

Nekalá soutěž a ochrana spotřebitele

1. Úvod

Ustanovení obchodního zákoníku o nekalé soutěži (§§ 44-54) nabízejí alternativní způsob ochrany práv spotřebitele. Oproti zákonu o ochraně spotřebitele (ZOS), který spotřebitelům poskytuje v první řadě ochranu veřejnoprávní, je ochrana před nekalou soutěží postavena na soukromoprávním základu. Obchodní zákoník aktivně legitimuje spotřebitele i právnické osoby oprávněné hájit jejich zájmy k podání žaloby proti rušiteli hospodářské soutěže.

Ochrana spotřebitele proti nekalé soutěži se soustředí na ochranu před různými formami klamání a nepřiměřeného nátlaku nebo obtěžování kupujícího. Konkurence s ustanoveními ZOS je přitom vyloučena §8(5) ZOS, ale také rozdílnou povahou obou předpisů. Podstatnou otázkou je, proč a kdy může mít pro spotřebitele význam postupovat dle ObchZ.

Rozdíl oproti veřejnoprávní ochraně spočívá především v tom, čeho se spotřebitel může domáhat. Žalobou proti nekalosoutěžnímu jednání to může být mimo zdržení se protiprávního jednání i odstranění závadného stavu, náhrady škody, přiměřeného zadostiučinění a vrácení bezdůvodného obohacení. Právnické osoby oprávněné hájit zájmy spotřebitelů se však mohou domáhat pouze zdržení se protiprávního jednání a odstranění závadného stavu.

Dále přichází v úvahu žalovat dle ustanovení o nekalé soutěži v případě, že spotřebiteli nekalou soutěží byla způsobena nebo alespoň hrozí újma a danému jednání se není možné bránit veřejnoprávní úpravou ochrany spotřebitele. Jednak to může nastat z důvodu, že orgány pověřené dozorem nad ochranou spotřebitele své kompetence odmítají nebo zkrátka v případech, kdy se ZOS na dané jednání nevztahuje. Většina skutkových podstat, které nekalá soutěž pokrývá, však spadá i pod režim ZOS. Vzhledem k tomu, že ustanovení o nekalé soutěži pojímá danou problematiku z perspektivy ochrany hospodářské soutěže a nikoliv z hlediska ochrany oprávněných zájmů spotřebitele, tyto případy nastávají, jmenovitě ohledně nepřiměřeného nátlaku na spotřebitele, příp. jeho obtěžování, které omezuje jeho smluvní volnost.

Před další výklad je třeba vytknout, že judikatura týkající se využití ustanovení o nekalé soutěži spotřebiteli, resp. organizacemi hájícími jejich zájmy, je pohříchu velmi omezená, ačkoliv ustanovení upravující nekalou soutěž jsou a musí být velmi abstraktní ,

jejichž význam musí být dotvářen soudcovskou praxí.

2. Nekalá soutěž obecně

Základní ustanovení upravující nekalou soutěž je § 44 ObchZ. Jedná se o tzv. generální klauzuli, což je souhrn obecných podmínek, které musí být vždy splněny, aby určité jednání mohlo být zařazeno pod některou z konkrétních skutkových podstat nekalé soutěže. Není však nutné, aby konkretizovaná skutková podstata existovala. Postačí, aby určité jednání naplňovalo znaky generální klauzule a bude se jednat o jednání nekalosoutěžní, tedy zakázané. Odpovědnost za nekalosoutěžní jednání je vždy objektivní, tedy zavinění či úmysl škůdce nehraje roli. Taktéž stačí pouhé ohrožení hospodářské soutěže, její skutečné narušení není podmínkou.

Generální klauzule stanovuje tři podmínky nekalosoutěžního jednání. Jsou jimi **jednání v hospodářské soutěži, rozpor s dobrými mravy hospodářské soutěže a způsobená nebo hrozící újma soutěžitelům či spotřebitelům.**

2.1. Jednání v hospodářské soutěži

Formulace této podmínky umožňuje poměrně extenzivní výklad. Obecně se vztahuje na jakákoliv jednání, která mohou mít **nepříznivý vliv na hospodářskou soutěž**. Nemusí jít o jednání výlučně v hospodářském či obchodním styku, nicméně musí jít o jednání, jímž **jednající prosazují své vlastní hospodářské zájmy** a účelem či skutečným následkem jejich jednání je získání výhody v soutěži, ať už vlastní nebo cizí. Výhoda v soutěži nemusí být realizována ve formě přímého zisku, může se jednat např. i o poškozování jiných soutěžitelů cenovým podbízením nebo klamavou reklamou, na kterou škůdce vynaložil značné finanční prostředky atp. Výhodou v soutěži se rozumí zlepšení vlastních šancí na získání zákazníku na úkor jiných soutěžitelů, v konečném důsledku vytlačení těchto soutěžitelů z jejich pozice na trhu.

S ohledem na výše uvedené půjde o nekalosoutěžní jednání (takové, které může způsobit újmu spotřebitelům) tehdy, když jednání škůdce, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže, může způsobit, že spotřebitelé či odběratelé upřednostní jednoho soutěžitele, k jehož prospěchu bylo jednáno, před jinými, případně nevstoupí do žádného obchodního vztahu, ač by se v případě absence nekalosoutěžního jednání rozhodli jinak. Slovy směrnice 2005/29/ES o nekalých praktikách jde o takové jednání, *které podstatně narušuje nebo je schopno podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele, který je jeho působení vystaven nebo kterému je určen, nebo průměrného*

člena skupiny, pokud se obchodní praktika zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů, ve vztahu k danému produktu.

Předpokladem jednání v hospodářské soutěži je **existence soutěžního vztahu, který může být ovlivněn. Není přitom podstatné, zda poškozený a škůdce jsou v tomto vztahu, postačí pokud závadné projevy nastaly v hospodářském soutěžním styku a jejich původce je způsobil za účelem dosažení vlastního hospodářského prospěchu.** Za nekalosoutěžní jednání se tedy např. nedají považovat projevy subjektů, ke kterým nedošlo v soutěžním vztahu a zároveň jednajících nesledoval svým jednáním vlastní hospodářské zájmy, i když fakticky soutěž ovlivnily a dokonce byly v rozporu se zákony. Na druhou stranu nekalosoutěžním jednáním i jednání v rozporu s dobrými mravy hospodářské soutěže, kterého se dopouští subjekt, který se teprve chystá podnikat a vstoupit do soutěžního boje. (srovnej R 3 Cmo 260/97).

Nekalosoutěžního jednání se však na příklad dopouští šířitel klamavé reklamy, který se hospodářské soutěže, jež je reklamou ovlivněna neúčastní. Účinky klamavé reklamy na hospodářské soutěž působí prospěch jejímu zadavateli a ne vydavateli reklamy, který ji šíří, ale ten ji šíří kvůli svému vlastnímu hospodářskému prospěchu realizovaného v podobě odměny od zadavatele reklamy. Oba jsou tudíž za její případné nekalosoutěžní působení vůči poškozeným stejně odpovědní. Zajímavý v tomto směru je názor německé judikatury, zprostředkovaný prof. Hajnem v jeho komentáři, podle kterého lze odvodit odpovědnost tvůrců, vydavatelů a šířitelů reklamy, zkrátka osob podílejících se na nekalosoutěžním jednání, aniž by byli sami účastníky této soutěže, pouze ve výrazných a jasných případech nekalosoutěžního konání.

Naopak, nikdo není odpovědný dle ustanovení o nekalé soutěži, pokud je soutěž narušena např. uveřejněním srovnání výrobků spotřebitelskou organizací, která jednak není v soutěžním vztahu s těmi o nichž podává informace ani nesleduje uveřejněním informací vlastní hospodářský prospěch.

Výše uvedené poněkud zastírá fakt, že nezbytnou podmínkou stále je samotná existence hospodářské soutěže. Hospodářská soutěž se chápe poměrně široce. Neomezuje se pouze na soupeření stejných či obdobných produktů nebo jejich substituentů. Z rozsudku Vrchního soudu v Praze ze dne 19.4.1995, sp. zn. 3 Cmo 328/94, ve kterém uvádí, že "**...Hospodářskou soutěž nelze zúžit pouze na soupeření přímo si konkurujících výrobců či poskytovatelů služeb pravidelně nabízejících ... stejné či obdobné výrobky nebo služby. Je nerozhodné, zda žalovaná je podnikatelkou v jiném oboru než žalovaný.**"

Na rozsah hospodářské soutěže se dá nahlížet pomocí teorie „peněženky“, která spočívá na premise, že spotřebitelé mají určitou kupní sílu, kterou rozloží do všech svých potřeb. Nekalosoutěžní jednání může přimět spotřebitele, aby své omezené prostředky investoval do určitého zboží, ač by jinak svou kupní sílu využil na úplně něco jiného. Takto se dá uvažovat na příklad, že výdaje na spotřebitele na nákup potravin jsou ustálené, ale jejich vnitřní skladba je ovlivnitelná nekalosoutěžním jednáním. V hospodářské soutěži tak budou jednotliví výrobci potravin, i když jeden bude producentem brambor a druhý čokolády. Naopak o poznání hůře by šlo dovodit poškození prodejce automobilů nekalosoutěžním jednáním mlékárny.

2.2 Dobré mravy hospodářské soutěže

Jednání, jímž se obecně soutěžitel snaží získat výhodu v konkurenčním boji na úkor jiných soutěžitelů, není samo o sobě protiprávní. Aby bylo charakterizováno jako nekalosoutěžní, musí být v rozporu s dobrými mravy hospodářské soutěže. ***„Jednání proti dobrým mravům soutěže musí být jednáním určitým. Určité jednání, jež jest samo o sobě bezvadné, může se státi s hlediska dobrých mravů soutěže závadným, bylo-li předsevzato za jistých okolností anebo v určité konstelaci. Nestačí, že si soutěžitel sjednal na újmu ostatních soutěžitelů mezi nimi jakousi soutěžní výhodu, jíž vzniká jistá porucha ve vzájemných stycích a vztazích soutěžitelů. Každý soutěžitel má míti právo na své postavení v soutěžním (konkurenčním) boji podle použitého kapitálu a podle pracovní síly. Lepší soutěžní postavení soutěžitelovo v soutěžním boji nečiní ještě jeho soutěž o sobě nekalou, leč že by své větší soutěžní kapacity zneužíval. Není účelem zákona chrániti soutěžitele v ten způsob, že by některého soutěžitele pro jeho lepší kapacitu jim nepohodlného mohli ze soutěžního boje prostě vyloučiti.“*** (Rozhodnutí n.s.r. 1932 – Rv I. 898/31 č. 11742)

Nelze podat vyčerpávající výklad tohoto pojmu, protože jeho obsahem bude vždy etické posouzení dané konkrétní situace. Pojem dobrých mravů hospodářské soutěže se nekryje s pojmem dobrých mravů dle OZ. Obecně budou dobré mravy představovat „vyšší mravní standard“, než dobré mravy hospodářské soutěže, avšak v určitých situacích může faktická morálka v určitém obchodním odvětví odmítat jednání, jež by dle „společensky uznávaného mínění, které ve vzájemných vztazích mezi lidmi určuje, jaký má být obsah jejich jednání, aby bylo v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti“ (občanskoprávní definice dobrých mravů) bylo v pořádku.

I když je správné nazírat na oba pojmy jako nezávislé, přece jen je nezbytné

konstatovat, že jednání v hospodářské soutěži musí splňovat alespoň určitý minimální standard dobrých mravů (občanské morálky). Realita tržní společnosti nás nutí aprobovat jednání, které, byť by bylo nepřípustné v občanském styku, v rámci obchodního styku se jeví jako „normální“ či „přípustné“. Nicméně toto jednání nesmí být s požadavky dobrých mravů v příkrém rozporu.

Podstatný význam pro výklad dobrých mravů soutěže má faktická morálka daného odvětví. Lze oprávněně očekávat jiné standardy v odvětví, které se soustředí na poskytování služeb či zboží spotřebitelům, než v odvětvích, ve kterých obvykle dochází k velkým transakcím mezi silnými podnikateli. V prvních případech se příkládá větší důležitost významu občanskoprávní definici dobrých mravů (pro jednání, které má přímý dopad na spotřebitele). Ale i mezi odvětvími, kterým je společné plné směřování prodeje do spotřebitelského sektoru, jsou rozdíly v obsahu dobrých mravů soutěže. Svě hraje především odbornost cílových spotřebitelů, a to jak ve vztahu ke zboží, tak k obchodu s ním. Důležitou roli hrají obchodní zvyklosti, ty však není možné ztotožňovat s dobrými mravy soutěže, protože ustálenost a uznávanost praxe nevyklučuje její nemravnost.

Rozpor s dobrými mravy představuje faktický skutkový základ nekalosoutěžního jednání. Obsah ostatních podmínek § 44 ObchZ je jasný, skutečné posouzení, které je v podstatě přirozeně právního charakteru, zda jde o nekalou soutěž, se soustředí na výklad dobrých mravů soutěže. Jejich pojem je nutné chápat v souvislosti s jejich percepcí obecnou veřejností i soutěžiteli a v souvislosti se všemi faktickými okolnostmi případu. Konkrétní skutkové podstaty nekalé soutěže nejsou nic než zákonným upřesněním výkladu dobrých mravů soutěže, upřesněním jejich působení rozšiřujícím a zpřesňujícím.

Pro posouzení rozporu daného jednání s dobrými mravy soutěže není rozhodné, zda bylo toto jednání v rozporu s ustanoveními jiných právních předpisů. K tomu rozsudek Vrchního soudu v Praze, 3 Cmo 253/97, ve kterém je konstatováno: „ *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 kontrolní mechanismy a prostředky k nápravě včetně sankcí, směřujících k porušovateli těchto předpisů.*“ Nekalosoutěžní jednání nespočívá v samotném porušení právních předpisů, nýbrž v tom, že toto porušení je prostředkem k získání soutěžní výhody, jež by jinak nenastala. Teprve tehdy jde o jednání proti dobrým mravům hospodářské soutěže, tedy proti pojmu poměrně úzce

vymezenému. Porušení předpisů, které upravují povinné schválování výrobků státní orgány, je i nekalosoutěžním jednáním, protože tím získává rušitel oproti ostatním soutěžitelům, kteří vynakládají čas a prostředky na schválení výrobků, výhodu v konkurenčním boji. Naopak nedodržování právních předpisů upravujících reklamace vadného zboží není v rozporu s dobrými mravy soutěže, protože se takové jednání vlastního boje o zákazníka netýká.

2.3 Újma spotřebiteli

Způsobilst nekalosoutěžního jednání přivodit újmu soutěžitelům nebo spotřebitelům je jeho poslední zákonnou podmínkou. Předpokladem žaloby je porušení či ohrožení vlastních práv, případně práv subjektů, jejichž zájmy jsou zastupovány, a proto nemá smysl se v tomto výkladu věnovat otázce újmy soutěžitelů.

Dovození splnění této podmínky by v praxi nemělo činit potíže, nicméně je třeba se vyrovnat s předpokládanou argumentací rušitele soutěže založené na tom, že ve skutečnosti jeho jednání nebylo s to újmu způsobit, protože spotřebitelé se jím ovlivnit nedali. Újmou může být kromě materiální škody i újma immateriální. **Navíc není nutné dokazovat její vznik, postačí prokázat, že její vznik objektivně hrozil.** V případě, že je spotřebitel klamán, je újma mu hrozící je obsažena v samotném klamání. Při klamání se spotřebitel rozhoduje o koupi zboží či služby na základě falešných předpokladů a jejich nesplnění, ať už směřují do materiální nebo immateriální sféry, je pro něj újmu. Jednoduchým příkladem působení immateriální újmy by byla praxe poskytovatele rychlého občerstvení označovat své jídlo za vegetariánské, i když ve skutečnosti by tomu tak nebylo.

Je nesporné, že újma spotřebitelům by mohla vzniknout i v případě, kdyby nekalosoutěžní jednání soutěžitele nebylo namířeno vůči nim, ale vůči ostatním soutěžitelům, jejichž postavení na trhu by bylo vážně ohroženo. K újmě spotřebitelů by došlo např. při omezení nabídky jejich zboží či služeb, jež by byly v podstatných vlastnostech, pro tyto spotřebitele důležitých, odlišné. Nicméně zřejmě by nebylo možné spotřebiteli či organizacemi hájícími jejich zájmy takové jednání žalovat, protože nezbytným předpokladem žaloby je ohrožení práv žalobce. Výklad, že rozmanitost nabídky na trhu je spotřebitelovo právo, je příliš odvážný. Extenzivní výklad není potřeba, protože se dá předpokládat, že při tak výrazné újmě způsobené soutěžitelům by se tito sami bránili a jejich žaloba by pro obnovení soutěže měla větší význam, protože by se mohli domáhat náhrady své škody a přiměřeného zadostiučinění, což by jim umožnilo

obnovit své postavení na trhu.

2.4 Případy nekalosoutěžního jednání spadající pod generální klauzuli

V drtivé většině případů spočívá nekalosoutěžní jednání ve vztahu ke spotřebitelům v nějaké formě jejich oklamání. Tento výklad lze odvodit i z § 8(5) ZOS, který hovoří o vzájemné nezávislosti ustanovení ZOS o klamání spotřebitele a úpravy nekalé soutěže. I když tato nezávislost vyplývá z rozdílné povahy obou předpisů obecně pro všechny možné případy, byla zákonodárcem zdůrazněna právě jen v případě klamání, z čehož se dá usuzovat, že je to dle něj jediná oblast, ve které dochází k překrývání obou předpisů. Vzato z opačného konce, pokud lze uplatnit na vadné jednání škůdce ustanovení ZOS a nejedná se o nějakou formu klamání spotřebitele, nepředpokládá zákonodárce, že by dané jednání bylo postižitelné dle ustanovení o nekalé soutěži. Skutečnost, že jednání porušuje i jiná ustanovení ZOS než § 8, nevylučuje jeho případnou nekalost a aplikaci ustanovení ObchZ. Častým může být klamání spotřebitele spočívající v porušení informační povinnosti dodavatele. (§ 9 ZOS)

Nekalou soutěží lze postihnout takové jednání, které může ovlivnit spotřebitelovo rozhodnutí jestli a s kým uzavřít smlouvu. Kromě klamání to může být způsobeno i nátlakem na spotřebitele, který je v rozporu s dobrými mravy, obtěžováním spotřebitele.

Za nekalosoutěžní jednání schopné způsobit újmu spotřebiteli je možné považovat kromě speciálních skutkových podstat, jimiž jsou klamavá reklama, klamavé označení výrobků a služeb, vyvolání nebezpečí záměny a srovnávací reklama, i nepojmenované skutkové podstaty postižitelné generální klauzulí. Mezi nejtypičtější patří dle Munkové (Právo proti nekalé soutěži - komentář, 2001):

- nesprávné údaje při výprodejích (např. o důvodu výprodeje),
- údaje o dodávkové pohotovosti (prodávající ve své nabídce neuvede, že má k dispozici jen omezený počet nabízených výrobků – srovnej praxi při otvírání hypermarketů),
- různé formy diskriminace a bojkotu jiných soutěžitelů či dodavatelů (různé formy vázání zákazníka),
- nepřiměřené lákání zákazníka (pozvánky na výlety, kde je jim následně nabízeno zboží či služby; předstírání, že zákazník vyhrál v soutěži, ačkoliv se soutěž či loterie nekonala),
- lavina (slibování výhody zákazníkům, pokud získají pro koupi další zákazníky)
- formy skryté reklamy,
- formy získávání spotřebitelů pro nákup zboží či služeb v rozporu s dobrými mravy

(zasílání nevyžádaného zboží či jeho nabídek, osobní návštěvy u spotřebitele - v této souvislosti ESD judikoval, že podomní nabídka vyučování angličtiny ve Francii byla nekalou soutěžní praktikou. Rozhodnutí bylo odůvodněno omezenou možností oslovených zákazníků posoudit nabídku v dané společenské situaci) vynucování uzavření obchodu hrozbami

Mezi nepojmenované skutkové podstaty nekalosoutěžního jednání je nutné zařadit i případy tzv. „klamavých opomenutí“. Těmi je míněno jednání, jehož důsledkem je, že se ke spotřebiteli nedostanou závažné informace, které v dané souvislosti spotřebitel potřebuje pro rozhodnutí o obchodní transakci, což v konečném důsledku může vést k jeho odlišnému rozhodnutí. V závislosti na okolnostech případu a zejména na formě a prostředcích komunikace se zákazníkem může být opomenutím cokoliv od prostého neuvedení informací až k jejich zastírání.

K dalším nepojmenovaným skutkovým podstatám srovnej Přílohu I Směrnice o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům 2005/29/ES. Tato směrnice poskytuje významná interpretační vodítka k ustanovením o nekalé soutěži. Nicméně nebyla dosud přímo do českého práva transponována a její účinnost je datovaná až na prosinec 2007. Česká úprava ochrany spotřebitele nekalé soutěže je v současné podobě poněkud užší v tom smyslu, že směrnice považuje za nekalou praxi i kladení jakýchkoliv neúměrných mimosmluvních překážek, které spotřebiteli brání uplatnit jeho smluvní práva. V logickém rámci české úpravy je takové jednání nekalosoutěžním pouze tehdy, když brání spotřebiteli vypovědět smlouvu či přejít na jiný produkt nebo dodavatele. Tomu odpovídá i rozčlenění nekalých praktik ve směrnici na klamavé a agresivní. Výše uvedený příklad je zařazen do směrnice poněkud nekonceptně a dá se předpokládat, že bude vykládán spíše intenzivně ve vztahu k omezování svobody obchodního rozhodování spotřebitele.

Každopádně současná česká úprava nekalé soutěže nepostihuje všechny nezákonnosti či rozpory s dobrými mravy, ke kterým dochází v již vzniklém vztahu mezi spotřebitelem a dodavatelem, ale pouze ty mající vliv na spotřebitelovo rozhodnutí zda a s kým vstoupit do obchodního vztahu.

3. Konkrétní skutkové podstaty

3.1 Klamavá reklama

Ustanovení o klamavé reklamě (§45 ObchZ), ač svým velmi obecným pojetím může připomínat malou generální klauzuli pro případy klamání, je svou podstatou rozšiřujícím ke

generální klauzuli. Klamavou reklamu v této souvislosti je důležité nezaměnit s reklamou obecně. Např. formy skryté a podprahové reklamy nemusí být klamavé, a tudíž nespádají pod úpravu § 45, nicméně naplňují podmínky generální klauzule.

Pojmové znaky klamavé reklamy vyčtené v § 45 jsou:

- a) údaje o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích nebo výkonech,
- b) klamavost údajů,
- c) šíření údajů,
- d) způsobilost tohoto jednání zjednat jednajícímu prospěch v hospodářské soutěži na úkor jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů.

Definice reklamy dle § 45 je nezávislá na jiných definicích reklamy (např. v Kodexu zásad etické reklamní praxe, zákoně o regulaci reklamy, zákoně o provozování rozhlasového a televizního vysílání) a je velmi široká. Neomezuje se jen na běžné chápání reklamy. Údaje mohou být v podstatě jakékoliv, pokud jsou vztaženy na vlastní či cizí podnik, jeho výrobky nebo výkony. Není podstatné, zda jsou údaje pravdivé, ani kdo je jejich autorem; jednající je objektivně odpovědný za jejich schopnost oklamat spotřebitele.

Nezbytnou podmínkou je šíření údajů. Tu je možné opět vykládat velmi široce. Odst. 2 příkladmo uvádí některé formy šíření - sdělení mluveným nebo psaným slovem, tiskem, vyobrazením, fotografií, rozhlasem, televizí či jiným sdělovacím prostředkem. Pod tento výčet lze zařadit sdělení v jakékoliv formě a jakýmkoliv způsobem, pokud se tak sdělení může dostat ke spotřebiteli.

Z hlediska výkladu je nedůležitější a neproblematičtější podmínkou klamavé reklamy způsobilost údajů vyvolat u spotřebitelů klamnou představu. Jí se naplňuje podmínka rozporu s dobrými mravy soutěže a obecně o ní platí to samé, co bylo výše uvedeno k dobrým mravům soutěže. Reklama obecně může obsahovat nepravdivé, nepravdivé, nedoložené, neúplné, nepřesné, nejasné, dvojsmyslné nebo přehnané údaje a nebude považována za klamavou, pokud její schopnost oklamat spotřebitele nedosáhne určité úrovně. Je ponecháno soudcovského uvážení, jakou laťku klamavosti nastaví. Není v obecném zájmu, aby byla zakázána veškerá sdělení, která teoreticky mohou klamat. Přílišná ochrana slabšího může vést především k tomu, že je ve své slabosti udržován, nerozvíjejí se u něj schopnosti (ani zájem) stát se dospělým a způsobilým starat se sám o sebe, svébytně uplatňovat své zájmy a potřeby. (Hajn, K rozhodovací praxi Evropského soudního dvora).

V této souvislosti bylo soudy uplatňováno několik různých testů klamavosti reklamy.

V zemích německé právní kultury se používal empirický test, kdy se sociologickým výzkumem zjišťovalo, jaké množství spotřebitelů je daným jednáním oklamáno, přičemž postačovalo 5-15% oklamaných.

Evropský soudní dvůr, jehož úkolem je výkladem evropského práva harmonizovat rozdílné národní přístupy, používá při posouzení klamavosti údajů typ modelového spotřebitele, kterému přisuzuje určitý stupeň znalostí, intelektuální vyspělosti a který si všímá různých informačních zdrojů a reklamní sdělení kriticky hodnotí. Klamavý údaj je tedy takový, který je schopen oklamat i spotřebitele, který při rozhodování o koupi přemýšlí. Toto „znormování“ spotřebitele nelze chápat absolutně. Nezbytná míra klamavosti je dále ovlivňována cílovou skupinou spotřebitelů, na kterou se reklama zaměřuje. Je nutné brát v potaz věk spotřebitelů, jejich relevantní vzdělání a intelektuální vyspělost, emoční vazby a také jejich zdraví. Dětství, láska, mateřství jsou hodnoty, které budou zohledněny. Naopak benevolentněji bude posuzována klamavost reklamy propagující např. hudební nástroje určená hudebníkům. Jiná situace by ovšem nastala, kdyby tato reklama byla zaměřena na hudebníkovy příbuzné či blízké, u nichž se již nedá předpokládat určitá odborná úroveň, právě naopak, a u nichž se navíc předpokládá, že jejich rozhodování je ovlivněno citovou vazbou k tomu, pro něhož hudební nástroj pořizují.

Pokud ovšem nejde o klamání účelově zaměřené na konkrétní cílovou skupinu spotřebitelů, je nutné počítat s výše popsáním restriktivním náhledem Evropského soudního dvora. **Pro nastavení latky klamavosti není podstatné, kdo jsou skutečnými spotřebiteli či kupujícími daného zboží či služby, ale pouze a jenom, ke komu je potencionálně klamavá reklama či praktika cílena.** To platí i v případě, že spotřebiteli daného produktu jsou i spotřebitelé starší, méně vzdělaní atp. To lze demonstrovat na případě *Rau* (261/81 *Walter Rau Lebensmittelwerke v. De Smedt Pvba* [1982] ECR 3961), ve kterém ESD prohlásil belgické nařízení, které předepisovalo, že margaríny musí být baleny v obalech ve tvaru krychle, za rozporné s ustanoveními Smlouvy o volném pohybu zboží. Belgický argument, že je jím chráněn spotřebitel před záměnou margarínu s máslem, byl odmítnut na základě toho, že je možné stejného účelu docílit patřičným označením na obalu. Je jisté, že řada starších lidí, kteří špatně vidí, je v takovém případě znevýhodněna, ovšem úkolem ESD je vyvažovat různé zájmy ve Společenství a ochrana spotřebitele nemá v žebříčku obecně uznávaných hodnot rovnocenné postavení s ochranou zdraví či veřejného pořádku, které mohou znamenat výjimku z principů volného pohybu zboží, jakožto faktického základu fungování Společenství.

Taktéž se do posouzení klamavosti promítají vnější okolnosti ovlivňující rozhodnutí

spotřebitele, resp. které mu brání reklamu řádně posoudit. Analogicky se zde dá uplatnit argumentace ESD z výše popsaného případu, který se týkal nabízení výuky angličtiny ve Francii. Vnějšími okolnostmi tak může být například situace na trhu práce, která si vynucuje znalost jazyka (např. příchod zahraničního investora) a mediální státní kampaň zdůrazňující nutnost této znalosti. Jinou a univerzální podstatnou okolností je čas, který má spotřebitel k posouzení reklamy. Pokud například je spotřebiteli v okamžiku placení zboží či služby nabídnuta jiná služba nebo zboží s tím, že nabídka je vázána na původní nákup a může být využita pouze ihned, je třeba její klamavost posuzovat daleko přísněji.

Česká judikatura není v tomto rozvinutá, a tudíž z ní nelze vyvodit představu o českém modelovém spotřebiteli. Určité vodítko mohou představovat rozhodnutí Rady pro reklamu, jejíž rozhodovací praxe je poměrně obsáhlá, ačkoliv pojetí reklamy v Kodexu zásad etické reklamní praxe se od nekalosoutěžního liší. Nicméně z tradičního českého pohledu na odpovědnost, z rozhodnutí Rady pro reklamu i z rozhodovací praxe ESD je na místě předpokládat u modelového spotřebitele spíše vyšší míru odpovědnosti. Přehnaná ochrana spotřebitele (i ze strany organizací oprávněných k jeho ochraně) by byla kontraproduktivní v tomto smyslu, že je průvodním jevem nastolování konzumní společnosti. Fenomén konzumní společnosti je přitom dostatečně prosazován konáním velkých společností a ve svém důsledku zbavuje spotřebitele svobody. Prostředky ochrany spotřebitele by měly sloužit skutečně ochraně před jeho zneužíváním a nikoliv absolutní ochranu spotřebitele jako produktu spotřebitelské kultury. Tento přístup však s sebou přináší riziko diskriminace intelektuálně slabších či méně pozorných skupin spotřebitelů, zejména starších lidí, od kterých nelze oprávněně požadovat stejnou ostražitost a bdělost jako od modelového spotřebitele. Jestliže jsou tito spotřebitelé oklamáváni v souvislosti s nabídkou zboží či služeb, bez kterých se neobejdou, je nutné posuzovat míru klamavosti přísněji. Nicméně v těchto případech se jeví jít cestou soukromoprávní ochrany zájmů spotřebitelů, tedy uplatněním ustanovení o nekalé soutěži, jako ne příliš vhodné, protože logika zákazu nekalé soutěže postavená na dobrých mravech hospodářské soutěže a zařazená do obchodního práva implikuje pojetí spotřebitele jako uvědomělého a bdělého člověka, který se umí o svá práva sám postarat. Z těchto teoretických i výše nastíněných praktických důvodů je danou problematiku lepší řešit cestou veřejnoprávní ochrany.

3.2. Ostatní skutkové podstaty

Z ostatních skutkových podstat jsou pro spotřebitele významné ty, jejichž porušením mu může být způsobena újma. Vzhledem k tomu, že na základě těchto

ostatních skutkových podstat k této újmě může dojít pouze jeho oklamáním, spadá závadné jednání postižené konkrétní skutkovou podstatou i pod definici klamavé reklamy. Konkrétní skutkové podstaty ve vztahu k spotřebiteli představují spíše specifikaci, co se mimo jiné klamavou reklamou rozumí. V tomto smyslu lze skutečně ustanovení o klamavé reklamě považovat za generální klauzuli.

Pro uplatnění spotřebitelem nejvíce připadá v úvahu § 46 o klamavém označení zboží a služeb a § 47 o vyvolání nebezpečí záměny, které ve svém smyslu zpřesňují pojem klamavosti. Podobně jako následující ustanovení jsou poměrně konkrétní a nepřinášejí nové výkladové problémy.

Výjimkou z výše uvedeného je § 47 c), který hovoří o fyzickém napodobení cizích výrobků. Dané jednání by se nedalo podřadit pod ustanovení o klamavé reklamě. Navíc je tu určitá míra klamavosti připuštěna tím, že pokud to vyplývá z povahy výrobku a napodobitel učinil veškerá opatření, aby nebezpečí záměny vyloučil nebo alespoň podstatně omezil, je takové jednání dovolené. Nezáleží tedy, na rozdíl od klamavé reklamy, na schopnosti napodobeniny oklamat spotřebitele, ale na konání napodobitele. Jinými slovy jde o zrelativizování objektivní odpovědnosti původce nekalosoutěžního jednání. K tomu srovnej výše uvedené rozhodnutí ESD v případě *Rau*.

Použití dalších skutkových podstat není přímo vyloučeno, ale z povahy věci vyplývá, že je malá šance, že spotřebitel bude na jejich základě moci dokládat sobě vzniklou újmu.

3.3 § 52 Ohrožování zdraví a životního prostředí

Skutková podstata jednání, které spočívá v tom, že jednající za účelem získání výhody v soutěži zkreslí podmínky hospodářské soutěže tím, že uvede na trh výrobky nebo výkony, jimiž ohrozí zájmy ochrany zdraví a životního prostředí chráněné zákonem, stojí svým účelem mimo běžný rámec nekalé soutěže.

Proč zákonodárce vytvořil tuto skutkovou podstatu není zcela jasné. Toto ustanovení nemá obdobu v historickém ani současném mezinárodním kontextu. Je otázkou, co je míněno pojmem „zkreslení podmínek hospodářské soutěže“. Tento pojem se vyskytuje v právu na ochranu hospodářské soutěže, kde znamená, že soutěži není bráněno, není vylučována, zkrátka že existuje, ale je „jaksi v nepořádku“. Taktéž je těžko uchopitelné „ohrožení zájmů ochrany zdraví a životního prostředí“. Z této formulace přinejmenším vyplývá, že se jedná o širší ochranu, než přímo zdraví a životního prostředí, tedy zdvojení veřejnoprávní ochrany. Zájmy ochrany by se mohla chápat i výchova

veřejnosti či její úplné informování, případně ochrana různých podpůrných politik státu směřujících nepřímo k ochraně zdraví či životního prostředí – jako například ochrana ekologického zemědělství. Bylo by zřejmě možné sem podřadit i případy, kdy soutěžitel za účelem získání výhody v soutěži snižuje ekologickou šetrnost a bezpečnost svých výrobků či provozů a nepřímo tak vyvolává lavinový efekt, ve kterém i jeho konkurenti začnou konat obdobně.

Ovšem toto ustanovení je formulováno příliš vágně, aby bez jeho vymezení judikaturou, jež neexistuje, se dal jeho obsah určit. Přinejmenším však spotřebitelům otvírá cestu soukromoprávní cestou bojovat proti porušování zákonů v těchto dvou oblastech.

4. Procesní úprava práva proti nekalé soutěži

Procesní úprava práva proti nekalé soutěži je velmi kusá a směřuje do oblasti občanského soudního řízení. Jednotlivé procesní instituty, **jmenovitě předběžné opatření**, ani nezmiňuje a jejich použití je možné dovodit jen z ustanovení OSŘ.

4.1 Právní prostředky obrany proti nekalé soutěži

Obchodní zákoník v § 53 dává jednotlivcům, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena či ohrožena, k dispozici sadu hmotněprávních sankcí – nároků, které mohou prostřednictvím žaloby podané k civilnímu soudu uplatňovat. Je nutné zdůraznit, že se celý rozsah nároků týká pouze osob, jichž se nekalá soutěž přímo dotkla. Otázka nároků, které může vznést právnická osoba oprávněná hájit zájmy spotřebitelů, bude probrána níže.

Základními nároky jsou požadavky, aby se rušitel **zdržel protiprávního jednání a odstranil závadný stav**. Rozdílem mezi těmito dvěma je, že zdržení se protiprávního jednání má v zásadě preventivní charakter. Jeho uplatnění přichází v úvahu v případě nekalosoutěžního jednání, které žalobci způsobuje nebo má potenci způsobit nepříznivé důsledky. Žalobou na zdržení se protiprávního jednání lze docílit zákazu tohoto jednání i do budoucna. Žaloba na odstranění závadného stavu na druhou stranu směřuje do minulosti. Jejím smyslem je odstranění zdroje účinků, které již nastaly. Na příkladu klamavé reklamy lze tento rozdíl demonstrovat tak, že zdržení se protiprávního jednání by znamenalo konec šíření takovéto reklamy, odstranění protiprávního stavu by spočívalo ve stáhnutí nosičů této reklamy a veřejné odvolání klamavých tvrzení. Nárok na odstranění závadného stavu je omezen ostatními nároky. Náhrada škody či přiměřené zadostiučinění nebo nárok na vydání bezdůvodného obohacení nespadá pod hlavičku odstranění

závadného stavu. Tyto dva nároky může uplatňovat i právnická osoba oprávněná hájit zájmy spotřebitelů. Ostatní nároky, které se týkají nápravy materiální i nemateriální újmy uplatňovat nemůže.

Nárok na náhradu škody se liší od **nároku na přiměřené zadostiučinění** v tom smyslu, že se týká materiální újmy. Náhrada škody se poskytuje v penězích. Největším problémem při jejím uplatnění je nutnost vyčíslit velikost škody. Nárok na přiměřené zadostiučinění směřuje k nápravě újmy nemateriální. Vzhledem k tomu, že nekalosoutěžní jednání vůči spotřebiteli bude spočívat zejména v jeho oklamání nebo obtěžování, dá se předpokládat vznik převážně nemateriální újmy a tedy i přednostní využití tohoto institutu. Z důkazního hlediska je použití přiměřeného zadostiučinění podstatně snadnější.

Nemateriální újmou může nastat na jakýchkoliv nehmotných hodnotách. Občanský zákoník demonstrativně uvádí čest a vážnost ve společnosti. Přiměřené zadostiučinění může být poskytnuto i v penězích, ale může mít i formu veřejné omluvy atp.

Předběžné opatření není obchodním zákoníkem nikde zmíněno, nicméně možnost jeho použití vyplývá z § 74 a násl. OSŘ. Jeho podstatou je, že soud může do doby vydání rozhodnutí ve věci samé upravit poměry účastníků. Zásah do práv, který uložením předběžného opatření vznikne, musí být přiměřený tvrzeným právem chráněným zájmům navrhovatele. Soud může předběžné opatření použít, když hrozí prodlení (potřeba upravit poměry je naléhavá) zejména ve vztahu ke vzniku škody či jiné újmy a jejímu rozšiřování. Dalším zákonným důvodem pro nařízení opatření je obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl po skončení sporu ohrožen. Soud by měl k předběžnému opatření přistoupit, pokud už provedl alespoň některé důkazy nasvědčující naplnění některé ze skutkových podstat nekalé soutěže. Předběžné opatření však nemůže zcela substituovat rozhodnutí. Tzn. otázky náhrady škody a přiměřeného zadostiučinění na jeho základě požadovat nelze. Předběžné opatření bude mít nejčastěji podobu nařízení zdržení se nějakého jednání, výkonu něčeho, snášení něčeho.

Návrh na předběžné opatření může předcházet žalobě, ale ta musí být v soudcovské lhůtě následně podána. Pokud navrhovatel spor prohraje, může žalovaný po něm nárokovat náhradu škody vzniklou v souvislosti s povinnostmi uloženými předběžným opatřením.

Obchodní zákoník v § 54(2) upravuje **převrácení důkazního břemene** v případech, kdy žaluje jednotlivý spotřebitel. Jeho podstatou je, že rušitel soutěže musí prokázat, že se nekalosoutěžního jednání nedopustil. Zákon to výslovně omezuje na skutkové podstaty postižitelné §§ 44-47 a § 52, což logicky vyplývá z toho, že na základě ostatních

ustanovení nemůže spotřebitel přímo utrpět újmu. Dále je zachována důkazní povinnost pro spotřebitele pro určení výše způsobené škody, závažnost a rozsah jiné újmy a povahu a rozsah bezdůvodného obohacení. Důkazní povinnost právnických osob oprávněných k hájení zájmů spotřebitelů tímto ustanovením není dotčena.

4.2 Legitimace k podání žaloby

Dle § 53 jsou k podání žaloby legitimovány jakékoliv osoby, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena. Navíc dle § 54 mohou žalovat i právnické osoby oprávněné hájit zájmy spotřebitelů. Dle judikatury se takovou osobou rozumí ta, která má ochranu zájmů spotřebitelů uvedenou ve svých stanovách. Její legitimace se však odvíjí od legitimace subjektů, jejichž zájmy hájí – tedy spotřebitelů. Navíc je její legitimace výslovně vyloučena pro §§ 48-51.

Legitimace jednotlivého spotřebitele je ovšem rovněž omezena na stejné skutkové podstaty, protože je nutné splnit podmínku, že nekalosoutežní jednání se dotklo jeho zájmu. Skutkové podstaty §§ 48-51 se dotýkají přímo pouze zájmů soutěžitelů.

Po zahájení řízení na zdržení se protiprávního jednání a odstranění závadného stavu je však podání další žaloby do této, byť legitimovaným subjektem, nepřipustné. Tyto subjekty se však mohou do řízení zapojit ve formě vedlejšího účastenství. Nárok na podání žaloby směřující k náhradě škody, vydání bezdůvodného obohacení a přiměřeného zadostiučinění tímto dotčen pochopitelně není.

4.3 Pasivní legitimace

Otázka, kdo může být pro nekalosoutežní jednání žalován, byla ohledně klamavé nakousnuta již v kapitole 2.1.

Obecně lze z ustanovení obchodního zákoníku dovodit, že pasivně legitimována je každá osoba, která se svým aktivním jednáním dopustí nekalé soutěže, respektive **každá osoba, jež má na výsledku soutěže zájem a projeví ho v rozporu s dobrými mravy soutěže.** Pasivně legitimovaná může být tedy i spotřebitelská organizace v příkladu zmíněném v kapitole 2.1, pokud zájmem stojícím za její aktivitou je snaha ovlivnit soutěž. Každý je legitimován přirozeně i tehdy, když nechá za sebe jednat jiného nebo mu k tomu dá podnět, podporuje jej nebo jeho jednání pro sebe využije. Jak dalece je odpovědná za nekalou soutěž 3. osoba vsunutá mezi soutěžitele, jež z nekalé soutěže má prospěch, a spotřebitele či jiného soutěžitele odvisí od vztahu mezi škůdcem a profitujícím soutěžitelem. Pokud se jedná o zaměstnance, který musí zaměstnavatele poslouchat,

odpovědný není. Pokud se jedná o nezávislý subjekt, bude odpovědný vždy.

U skutkové podstaty klamavé reklamy (§ 45) jsou dle obchodního zákoníku z nekalosoutěžního jednání odpovědni bez dalšího i její zprostředkovatelé, tedy reklamní agentury, a ti, kdo ji publikují, tedy média atp. Zákon č. 46/2000 Sb. o právech a povinnostech při vydávání periodického tisku však vylučuje odpovědnost vydavatele za pravdivost údajů v publikované reklamě.

V případě klamavého označování zboží a služeb (§ 46) a vyvolání nebezpečí záměny (§ 47) je pasivně legitimovaný ten, jež se tohoto jednání dopustí, což může být nejen bezprostřední soutěžitel, ale i distributor či prodejce zboží či služeb. V případě ohrožování zdraví a životního prostředí (§ 52) je pasivně legitimovaným ze zákonné dikce pouze soutěžitel.

Věcně příslušným soudem je ve všech případech nekalé soutěže krajský soud.

5. Závěr

Právo proti nekalé soutěži znamená pro spotřebitele možnost, jak se aktivně domoci ochrany svých práv. Žalovat dle ustanovení o nekalé soutěži je zajímavé především z hlediska souboru nároků, které může spotřebitel uplatnit. V tomto smyslu je možné nárokovat, aby rušitel soutěže v rámci přiměřeného zadostiučinění něco aktivně učinil nebo zaplatil náhradu škody či jiné újmy. Bohužel toto právo není přiznáno organizacím hájícím zájmy spotřebitelů.

V praxi bude nutné při prokazování skutečnosti, že došlo k nekalosoutěžnímu jednání překonávat argumenty rušitele, které budou směřovat k bagatelizaci dopadů vlastního jednání. K tomu nutno podotknout, že koncepční přístup ESD k nekalým praktikám, který vychází z modelu uvědomělého spotřebitele, který se nenechá snadno napálit, tuto argumentaci podporuje. Bude snadnější postihnout agresivní praktiky obchodníků než ty, které oklamáním spotřebitelů mu přinášejí soutěžní výhodu. Z logiky věci vyplývá, že spíše v těchto případech se dá očekávat, že bude docházet k soudním sporům.

Doporučená literatura:

Hajn, P.: "Ke způsobilosti přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům." In *Právní praxe v podnikání*, 3/93

Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, Masarykova univerzita v Brně 2000

Hajn P., Právo nekalé soutěže, Masarykova univerzita v Brně 1994

Hajn P., K rozhodovací praxi Evropského soudního dvora, ASPI

Macek J., Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže, C. H. Beck, Praha 2000

Munková J., Právo proti nekalé soutěži – Komentář, C. H. Beck, Praha 2001

Pelikánová I., Komentář k obchodnímu zákoníku – 1. díl § 1-55, Linde Praha, Praha 1997

Raus D., Spory o nekalou soutěž a aktivní legitimace, (Pra. 98, 3: 12)

Raus D., Spory o nekalou soutěž a pasivní legitimace, (Pra. 98, 4: 14)