směrnice i v úpravě agresivních praktik, které v dosavadním právu proti nekalé soutěži bývaly posuzovány podle generální klauzule proti nekalé soutěži. Podle článku 8 směrnice *obchodní praktika je považována za agresivní, pokud ve svých věcných souvislostech a s přihlédnutím ke všem jejím rysům a okolnostem obtěžováním, donucováním včetně použití fyzické síly nebo nepatřičným ovlivňováním výrazně zhoršuje nebo může výrazně zhoršit svobodnou volbu nebo chování průměrného spotřebitele ve vztahu k produktu, čímž způsobí nebo může způsobit, že spotřebitel učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil.* Neurčité pojmy (obtěžování, donucování a nepatřičné ovlivňování) poněkud konkretizuje článek 9 směrnice. Ten ve svém výčtu (znovu zbytečně taxativním) uvádí, jaké okolnosti se berou v úvahu, když se hodnotí zmíněné projevy agresivního jednání. Z těchto okolností zmiňme jen jednu, dosti běžnou, kterou článek 9 písm c) vyjadřuje tímto následujícím textem, v češtině zvláště kostrbatým. Jde o *vědomé využití obchodníkem jakéhokoli konkrétního neštěstí nebo takových závažných okolností, které vedou ke zhoršení úsudku spotřebitele, k ovlivnění rozhodnutí spotřebitele ve vztahu k produktu.*

Takové i jiné počínání však naplňuje znaky právně zapovězené agresivní praktiky (nepatřičného ovlivňování) pouze tehdy, když *výrazně zhoršuje nebo může výrazně zhoršit svobodnou volbu nebo chování průměrného spotřebitele.* Často pak bude velmi sporným, co ještě není a co již je výraz-

ným zhoršení spotřebitelovy volby (a jak se výrazné zhoršení spotřebitelovy volby liší od podstatného ovlivnění této volby) a co konec konců bylo rozhodným pro spotřebitelovo rozhodnutí. Mnohdy nejsnadnějším a v první rozhodovací instanci nejrychlejším bude rozhodnutí zamítavé, v jehož důvodech se konstatuje, že obchodníkově agresivní počínání sice ovlivnilo svobodu spotřebitelovy volby nikoliv však výrazně.

Úprava klamavých i agresivních praktik, pro kterou směrnice používá již zdůrazněné formulace (závažná opomenutí, výrazné zhoršení) by snadno mohla vést k závažnějšímu oslabení dosavadní ochrany spotřebitelů. Objevují se proto doporučení, aby práh nevýznamnosti, nezávažnosti těchto obchodních praktik (uplatnění pravidla „de minimis“ v soukromoprávní větvi soutěžního práva) nebyl nastaven příliš vysoko.¹³⁰

PŘEHLED PRAKTIK „PER SE“ ZAKÁZANÝCH

O zvýšený stupeň společné ochrany evropských spotřebitelů usiluje zejména příloha č. I. ke směrnici označovaná též (a také dále) jako „černá listina“. Generální klauzule proti nekalým obchodním praktikám ve článku 5 odst. 5 směrnice o ní praví: *V příloze I je uveden výčet obchodních praktik, které jsou považovány za nekalé za všech okolností. Tento jednotný výčet platí ve všech členských státech a může být změněn pouze revizí této směrnice.* Prakticky to znamená, že na výčet 23 klamavých praktik a 8 praktik agresivních se neuplatní obecnější kritéria nekalosti, uvedená v článcích 5 až 9 směrnice s jejich zmíněnými „změkčovacími“ prvky. V řadě členských států nejde o novou přísnost – jednání uvedená v černé listině již zde byla dlouhodobě součástí tzv. „soudcovských skutkových podstat“ nekalé soutěže, tak jak byly vytvořeny judikaturou.¹³¹ V nových přístupových zemích (včetně země naší) má černá listina nepochybně instruktivní význam zvláště pro praxi správních orgánů, i když některé dnes „per se“ zakázané praktiky již byly správními orgány a soudy postihovány.

¹³⁰ Tak přední rakouský odborník Hans-Georg Koppensteiner na semináři „Soutěžní právo: novely a reformy 2008/2009“, pořádaném Institutem pro podnikové a hospodářské právo z Právnické fakulty Univerzity ve Vídni koncem listopadu 2008.

¹³¹ Ne tak zcela žertem se uvádí, že černá listina ve směrnici vydatně opisovala z rozhodovací praxe německé potažmo rakouské.

Na druhé straně je zbytečná obava¹³², že „černá listina“ je velmi detailní (a poměrně podrobná je i úprava klamavých i agresivních obchodních praktik) a proto nebude ve věci nekalých obchodních praktik vůči spotřebitelům vlastně co rozhodovat. „Černá listina“ i ostatní text směrnice jsou psány přirozeným jazykem, což poskytuje možnost různých výkladů.¹³³ Lidská kreativita si vždy najde příležitost, jak i „per se“ zákazy a podrobnější úpravy klamavých i agresivních praktik obházet. Pak bude přicházet v úvahu tak zvaná „induktivní metoda rozhodování“ – jestliže nebude možné aplikovat ani černou listinu (jako výjimečné opatření musí být vykládána restriktivně) ani úpravu klamavých či agresivních praktik, přijde v úvahu aplikace generální klauzule v článku 5 odst. 1–3 směrnice. Pak se ovšem bude muset posuzovat, zda sporná praktika *podstatně narušuje nebo je schopna podstatně narušit ekonomické chování průměrné spotřebitele nebo průměrné člena zvlášť vymezené skupiny spotřebitelů*. Takové posuzování na základě textu (a možná i účelu směrnice) by ovšem v řadě případů vedlo k oslabení ochrany spotřebitele alespoň v některých členských státech.

ČÁSTEČNÉ OSLABENÍ OCHRANY SPOTŘEBITELŮ – NEDOSTATEK NEBO PŘEDNOST SMĚRNICE?

Z dosavadního textu této kapitoly (a příležitostného ironického tónu) by čtenář mohl nabýt dojem, že směrnici a její text kritizuji za to, co jsem v mezititulku označil za částečné oslabení ochrany spotřebitelů. Není tomu tak. Již předem jsem naznačil, že ochrana spotřebitelů není jediným (a možná ne ani prioritním) účelem směrnice. Jestliže směrnice hodlá sloužit i volnému pohybu zboží a služeb na vnitřním trhu společenství, jestliže má

¹³² I ona zazněla na semináři zmíněném v pozn. 130.

¹³³ Autor se setkal s případem, v němž obchodník byl konfrontován se zákazem podle bodu 20 černé listiny, kde je zapovězen *popis produktu slovy „gratis“, „zdarma“, „bezplatně“ a podobnými, pokud musí spotřebitel zaplatit jakémkoliv jiné náklady, než jen nevyhnutelné náklady spojené s reakcí na obchodní praktiku a s vyzvednutím nebo doručením věci*. Obchodník doporučoval proto svoji nabídku pomocí slova (marketingově také nosného) „ušetříte“, jež nelze chápat jako ekvivalent slova „zadarmo“, neboť naznačuje, že něco se platit bude.

usnadnit jednotné pojetí reklam a jiných marketingových opatření, musí tomu být obětováno i něco z ideálních představ o ochraně spotřebitele.

Navíc spotřebitel není bytost takřkajíc „jednodimenzionální“. Jeho zájmy jako konzumenta (ideálně chápáno by měl být chráněn proti jakékoliv manipulaci ze strany obchodníků) se snadno dostávají do rozporu s jeho zájmy jako zaměstnance a účastníka výrobního procesu (ten je významně zainteresován na tom, aby si lidé kupovali věci i služby, jež nejsou – objektivněji posuzováno – pro ně zdaleka nezbytné, a činili tak za obchodních podmínek, které jsou ochotni akceptovat).¹³⁴

To, co může být za určitých okolností považováno za nedostatek směrnice, lze z jiného hlediska chápat jako její přednost. Nabízí totiž řadu příležitostí k obsahové expanzi svého textu, k takové podobě jeho interpretace, která odpovídá současnému „ekonomickému počasí“. Častěji mnou zmiňovaná vágnost určitých formulací ve směrnici dovoluje výkladové změny, aniž by bylo zapotřebí upravovat samotnou normativní úpravu. Nemusí se ovšem jednat o změny jednostranné; například při posuzování reklam a jiných obchodních praktik v oblasti spotřebitelských úvěrů by bylo účelné „přitvrdit“. Skutečnost, že právo proti nekalé soutěži (a zejména jeho generální klauzule) umožňuje v tom či onom směru pružněji reagovat na vývoj tržní situace, byla vždy pokládána za přednost této úpravy. Směrnice nám v takové pružnosti nebrání, když výrazně počítá s uvážením rozhodovacích orgánů v jednotlivých státech společenství. Současný stav světového i našeho hospodářství nás nabádá k takové flexibilitě, při níž by se zároveň mělo usilovat o aktuálně nové právní jistoty.

¹³⁴ Heslovitě to vyjadřuje jeden z léků na současnou nastávající hospodářskou krizi, totiž výzva: Utrácejte, utrácejte, utrácejte. Sofistikovanější myšlenku obsahuje doktorská práce Josefa Šilhána z právnické fakulty MU „Dominantní postavení na trhu a jeho zneužití cenovými praktikami“, kde se na str. 20 píše: ...v případě snahy o maximalizaci úzce chápaného „spotřebitelského blahobytu“ jde o jistý kontradiktorní koncept. Pokud je totiž spotřebitelský blahobyt chápán nikoliv jako svoboda nakoupit statky, které spotřebitel chce, za ceny, které je svobodně ochoten zaplatit, ale jako státem kontrolovaná maximalizace alokační efektivity, pak... musíme připomenout i dvojsečnost jakékoliv takovéto snahy. Tlak na nízké ceny je zároveň tlakem na snižování výrobních nákladů, což vytváří enormní tlak na nízké mzdy (případně propouštění) i nízké renty jiného kapitálu (úroky 01%, nájmy apod.) Je nutno si tedy uvědomit, že spotřebitelé jsou zároveň nositeli různých forem kapitálu... .

KOMUNITÁRNÍ A ČESKÉ PRÁVO PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

(Vybrané kapitoly)

Prof. JUDr. Petr Hajn, DrSc.

Vydala Masarykova univerzita roku 2010

Spisy Právnické fakulty MU č. 362

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, V. Kratochvíl,
N. Rozehnalová, P. Mrkývka, J. Hurdík, R. Polčák, J. Šabata

Tisk: Tribun EU s.r.o., Gorkého 41, Brno

1. vydání, 2010

Náklad 200 výtisků

ISBN 978-80-210-5051-8