

Poznámky k nekalé reklamě

Patrik MATYÁŠEK

Československé a české soutěžní právo doznalo a doznává v poslední době značných změn, vyplývajících z potřeby opět náležitě upravit ty právní vztahy, které jsou tak bytostně spjaty s tržním hospodářstvím založeným na svobodné soutěži. Náš zákonodárce přitom vyšel z osvědčené čsl. právní úpravy předválečné a čerpal ze zahraničních zkušeností, hlavně německých. Případné mezery jsou postupně doplňovány zákonnými novelizacemi či úplně novými zákony (např. o provozování rozhlasového a TV vysílání) a v neposlední řadě také rodící se judikaturou.

Rozhodl jsem se omezit ve svém pojednání na okruh nekalé reklamy, a to s tím, že se budu soustředit především na otázky spojené s pojmem reklamy a nekalé reklamy, vývoje právní úpravy nekalé reklamy na našem území až do dnešní doby, a dále stěžejní právní úpravou de lege lata obsaženou v dílu II., hlavy V., první části obchodního zákoníku.

Jsem si vědom toho, že omezený rozsah článku neumožňuje v patřičné úplnosti pojednat o celém problému nekalé reklamy – muselo by to znamenat újmu na zpracovanosti jednotlivých kapitol. Svůj zájem chci tedy orientovat na hmotněprávní úpravu nekalé soutěže a potažmo nekalé reklamy, tak jak je obsažena v dílu II, hlavy V první části obchodního zákoníku. Chtěl bych také poukázat na souvislosti mezi jednotlivými skutkovými podstatami navzájem a mezi nimi a generální klauzulí, analyzovat některé klíčové pojmy a doložit konkrétními příklady. Nebudu se zabývat občansko-právní ani trestně-právní procesní ochranou proti jednání nekalé soutěže. Další desítky, možná stovky stran by se daly věnovat problematice zákona o ochraně spotřebitele, zákona o ochraně proti alkoholismu a jiným toxikomániím a zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání. Obsahují rozsáhlý a neobyčejně zajímavý materiál, pro dnešek velmi aktuální, nicméně z výše uvedených důvodů je budu muset ponechat bez komentáře.

Z historie reklamy

Reklama je velmi starý jev spojený s trhem. Prvním reklamním projevem byl křik veřejných vyvolávačů, kteří pobíhali ulicemi a snažili se vzbudit pozornost a zájem o zboží jako byl dobytek, otroci a exotické zboží. První psaná reklama, patrně 3000 roků stará, byla objevena archeology v ruinách Théb. Nabízela „minci z čistého

zlata“ coby odměnu za navrácení uprchlého otroka jménem Šem. Je známo, že asi před 2500 lety Řekové vytesávali do kamene anonce na divadlo a z doby o 400 let mladší se nám zachovaly první malované nápisy zvoucí do římské arény. Ve středověku byla aktivita, dnes nazývaná reklamní, velmi sporá. Vynález evropského knihtisku r. 1450 J. Guttenbergem umožnil vyrábět mnoho kopií knih a periodik levně a rychle a zahájil moderní věk reklamy. První tištěná reklama pochází z Anglie, kde r. 1477 W. Caxton propagoval svou knihu modliteb. Po dalších 150 letech se již objevily první tištěné reklamy v novinách. Týdeníky v Anglii občas obsahovaly několik reklam včetně reklamy na kávu (1652), čokoládu (1657) a čaj (1658). Patrně vůbec první reklamní agenturu, dá-li se to tak nazvat, založili W. Cop a A. Gorge roku 1611 v Londýně. [8, s.611] Jiné zdroje však uvádějí až agenturu „Reynell and Son“ – Londýn 1812.

19. stol. bylo stoletím expanze reklamy a obchodu vůbec. Reklama se šířila díky snaze po zvýšení odbytu, druhotně také díky rostoucí gramotnosti obyvatel západních zemí, díky zdokonalující se dopravě docházelo také k jejímu zlevňování. Oblíbenými technikami se staly slogany a rýmovačky a některé z nich přetrvaly dodnes.

V prvních dvou desetiletích 20. stol. musela být reklama přehodnocena. Běžné užívání excesivní, klamavé a jinak nekalé reklamy působilo všeobecnou nelibost. Jak vlády, tak samotní soutěžitelé sáhli po regulaci. Po První světové válce nastoupila éra „umění získávat zákazníky“ (salesmanship). Nastal velký boom v nových reklamních médiích. Ve 20. letech se objevila reklama šířená rozhlasem. Původně byla nepřímá a vznikly tak pochybnosti, zda má být reklama do éteru vůbec připuštěna. V takových zemích, jako Velká Británie a Francie byla z veřejnoprávního rozhlasu vypuzena, nikoliv však např. v USA. Po Druhé světové válce se přidalo další médium – televize. Předhlonila všechny a spolu s novinami zaujala vedoucí místo v žebříčku vynaložených nákladů. [1, s.541] Její vývoj šel tak daleko, že se v průměru na jednoho obyvatele USA dnes obrací zhruba 1500 reklamních sdělení denně. Náklady na reklamu v roce 1972 v této zemi činily 22,1 mld. dolarů. [8, s.611] Také v bývalých komunistických státech existovala reklama, i když její hospodářský význam byl nepatrný. Mezi prvními dekrety sovětské vlády najdeme i dekret o zavedení státního monopolu na reklamní oznámení. Později vznikaly specializované reklamní organizace, jak jinak než státní (např. Mosorgreklama, v ČSSR to byla např. Optima, Merkur aj.). Právní úprava nekalé reklamy hyla přiměřeně hospodářskému významu reklamy v komunistických zemích méně rozpracovaná (viz dále). V současnosti na území ČR a SR vyvíjí obchodní činnost asi 3000 privátních reklamních agentur.

Vývoj právní úpravy na území dnešní ČR

Právo hospodářské soutěže se na našem území vyvinulo teprve po první světové válce. V době bývalé monarchie Rakousko-Uherska byla možnost reprobace jednání spadajících do této oblasti posuzována výlučně podle obecných právních předpi-

sů, zejména všeobecného zákoníku občanského a obchodního zákoníku. K vydání zvláštního zákona o nekalé soutěži, který byl připravován od roku 1896, do rozpadu monarchie nedošlo, neznámá to však, že by scházely snahy upravit tuto důležitou látku zákonem a zejména od roku 1900 tyto snahy nabyly konkrétních forem. Působil zde zejména příklad Německa, kde byl roku 1896 vydán říšský zákon proti nekalé soutěži, nahrazený roku 1909 novým zákonem (zákon ze 7. června 1909 č. 31 n.ř.z.). Válkou ale byly další přípravné legislativní práce zastaveny a teprve po vzniku samostatné ČSR ukázalo se jako nezbytné znovu se otázkou nekalé soutěže zabývat již proto, že sousední státy vydaly zákony proti nekalé soutěži, takže nedostatek podobného zákona v Československu by mohl hrozit neblahým dopadem na obchodní styky s těmito státy. ČSR přistoupila k různým mezinárodním úmluvám, kterých se otázky nekalé soutěže přímo nebo nepřímo dotýkají. Je to hlavně Pařížská svazová smlouva ze dne 20.3.1883 na ochranu průmyslového vlastnictví (platí v textu Stockholmské revize z roku 1967), konkrétně její ustanovení čl. 10 bis a ter. Československo k ní přistoupilo dne 5.9.1919 (vyhl.č. 364/21 Sb.z.a n.). Dále je třeba uvést úpravu Madridskou ze dne 14.4.1891, týkající se potlačení nesprávného označení původu zboží, revidovanou ve Washingtonu (2.6.1911) a v Haagu (6.11.1925). A konečně jsou to některé obchodní smlouvy, v nichž se Československo zavázalo přijmout opatření na ochranu některých výrobků proti nekalé soutěži.

Po odborných diskusích v právnicky vzdělané veřejnosti a v parlamentu, které trvaly více než 5 let, byl vydán samostatný zákon proti nekalé soutěži ze dne 15.7.1927 č.111 Sb., jenž obsahoval 55 paragrafů rozdělených do 5 hlav:

1. Ochrana soukromoprávní (§ § 1 – 24)
2. Ochrana trestní (§ § 25 – 40)
3. Ustanovení správní (§ § 46 – 53)
4. Ustanovení závěrečná (§ § 54 a 55)

Zákon se vztahoval na veškeré samostatně provozované hospodářské činnosti „nesoucí se ke zdroji příjmů zhodnocováním zboží nebo výkonů“ a tak souhrnně postihl obchodní subjekty v nejširším slova smyslu – od obchodních společností po tzv. svobodná povolání. Aby tento široký dosah byl co nejurčitěji specifikován, použil zákon pojmu „hospodářský styk“ (§ § 1, 12), naznačující tím soubor právních nebo faktických skutečností, které se vytvářejí činnostmi lidskými, nesoucími se ke změně jakýchkoliv hospodářsky ocenitelných statků nebo výkonů. [6, s.13] Dále je třeba uvést, že stíhání nekalé soutěže, jak civilní, ale i trestní, bylo vloženo výlučně do rukou samotných zainteresovaných soutěžitelů. To se zdůvodňovalo tím, že oni mohou nejlépe posoudit, zda to které jednání se dotýká jejich zájmu a zda je nutné domáhat se soudního zákroku proti rušiteli v duchu zásady vigilantis jura. Věcně příslušné byly především soudy, pouze pro trestání přestupků uvedených v hlavě III. byly pověřeny úřady správní.

Zákon proti nekalé soutěži obsahoval tedy jednak generální klauzuli, vymezující obecnou podstatu nekalé soutěže (§ 1), jednak vymezoval zvláštní podstaty jednání

nekalé soutěže (§ § 2 - 14) a dále upravoval ocliranu občansko-, trestně- i správně-právní (§ § 15 - 45). Místo systému výlučné generální klauzule byl zvolen systém smíšený, to znamená, že v zákoně jsou uvedeny přesně ohraničené skutkové podstaty jednotlivých typických případů nekalé soutěže a kromě nich předpis, zahrnující všechny ostatní případy nekalé soutěže, jenž tvoří právní základ pro potlačení všech takových nekalosoutěžních jednání, které nelze subsumovat pod některé speciální podstaty a takové, které ještě praxe nepoznala. Zákonodárce považoval za krajně obtížné a snad i nežádoucí, aby zákon předvídal všechny možné způsoby nepřipustného obchodního jednání, aby tak zákonodárce byl nápaditější než všechny současné i budoucí hospodářské subjekty, nebo dokonce aby se musel dobře vmýšlet do uvažování těch, kdo jednají nepoctivě.

Judikatura byla publikována v úřední sbírce civilní zvané Vážný a za dobu zhruba 10 let se nashromáždilo okolo 150 nálezů Nejvyššího soudu v Brně, v úřední sbírce trestní bylo za tutéž dobu uveřejněno asi 60 nálezů trestně právních. Dalších asi 25 nálezů bylo uveřejněno v Úradnej sbierke, ve Sbírce ministerstva spravedlnosti, v časopisech Soutěž a Tvorba, Československá advokacie atd. Mnoho judikátů citují autoři jen na základě znalosti z praxe (asi 20). Z obsahu těchto asi 250 judikátů si již lze vytvořit určitý úsudek, právě tak z rozhodnutí vrchních soudů. Úroveň judikátů zřejmě závisí v této oblasti na kvalitě jednotlivých soudců, ale též na okolnostech, jak strany dovedly svoji věc předvést a jaké poskytly důkazy. Úroveň judikátů z 1. republiky je velmi dobrá. Bylo by jim snad možno vytknout podstatně menší rozsah rozhodovacích důvodů, než tomu bylo např. u lipského říšského soudu, lze však říci, že pokud se v případě dovolání dovolací rozsudek kvalitně vypořádal s dovolacími „výtkami“, je rozsáhlost důvodů málo významná.

Tato judikatura je z dnešního pohledu dvojnásob cenná, byla používána před 2. světovou válkou, ale bylo by jí možno použít při absenci judikatury nové i dnes. Pochopitelně nemůže být řečí o závaznosti pro soudce, lze ji ale chápat jako cenné teoreticko-praktické vodítko pro rozhodování. Podobně lze soudit i o judikatuře zahraniční, zvláště německé. Žel, novější judikatura československá či česká je neobyčejně chudá, proto se kloním k názoru, že o to častěji by soudce měl sáhnout právě po výše uvedených kvalitních judikátech, byť s patřičnou kritičností.

Zákon č. 111/1927 Sb. zákonů a nařízení byl zrušen výslovným ustanovením § 568 odst. 2 č. 30 o.z.č. 141/1950 Sb. Tento občanský zákoník z 50. let upravil občanskoprávní postih jednání nekalé soutěže obecně v § 352, který též recipoval generální klauzuli zákona č. 111/1927 Sb. zákonů a nařízení. Toto ustanovení převzal i pozdější občanský zákoník č. 40/1964 Sb. (srov. § 509 č. 1 tohoto občanského zákoníku). Vládní nařízení č. 100/1966 Sb. (§ 82, 83 a 85 odst. 4) změněné a doplněné vládním nařízením č. 169/1969 Sb (§ 83) a novelou hospodářského zákoníku č. 138/1970 zrušilo toto ustanovení a nahradilo je ustanovením § 119 a) odst. 2, 3 hospodářského zákoníku v novelizovaném znění. Trestně právní ochranu obsahoval trestní zákon č. 140/1961 Sb. ve znění pozdějších novel v ustanovení § 149, které vymezuje skutkovou podstatu trestného činu nekalé soutěže. Toto ustanovení si podrželo platnost dodnes.

Současná platná právní úprava nekalé soutěže je obsažena:

- v ustanoveních zákona č. 37/1989 Sb. o ochraně proti alkoholismu a jiným toxikomaniím.
- v ustanoveních zákona č. 468/1991 Sb. o provozování rozhlasového a televizního vysílání,
- v ustanoveních obchodního zákoníku č. 513/1991 Sb. účinném od 1. ledna 1992, v jeho ustanoveních části první, hlavy V. (§ § 44 - 55),
- v ustanoveních zákona na ochranu hospodářské soutěže č. 63/1991 Sb. ve znění zákona č. 495/1992 Sb.,
- v ustanoveních zákona o ochraně spotřebitele č. 634/1992 Sb.,
- v ustanovení § 149 trestního zákona č. 140/1961 Sb., v posledním a úplném znění č. 392/1992 Sb.,
- v ustanovení § § 9 a 36b občanského soudního řádu č. 99/1963 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

Pro potřebu tohoto pojednání je třeba omezit se jen na úpravu nekalé reklamy, uvedme tedy, že pro ni platí v podstatě totéž vyjma zákona na ochranu hospodářské soutěže a že je upravena několika speciálními skutkovými podstatami v obchodním zákoníku a subsidiární generální klauzulí (byť i uvedenou na prvním místě před skutkovými podstatami).

Nekalá reklama představuje určitou výše z nekalosoutěžních jednání, která v sobě zahrnuje především klamavou reklamu a dále reklamu jinak nekalou, tedy reklamu zlehčující, parazitní a vyvolávající nebezpečí záměny. Jak bude později ukázáno, i klamavé označení zboží a služeb, podplácení, porušení obchodního tajemství a ohrožení zdraví spotřebitelů a životního prostředí mohou mít někdy charakter nekalé reklamy.

Nekalost můžeme být objektivní a subjektivní. Kritériem je u té druhé účelový vztah, vyjádřený v inkriminovaných podstatách slovy „s cílem získat“, „aby získal“. Těmito skutkovými podstatami jsou parazitování na pověsti, podplácení a ohrožení zdraví a životního prostředí. Posuzujeme-li však konkrétní případ z hlediska generální klauzule, je potom možné, aby se současně jednalo i o nekalost objektivní. U ostatních skutkových podstat se může jednat o nekalost subjektivní i objektivní.

§ 44 - Generální klauzule nekalé soutěže

Postih nekalé soutěže zakládá generální klauzule na třech kumulativních podmínkách, tedy okolnostech, bez jejichž současné existence by soutěžní jednání nemohlo být kvalifikováno jako nekalé:

1. podmínka, aby šlo o jednání v hospodářské soutěži,
2. podmínka, aby toto jednání bylo v rozporu s dobrými mravy soutěže,
3. podmínka, aby bylo způsobitelné přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům.

ad 1) Pojem „hospodářské“ činnosti v rámci pojmu hospodářské soutěže není totožný s pojmem „obchodní“ („podnikatelské“) činnosti, nýbrž je podstatně širší. Podle výkladu, který se ustálil za platnosti zákona č. 111/1927 Sb. o ochraně proti nekalé soutěži, je třeba do uvedeného pojmu zahrnovat „veškeré samostatně provozované činnosti nesoucí se ke zdroji příjmů zhodnocováním zboží nebo výkonů, bez rozdílu, jde-li o činnost upravovanou živnostenským řádem či nikoliv“ (z důvodové zprávy k zákonu č. 111/1927 Sb.). Pod tento pojem spadá mimo jiné i činnost finančních ústavů, prvovýroby, podniků v oblasti kultury a tzv. svobodná povolání.

Pojem soutěžitele vymezoval zákon č. 111/1927 Sb. v ustanovení § 46 odst. 1 takto „... každý podnikatel, jenž vyrábí nebo prodává zboží téhož nebo podobného druhu nebo provádí výkony téhož nebo podobného druhu nebo vůbec je podnikově činným ve stejném nebo podobném oboru hospodářském“. Obchodní zákoník č. 513/91 Sb. jej pojímá širěji: § 41 : „Fyzické i právnické osoby, které se účastní hospodářské soutěže, i když nejsou podnikatelé...“ Jsou to tedy všeobecně osoby, které se zabývají ať již toutéž či podobnou hospodářskou činností nebo jakoukoli funkčně navzájem substituovatelnou hospodářskou činností.

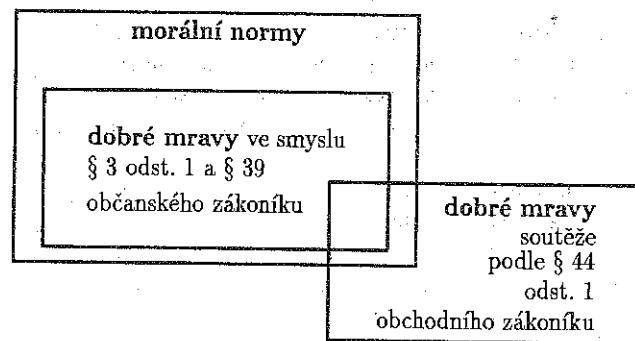
ad 2) Pojem dobrých mravů soutěže není v obchodním zákoníku vymezen, neboť jde o pojem závislý na nejrůznějších faktorech a podléhající změnám v čase, takže jeho obecná definice v zákoně není ani dost dobře možná. Podle komentáře k zákonu o nekalé soutěži z roku 1927 se pod pojmem dobrých mravů soutěže rozuměly „pověsečné zásady regulující hospodářskou činnost vůbec, a odpovídající tudíž mravnímu nazírání a představám o slušnosti osob na této činnosti zúčastněných, správně a bedlivě myslících“. Některé specifické případy rozporu s dobrými mravy soutěže jsou obsaženy ve zvláštních skutkových podstatách.

Pojem dobrých mravů soutěže je nutno chápat ve smyslu zásad poctivého soutěžního styku, které v tržním hospodářství ovládají právní úpravu výrobků a služeb, jak je v právním řádu zakotvena. Jde o pojem objektivní, stačí, že jednání je objektivně v rozporu s dobrými mravy soutěže, na subjektivní stránce nezáleží. Tento pojem dobrých mravů soutěže je třeba důsledně odlišovat od pojmu dobrých mravů vůbec. Ne každé, nýbrž jen takové jednání, které je objektivně s to společenskou funkcí hospodářské soutěže zkrslit a tím pozitivní účinky hospodářské soutěže zeslabit nebo vůbec vyloučit, popřípadě i změnit v negativní, je v rozporu s dobrými mravy soutěže.

Soudobá zahraniční právní teorie rozlišuje mezi jednáním jednak proti dobrým mravům soutěže a jednak proti jistým slušnostním konvencím. V německé odborné terminologii např. zdomácněl pojem „reklama proti dobrému vkusu (geschmacklose Werbung)“. Za typický příklad takové reklamy jsou pokládány některé propagační artefakty fy Benetton. Takové soutěžní jednání se setkává s příležitostným odporem určité části veřejnosti, nenabývá však právních forem, spíše se jedná o bojkot zboží, neochotu renomovaných periodik publikovat takovou reklamu ap. [2] Benetton však kalkuluje s tím, jak se vyjádřil autor artefaktů Olivieri Toscani, že mladé generaci imponuje, že je starší generace něčím pohoršena, a proto se jí zboží zdá lákavější. „Považují-li to oni za špatné, pak to je určitě dobré“ [4, s.46] K tomu jeden před-

stavitel AISA dodává, že člověka může nějaká reklama naštvat, ale propagovanou značku si přitom zapamatuje a to je nejdůležitější.

Poměr dobrých mravů soutěže k ostatním „druhům morálky“ by se dal znázornit takto:



Dobrym mravům soutěže odporují různé reklamní techniky, jako např. obtěžování spotřebitelů všeho druhu, od reklamy prostřednictvím telefonu přes neodbytný podomní obchod až po hlasité nabízení některých služeb tlampačem, např. v rekreační oblasti. V reklamě nesmí být také zneužíváno lidských citů pomocí emocionálních prvků (např. tělesně postižení prodávají zboží) a apelací na iracionální vášně (všemožná slosování na podporu koupě ap.). V reklamě není dovoleno používat nositele společenské autority – významné politiky, profesory, kněze ap., ať s jejich souhlasem či bez něj (vzpomeňme například artefakt jistého tuzemského massmedia zneužívající fotografie českého presidenta a předsedy vlády). Z hlediska dobrých mravů soutěže i dobrých mravů vůbec nelze zneužívat tragických lidských situací (úmrtí, úrazu), tedy v době oslabené schopnosti úsudku, resistance spotřebitele.

ad 3) Třetí podmínkou je, že jednání je způsobilé přivodit újmu, a to jak soutěžiteli, tak i spotřebiteli. Újmou je třeba rozumět jak újmu materiální, tak újmu nemateriální, např. spočívající v poškození dobrého jména, resp. dobré pověsti soutěžitele. Oproti dřívější právní úpravě se ochrana rozšiřuje i na spotřebitele, samozřejmě pro ty případy, které to připouštějí.

Na rozdíl od zákona č. 111/1927 Sb. o ochraně proti nekalé soutěži zakotvuje obchodní zákoník ochranu oprávněných zájmů spotřebitele obecně již v generální klauzuli jednání nekalé soutěže. Tento zásadní rozdíl nynější právní úpravy proti právní úpravě obsažené dříve platném zákonu č. 111/1927 Sb. je třeba mít na zřeteli při řešení otázky míry, v jaké je při aplikaci současné právní úpravy možno přihlížet i k judikatuře a literatuře vztahující se k uvedenému zákonu z roku 1927.

Podřazením určitého jednání pod konkrétní skutkovou podstatu nekalé soutěže nevylučuje použití obecné úpravy. Naopak, konkrétní jednání je třeba zkoumat i z pohledu generální klauzule. Mohou se však vyskytnout i případy, kdy určitá jednání nelze podřadit pod konkrétní skutkovou podstatu. To však neznamená, že

takové jednání není postizitelné. Takové případy je třeba posuzovat právě z hlediska podmínek obecné klauzule.

§ 45 – Klamavá reklama

V zákoně o nekalé soutěži č. 111/1927 Sb. je operováno v § 2 a 3 s pojmem „nekalá reklama“. Spíše by zde mělo být použito termínu nepřipustná reklama, neboť co do zdržovacího nároku stačí nekalost pouze objektivní, [3, s.245] anebo, a k tomu se spíše kloním, o klamavé reklamě, neboť nepostihuje jiné možné formy reklamní nekalosti.

Je třeba vyjít z nějaké definice pojmu reklama, abychom mohli dojít k podstatě klamavé a jinak nekalé reklamy. Reklama je podle K. Skály [3, s.245] chválení a vynášení vlastností zboží nebo výkonů za účelem získání co nejširšího kruhu odběratelů a co největšího odbytu. Roppert – Weis považuje reklamu za takové údaje, které jsou způsobilé nějakému podniku zjednat přednost při soutěži na úkor jiných soutěžitelů. [3, s.245] Definici vůbec nepostihující soutěžní charakter reklamy najdeme v Ottově slovníku naučném: „Reklama je zařízení velmi rozličného druhu a technické dokonalosti ..., jehož úkolem je naponáhati odbytu nějakého zboží nebo šířiti v širokých vrstvách nějaké myšlenky ..., užívá k tomu obrazu, zvuku i světla“. [9, s.511] . Na jiném místě uvádí, opět ovšem spíše v marketingovém chápání pojmu: „ Reklama je veřejné vychvalování předmětů obchodních, uměleckých ap., jež se děje prospekty, plakáty, obchodními štíty, vyvolavači, nosiči návěstí atd., zvláště pak časopisy.“ [9, s.456]. Toto vysvětlení vychází z doslovného překladu latinského originálu RECLAMO – vykřikují, odtud francouzské RÉCLAME, ruské i české REKLAMA. Z latinského ADVERTITE MENTEM – obraťte mysl, obraťte pozornost – pochází pak anglické ADVERTISING. V pojetí P.J. Stopforda a V.R. Fryburgera je reklama „ formou masové komunikace, která se ve svém obvyklém chápání snaží podporovat prodej zboží nebo služeb. Ten, kdo šíří reklamu, má možnost říci, co chce a způsobem, jakým chce, ovšem v mezích zákona určeného k zabránění nekalé a podpoře „kalé“ soutěže a v rámci ustálené praxe v médiích...“ [1, s.540–541] Tato definice svými slovy vyjadřuje to hlavní, že v reklamě jiné než nekalé (a tedy čisté) je dovoleno vše, až na „špinavé“ triky, zapovězené zákonem.

Zákon č. 468/91 Sb. o provozování rozhlasového a TV vysílání přináší pro svou potřebu legální definici reklamy v ustanovení § 2 odst. 1 pís. e : „Reklamou (je) jakékoliv veřejné oznámení určené k podpoře podnikání nebo k dosažení jiného účinku, sledovaného zadavatelem reklamy, jemuž byl vysílací čas poskytnut za úplatu nebo za jinou protihodnotu...“ Klamavá reklama, jak vyplývá z textu ustanovení § 45 odst. 1 obch. zákoníku, spočívá v šíření určitých, v zákoně specifikovaných údajů, které jsou způsobilé vyvolat klamnou představu a zjednat tím na úkor jiných soutěžitelů či spotřebitelů, vlastnímu či cizímu podniku prospěch.

Výkladu si žádá značně široký pojem údaj. Údajem může být vše, co lze smysly postřehnout, tedy nejen reklama zvuková, světelná, ale i prostorová, např. výtvoř malířské, sochařské, atd. Údajem se rozumí nejen tvrzení o skutkových okolnostech,

nýbrž i tvrzení spočívající v osobním (subjektivním) úsudku.

V souvislosti s § 2 odst.4 zákona č. 111/1927 Sb. je třeba výslovně upozornit na rozdíl vymezení podstaty § 45 odst. 1 platného zákona proti vymezení podstaty § 2 odst. 1 zákona č. 111/1927 Sb. Zatímco totiž dříve platný zákon postihoval toho, kdo „veřejně nčini nebo rozšřruje údaje...“, zakládá nová právní úprava postih pouze na „šřření“. Pojmy „veřejné učinění“ a „šřření“ právní úprava nekalé soutěže v rámci obchodního zákoníku blíže nevymezuje. Je proto třeba se obrátit k jiným oblastem našeho právního řádu, kde tyto pojmy blíže vymezeny jsou. Nejblíži oblastí v tomto směru je oblast práva autorského, kde jsou oba tyto pojmy pro vymezení právní ochrany rovněž mimořádně důležité. V této oblasti se ustálilo vymezení zveřejnění jako zpřístupnění předmětu okruhu osob individuálně neurčených, zatímco šíření spočívá v jakémkoliv zpřístupňování předmětu okruhu osob přesahujícímu rámec osobního soukromí fyzické osoby (tj. její rodiny a s ní spjatého okruhu osobních přátel) nebo rámec vnitřní potřeby určité organizace, a to bez rozdílu, zda jde v tomto případě o osoby individuálně určené či nikoliv [5, s.98 a násl.] . Pojem „šřření“ je tedy pojmem šřřším, zahrnujícím i „veřejné učinění“, které dřívější právní úprava uváděla odděleně. Při tomto výkladu, z něhož vládní návrh § 45 zákona zřejmě vycházel, jde u zmíněného rozdílu jen o rozdíly formulační, nikoliv věcné. [10, s.69] Šřřené údaje se musí týkat vlastního nebo cizího podniku, jeho výrobků či výkonů. Těmito údaji lze rozumět např. údaje o množství a jakosti zboží, o dodavatelích, o poměrech majetkových a úvěrových, o stanovení cen zboží a výkonů, o způsobu výroby, atd. Tyto údaje nemusí ani být, objektivně posuzováno, údaji důležitými a podstatnými. Musí však jít o údaje způsobilé vyvolat klamavou představu a zjednat tím vlastnímu nebo cizímu podniku v hospodářské soutěži prospěch na úkor jiných soutěžitelů či spotřebitelů.

Za údaje nesplňující pojmový znak klamavosti se nepovažují údaje zjevně nadsazující, zejména tzv. reklama superlativní. Jde ovšem o pojem velmi relativní. Většinou je zastáváno stanovisko, že uadsazující údaje naplňují tím méně znak klamavosti, čím všeobecněji a zábavněji jsou formulovány – snadno pak naladí ke smřřlivosti i soudce, na jehož svobodném úsudku záleží.

Superlativy a jim podobná reklamní tvrzení musí soutěžitel pečlivě zvažovat, když jde o objektivně ověřitelná fakta. Výroky o vřřlčném postavení (prodali jsme nejvíce výrobků, jsme „jednička“ v tom a tom sortimentu a na určitém územním celku) může uplatňovat jen ten, koho k tomu opravňují objemy výroby či prodeje. Nesmí také mluvit o světových nebo evropských dimenzích svého prodeje, když třeba zatím uskutečnil jediný obchodní případ v Laa a. d. Thaya. Také např. kráamek o pár desítkách čtverečních metrů by neměl být vydáván za supermarket.

Hodnotiči i zdohné přívlastky se dají ověřit i tehdy, když jde o údaje časového charakteru, např. 1. hrněnská strojírna. Záleží také na tom, kdo a kde výrok učinil. Něco jiného se čeká od trhovce na pouti (u něj se snese větší míra nadsázky) a něco jiného od velké firmy, která inzeruje v denníku s celostátní působností. [2, s.1–2]

Klamavostí je tedy způsobilost údajů vyvolat u zákazníka klamavou představu a tím zkeslit premisy pro výkon jeho práva volby, ...nekalým jednáním se proto

jeví každý klamavý údaj..., aniž je třeba vyžadovat splnění dalších podmínek. [5, s.165–166] Údaji způsobitelnými vyvolat klamavou představu nebudou patrně údaje dryáčnické, zřejmě přehnané nebo žertovné (angl. puffing). V reklamě je dovolena nadsázka, pokud ovšem téměř každý pozná, že o přehánění jde. Dryáčnická reklama nemusí být závadnou, pokud voleným výrazem se nepoukazuje na zvláštní jakost, jíž tu není. [3, s.509]

V reklamě často cosi přebývá, někdy však také chybí. Je přirozené, že soutěžitelé nebudou prozrazovat jaké chyby na kráse vykazují jejich výrobek nebo služba. Výrobce automobilů bude hovořit o výborných jízdních vlastnostech a malé spotřebě svého vozidla, nikoliv o jeho zvýšené hlučnosti či jiných nedostacích. Avšak někdy reklamní výrok jen z části pravdivý vyvolá stejný efekt, jakoby operoval s nesprávnými údaji. Někdy stačí i pouhá 2 písmena na to, aby z částečně pravdy učinila nepravdu. Německý soud například nařídil psychologickým poradcům, aby použivali (pokud jsou doktory psychologie) plně kvalifikační označení PhDr., nikoliv jen Dr. – pod ním si značná část laické veřejnosti představuje doktora medicíny. [2, s.3] Není třeba, aby k oklamání skutečně došlo, postačí, že je reklama způsobila k oklamání a podobně není zapotřebí, aby klamavá reklama někoho poškodila a jinému přinesla prospěch. I zde postačí způsoblost k těmto účinkům. Způsoblost nastane tehdy, pokud by mohla být oklamána nikoliv zanedbatelná část populace.

Soudní praxe v SRN vychází z toho, že postačí, když pouhých 10 – 15 % spotřebitelské veřejnosti bude náchylné uvěřit klamavé reklamě. Jak zřejmo, zahrnuje toto číslo jedince, patřící spíše k intelektuálnímu průměru. Záleží ovšem na tom, co reklama uvádí na trh a ke které skupině obyvatelstva se obrací. Zvlášť citlivě reagují soudy na klamavou reklamou, obracející se k dětskému zákazníkovi. V druhém případě bude nebezpečí klamavosti spíš pravděpodobné a přísnost soudů větší. Od spotřebitele nelze také požadovat, aby reklamou slovo od slova studoval či dokonce používal metody právního výkladu. Předpokládá se, že reklamní poselství vnímá běžným, to znamená dost povrchním způsobem. Různé mohou být způsoby, jak zjišťovat, zda a kolik spotřebitelů je – v určité záležitosti – náchylných k oklamání. Ve Španělsku, Francii a Itálii se soudci řídí vlastním úsudkem. Naopak německý soudce smí uvěřit vlastnímu názoru, jen když i on sám byl reklamou uveden v omyl. Jestliže reklama neoklamala jeho samého, nemusí to vůbec znamenat, že ji prohlédly i vrstvy populace. Pak většinou musí nastoupit demoskopické šetření, jaké představuje reklama u spotřebitelů vyvolala. Jde o záležitost v každém případě nákladnou (ceny posudků se pohybují od 30.000 do 300.000 DM, která může klamavou reklamou důkladně prodražit. [2, s.4])

Klamavá reklama nabývá v hospodářské praxi mnoha podob a užívá rozmanitých metod. Již klasickým klamáním v reklamě je slovní klamavá reklama. Jsou to buď výroky nepravdivé, ale současně nikoliv dryáčnické, jako např.: „dosud nedosažené výkony“ (vrchní soud Vídeň z 25.5. 1932, 3 R 411/32), anebo i pravdivé slovní výroky, veřejnost však klamající. Obvykle se v reklamách volí taková slova, aby se za ně těžko chytalo a klame se i mnoha prostředky neverbálního sdělování.

Vynalézavá je také vizuální klamavá reklama: Jistý soud v zahraničí zapověděl vinařskému podniku, aby na svých vinětách zobrazoval smyšlené medaile z neexistujících vinařských soutěží. Nic nepomohl argument, že půvabně vyhlížející medaile sledují pouze účely estetické a chtějí zákazníka jen upoutat svou výtvarnou podobou. I pomocí zdánlivě objektivní fotografie se dá navodit mnohá klamná představa. Podle jednoho amerického rozhodnutí šlo o klamavou reklamu v případě, když gramofonová deska byla prodávána se současnou fotografií zpěváka, zatímco obsahovala jeho starší nahrávky. [2, s.3]

Velmi zajímavých judikátů se možná dočkáme na poli „aromatické reklamy“, která je posledním marketingovým hitem a existují již názory, že při používání vůní v obchodech jde o nevhodné působení na podvědomí zákazníka. Zastánci vůní na druhé straně tvrdí, že vůně rozhodně nepůsobí jinak než vtíravé osvětlení a kulisová hudba v obchodních domech. Že podobné názory vůně možná podceňují, vyplývá z průzkumu, který provedla firma Nike. Zákazníci si při něm vybírali tenisky ve dvou místnostech – v jedné byl normální vzduch, druhá byla prosycena vůní květin. Celých 84 % zákazníků prohlásilo, že by dali přednost botám z „voňavé“ místnosti, případně, že se jim tam boty více zamlouvaly. Řada respondentů uvedla, že by si za boty z voňavé místnosti připlatila až deset dolarů. [7, s.9]

Vůně se používá k podpoře komerce i v bankomatech (navoňené bankovky), v časopisech, dopisních papírech či ve výrobních i obchodních prostorách. Ve Francii dokonce zavedli s úspěchem na trh navoňené poštovní známky s ochuceným lepidlem.

§ 46 – Klamavé označení zboží a služeb

Byl-li § 45 určen právě k potírání klamavé reklamy, pak § 46 souvisí s nekalou reklamou nepřímou. Postihuje totiž případy, kdy reklamní slogan slouží k označení zboží a služeb co do původu, charakteristického znaku nebo zvláštní jakosti a to klamavému. Specifickým případem klamavosti je vyvolání nebezpečí záměny podle § 47. Opět musím připomenout funkci generální klauzule § 44 obch. zákoníku, podle které je třeba nekalost zkoumat, nedá-li se dané chování subsumovat pod žádnou z výše uvedených specifických skutkových podstat.

Postih za jednání nekalé soutěže z důvodu klamavého označení přísluší nejen proti tomu, kdo zboží či službu závadným označením opatřil ale i proti obchodníku, který zboží se závadným označením nahází.

Klamavým označením zboží a služeb je každé označení, které je způsobilé vyvolat v hospodářském styku mylnou domněnku. Označení je pojem stejně široký jako údaj, který jsem vyložil v kapitole o § 45. Forma označení se může projevit nejrozličnějším způsobem, např. písemně, vyobrazením, atp. Pro naplnění skutkové podstaty postačuje, že označení je způsobilé vyvolat mylnou domněnku – obecně, není tedy zapotřebí, aby šlo o konkrétní případ vyvolání mylné domněnky. Mylná domněnka musí být vyvolána v hospodářském styku. Hospodářský styk je pojem širší nežli obchodní styk.

Dalším znakem je, že klamavé označení budí domněnku, že zboží nebo služby pocházejí z určitého státu, určité oblasti či místa nebo od určitého výrobce nebo vykazují zvláštní charakteristické znaky nebo zvláštní jakost. Je lhostejné, jakého prostředku bylo ke klamavému označení použito. Zkresleného údaje o provenienci lze dosáhnout různými způsoby: již samotným názvem, popř. (nikoliv však nutně) opatrnými výrazy jako „druh“, „typ“, „způsob“ apod. Jestliže např. výlučně český podnik zařadí do svého názvu písmenka LTD, vzbudí u leckoho mínění, že tento podnik má významná mezinárodní spojení.

Klamavé údaje v hospodářském styku jsou v rozporu s dobrými mravy soutěže. Z tohoto hlediska lze klamavost jednání v hospodářské soutěži vymezit jako způsobnost údajů vyvolat v zákaznických kruzích klamavou představu o nabídce a tím zkreslit předpoklady pro výkon zákaznickova práva volby (rozhodnutí, jímž zákazník provádí výběr z různých nabídek). Údaje v tomto smyslu klamavé jsou tedy vždy objektivně způsobitelné narušit společenskou funkci hospodářské soutěže, a to bez ohledu na to, zda jednáním kromě nebezpečí vzniku mylné domněnky u spotřebitele může dojít i k nebezpečí vzniku mylné domněnky u jiného soutěžitele či nikoliv. Klamavost nelze zaměňovat s nepravdivostí, klamavost je pojmem širším. Proto i pro skutkovou podstatu § 46 platí, že klamavým je i údaj sám o sobě pravdivý, jestliže vzhledem k okolnostem a souvislostem, za nichž byl učiněn, může uvést v omyl (§ 46 odst. 2, § 45 odst. 3).

Správné označení původu zboží za určitých okolností může být stíhatelné podle ustanovení § 45 o klamavé reklamě. Nekalou soutěží podle § 45 je např. označení zboží „Solingenská ocel“, jde-li sice o ocel ze Solingenu, ale bídné, nikoliv „solingenské“ jakosti. Nekalou soutěží podle § 46 by bylo označení zboží „Solingenská ocel“, nejde-li o ocel ze Solingenu. [3, s.269]

Velmi podobný případ známe ze současnosti. Také německá vodka Gorbatschow (v nedávném období neobyčejně obchodně úspěšná) svým označením a v neposlední řadě i tvarem láhve připomínající věž pravoslavného kostela snadno vzbudí dojem, že jde o pravou ruskou vodku. Navíc jde o případ cizopasení na pověsti význačného politika. Tuhle kvalifikaci nevyvrátilo ani tvrzení – i pokud by bylo pravdivé – že jméno je odvozeno od carského generála Gorbáčova, který již před mnoha desítkami let emigroval do Německa. Situaci by německý výrobce „Gorbáčovky“ nevyřešil ani tím, že by své obchodní sídlo přemístil do Ruska, neboť původem zboží je zeměpisné místo, v němž zboží bylo vyrobeno. Není tedy původem zboží pouhé místo nákupní nebo prodejní, ani místo, kde má výrobní podnik toliko své obchodní sídlo. [srov. 6, s.48] Německá transkripce názvu vodky vzhledem k trhu, kde se vodka prodává, taktéž neznamená, že by si běžně vnímající spotřebitelé nemohli myslet že mají před sebou ruský výrobek. Mnoho zahraničních vývozců do Německa (a především z Ruska) lepí na své výrobky etikety s německou verzí názvu výrobku i obchodního jména.

Jak praví jistý meziválečný judikát, ani zde se nevyklučuje „beztrestnost“ údajů nadsazených ve formě údajů superlativních, dryáčnických (rozh. n. s. sb. Vážný č. 11.396). Klamavě nemůže však již působit uvedení takového názvu, který se v hos-

podářském styku všeobecně vžil jako údaj druhový (generický), ledaže by k němu byl připojen dodatek, který mu pro konkrétní případ účinek zdruhovění odňal a vyvolal klamavost, jako „pravý“, „původní“ apod. (§ 46 odst.4). Zdruhověné plzeňské pivo lze pak vydávat za pravé, jedině vyrobí-li je (v náležité kvalitě – viz § 45) pivovar v Plzni. Ani si to často neuvědomujeme, že řada slov z běžného života vznikla zdruhověním až zlidověním označení původu – např. dalamánek (patrně z d'Allemagne), káva (Kaffa v Etiopii), tyl (Tulle ve Francii) apod. Označit nápoj za „pravou kávu“ by patrně již nemělo za následek porušení ustanovení § 46 obchodního zákoníku, ani generální klauzule.

Co bylo řečeno o nepravé provenienci, platí i o nepravých vlastnostech. Výrobek vyrobený z dřevotřísky nelze označit za „pravé dřevo“, „pravá kůže“ nemůže být na výrobku z umělé napodobeniny (koženky). Různá označení mnohdy navozují i zkreslenou víru, že se nabízejí předměty či služby zvláště kvalitní či jinak výhodné. Jestliže realitní kancelář na svých dopisech a při jiných příležitostech uvádí, že je členem obchodní a průmyslové komory, nevypovídá to mnoho o hodnotě jejich zprostředkovatelských služeb. Na nezkušeného klienta to však udělá zvýšený dojem.

Některé služby a povolání bývají zhusta příkrášlovány všelijakými nadsázkami (holič = vlasový stylist), jsou však povolání, jež požívají ochrany a nelze jejich názvy neoprávněně užívat, např. lidový léčitel se nesmí vydávat za lékaře nebo „doktora“ a tituluje-li ho tak jeho pacient, je povinen jej opravit. Magistr se nemá nechávat titulovat doktor. Názvy nechráněných povolání lze užívat až potud, dokud není publikum oklamáno, pokud spojuje daný pojem s jistou odborností, jíž však nositel názvu nevykazuje. Ustanovením § 46 zůstávají nedotčena práva a povinnosti vyplývající ze zapsaného označení předmětů ochrany, která je stanovena zvláštními zákony v oblasti tzv. průmyslového vlastnictví. Jsou to hlavně: z. č. 189/73 Sb. o ochraně označení původu výrobků, z. č. 174/88 Sb. o ochranných známkách a z. č. 132/89 Sb. o chráněných odrůdách rostlin a plemen zvířat, autorský zákon a další normy.

§ 47 – Vyvolání nebezpečí záměny

Obchodní zákoník podrobně upravil problematiku obchodního jména v § 8 – 12. Zákon nezakazuje úplně používat jméno či zvláštní označení, které někdo používá [10]. Lze používat docela legálně téhož jména, neexistuje-li nebezpečí zaměnitelnosti (pokud např. podnikají v nezaměnitelných hospodářských oborech – hotel Morava a kino Morava) nebo odstraní-li se nebezpečí zaměnitelnosti (např. u právnické osoby uvedením jejího sídla). U fyzických osob pak postačí k odlišení uvedení jiného místa podnikání.

Reklama vyvolávající nebezpečí záměny s podnikem, výrobky nebo s hospodářskou činností podnikatele vůbec, je jen jedním – a asi méně běžným – případem nekalé reklamy, nicméně nepochybně narušuje funkci hospodářské soutěže. Pojem záměny ve smyslu ustanovení § 47 se skládá ze dvou pojmových znaků – zaměnitelnosti a klamavosti. Oba tyto znaky musí být zároveň splněny. Jen taková

zaměnitelnost, která může vést ke klamání spotřebitelů, je způsobila narušit funkci hospodářské soutěže a naplňuje proto podstatu nekalé soutěže.

Rozsah pojmu zaměnitelnosti se v různých zemích chápe různě široce – u nás již tradičně [3, s.310 a násl.] se chápe v širším smyslu. Zaměnitelnost je tedy třeba chápat nejen z hlediska vlastní zaměnitelnosti obchodních názvů, značek, obalu apod., nýbrž je třeba ji vztahovat i na případy, kdy sice nedochází k přímé záměně těchto předmětů, avšak okolnosti, za nichž k užití došlo, jsou objektivně způsobily vyvolat ve veřejnosti mylný dojem o hospodářské či organizační souvislosti podniku s podnikem jiným. Pojem zaměnitelnosti z hlediska ustanovení § 47 je třeba chápat jako pojem objektivní, který není vázán na existenci jakýchkoliv subjektivních prvků, jako např. úmyslu, vědomí zaměnitelnosti apod. Tento názor zastávala i předválečná judikatura. Pro posouzení, zda je dána objektivní zaměnitelnost, rozhoduje celkový dojem průměrného spotřebitele, a to dojem, který zakotví v jeho paměti.

Objektivní zaměnitelnost se posuzuje individuálně – podle toho, jaká rozlišovací síla se tomu kterému prvku v reklamním projevu přisuzuje a má-li ji ten prvek, který je pro celkový dojem určující. Z hlediska soutěžního práva je zaměnitelný jedině ten předmět posouzení (výrobek, obal, značka, název apod.), který je individualizovatelný, řádně rozlišitelný od obdobných předmětů svého druhu. Předměty obecného užívání, např. generické označení, rozlišovací schopnost zásadně nemají, ledaže by se užívání takového předmětu stalo pro určitý hospodářský subjekt do té míry příznačným, že je ve vědomí veřejnosti s tímto subjektem spojeno.

Nebezpečnou záměnou je taková záměna, kterou postřehne již průměrný spotřebitel. Samozřejmě, že se vyžaduje, aby obchodní jméno či zvláštní označení podniku bylo již po právu užíváno jiným soutěžitелеm. V případě sporu rozhoduje priorita časová. Užití cizího obchodního jména či zvláštního označení podniku však nemusí být vědomé. Vyvoláním nebezpečí záměny je i užití zvláštních označení podniku nebo zvláštních označení či úpravy výrobků, výkonů nebo obchodních materiálů podniku, které v zákaznických kruzích platí pro určitý podnik nebo závod za příznačné.

Sub b) nacházíme v § 47 také demonstrativní výčet odlišujících znaků, u nichž hrozí nebezpečí záměny. Jako další bychom kupříkladu mohli uvést uniformy zaměstnanců, jednotná venkovní úprava budov, či dokonce velmi podobná telefonní a faxová čísla u podnikatelů ve stejném oboru.

I jednoduchý název a obyčejné slovo může získat druhotný význam – secondary meaning. Doktrína o secondary meaning chrání nikoliv slova jako taková, ale jako Symbols for Sale – prodejní symboly. Uvedl bych jeden současný příklad: slova „dobrá voda“ jsou součástí každodenního života. V naší veřejnosti se díky obchodně úspěšnému výrobku DOBRÁ VODA ve známé plastické láhvi stala příznačným pro název „zcela určité vody“ (tedy vody, pocházející z konkrétního hlubinného vrtu) produkované zcela určitou společností. Právní ochranu plynoucí z této skutečnosti si pak nezaslouží toto slovní spojení, ale kvalita kojenecké vody, kterou si spotřebitelé s touto vodou spojují.

Napodobení cizích výrobků, jejich obalů nebo výkonů (§ 47 písm. c) je specifickým příkladem vyvolávání nebezpečí záměny. Právní úprava v rámci nekalé soutěže

zde doplňuje právní úpravu v oblasti průmyslově právní a autorsko právní. Za jednání příčíci se dobrým mravům soutěže ve smyslu nekalé soutěže nelze považovat každé napodobení průmyslověprávně volných činností, nýbrž jen takové, které vykazuje zvláštní znaky jednání nekalé soutěže, zejména objektivní nebezpečí zaměnitelnosti. To platí pro otázku postihu tzv. otročkého napodobení, který vychází ze zásady, že i napodobení výsledků činnosti, které je jinak volné, může být v konkrétním případě uznáno jako objektivně zaměnitelné, jde-li o takové výsledky, které se pro určitý podnik staly příznačnými. V zahraniční teorii a praxi se pro reprobaci otročkého napodobení vyžaduje mnohdy i existence dalších znaků jednání povahy etické, z nichž se usuzuje na „rozpor s dobrými mravy“. [4, s.159]

§ 48 – Parazitování na pověsti

Goodwill podniku představuje určitý druh kapitálu, s kterým se počítá i v obchodních bilancích. Jeho podstatou je dobrá pověst podniku, jeho výroků a služeb a tvoří jeden ze základních podnikových nehmotných statků, který se často vyjadřuje i v penězích. § 48 obchodního zákoníku na rozdíl od § § 45 – 47 postihuje nepřímé zneužívání dobré pověsti podniku jednáním nekalé soutěže, a to tak, že se sice nevyvolává přímo záměna s výsledky obchodní činnosti jiného soutěžitele, nepřímě se však na tyto výsledky, aniž by byly přímo napodobovány, navazuje s cílem těžit pro výsledky vlastního nebo cizího podnikání z prospěchu, který by jinak soutěžitel nedosáhl. Z díky § 48: „Parazitováním je využívání ... s cílem získat prospěch...“ vyvozují, že touto formulací sledoval zákonodárce cíl stíhat nekalost pouze subjektivní, tedy úmyslné parazitování, a proto nepostačí pouhá objektivní nekalost. Účelový vtaň ji evidentně vylučuje.

Druhy parazitní reklamy:

1. Opěrná srovnávací reklama
2. Parazitování na slavném jméně
3. Parazitování na smyšleném jméně (charakteru)
4. Krádež nápadů, zejména reklamních sloganů

Opěrná srovnávací reklama je typickým příkladem parazitní soutěže. Je jí propaganda soutěžitele, že jeho výrobky či služby se svou kvalitou vyrovnají již osvědčeným a spotřebitelé veřejnosti známým výrobkům jiného soutěžitele. § 48 stíhá již toto opírání o pověst cizího výrobku samo o sobě, i kdyby tvrzení bylo jinak pravdivé. Kdyby pravdivé nebylo, šlo by o souběh s postihem nekalé reklamy podle § 45 – klamavá reklama.

Nedávno náš trh zaplavily krabíčky s margarínem Rama, což bylo doprovázeno televizní reklamou, ve které nám bylo tvrzeno, že „Rama chutná úplně jako naše máslo“. Později se dostavila dokonce inovace: „...chutná spíš jako šlehačka... je lepší než smetana“. Krásnější naplnění skutkové podstaty § 48 si těžko můžeme

představit. Výraz „rostlinné máslo“ lze však považovat za dovolený, neboť u něj klamání veřejnosti nehrozí. Slovo „máslo“ je tu potom použito jako abstraktnější označení, zahrnující i jiné než mléčné tuky.

Častým případem parazitování na pověsti podle § 48 je při označování výrobků či služeb uvádění dodatků opírajících se o dohrou pověst jiných známých výrobků či služeb, jako např. „výrobek druhu...“, „výrobek typu...“, „výrobek na způsob...“ apod. Na rozdíl od podstaty § 46 zde nezáleží na tom, zda je takový údaj klamavý či nikoliv. Kdyby klamavý byl, šlo by o souběh nekalé soutěže podle § 48 s postihem nekalé soutěže podle § 46.

Vyrábí-li soutěžitel A náhradní díly k výrobku soutěžitele B, lze reklamu s uvedením, že náhradní díl lze použít k výrobku soutěžitele B považovat za čistou, pokud soutěžitel A učiní veškerá opatření, která od něho lze požadovat, aby nevznikl klamný dojem, že takový náhradní díl pochází přímo od soutěžitele B. Totéž platí i o různých přídatných přístrojích, např. tiskárna EPSON kompatibilní s IBM.

Další možností, jak porušit ustanovení § 48 je parazitování na proslulosti významných osobností. Nauka o osobnostních právech praví, že taková osobnost – sportovec, umělec apod. – musí strpět určité omezení a zvýšené zásahy do vlastního soukromí. Jestliže však jejich podobizny, snímky z filmových rolí, úryvky z rozhlasových reportáží mají být využity k obchodní reklamě, smí se takovému parazitování na jejich proslulosti vzepřít. Mohou ovšem také s právem na vlastní tvář obchodně disponovat, dát svolení k jeho použití v komerční reklamě. Stávají se tak soutěžiteli v tom smyslu, jak tento pojem chápe obchodní zákoník.

Právo chrání i pověst kolektivní, tedy tzv. „slavných kolektivů“ – hudebních těles, sportovních mužstev apod. V reklamě nelze zcela libovolně uplatňovat ani jména těch osobností, které před delší či kratší dobou zemřely. Jejich památku pak chrání především potomci, ale i konkurenti „parazita“.

Právní ochraně se také těší typické literární, filmové a výtvarné postavy, které se staly populárními a tedy nabyly i na komerčním významu – tzv. charaktery. Stejně pak i jejich karikatury k hospodářským záměrům (nikoliv uměleckým) nemůže použít konkurence k získání prospěchu.

I když § 48 obchodního zákoníku mluví o parazitování na pověsti, teoretici radí pod tuto skutkovou podstatu též krádež nápadů. Navíc se zde často překrývají soutěžně právní i autorsko právní ochrana (např. u reklamní pohádky (Ivan Mládek), reklamní fotografie, veršiky apod.). V praxi však těchto případů ohledně veršovaných sloganů bude bezpochyby ubývat, jak ukazuje i moderní marketingový trend uchýlovat se ke krátkým a snadno zapamatovatelným sloganům. Veršování tedy ubývá, to však neznamená, že přejímání i krajně jednoduchých sloganů (zejména pokud se staly příznačné pro jednoho podnikatele) nebude možné zkoumat z hlediska § 48 o parazitování na pověsti.

§ 49 – Podplácení

Chceme-li pohlížet na ustanovení § 49 z hlediska její aplikace na nekalosoutěžní jednání nekalé reklamy, musíme si představit, že soutěžitel (na rozdíl od „veřejného činitele“ v § 182 tr. zák.) nabídne, slíbí nebo poskytne osobě uvedené sub a) dotyčného paragrafu s úmyslem docílení výhody v soutěži, nebo naopak žádá, dá si slíbit nebo přijme za stejným účelem prospěch, vydávaný za reklamní prostředek od osoby uvedené sub a) paragrafu 49. Je zde pak velmi nesnadno postřehnutelná hranice, kdy se jedná ještě o čistý reklamní trik a kdy už dochází k aktivnímu či pasivnímu podplácení. Soutěžitel, který zneužije rodinného příslušníka k aktivnímu nebo pasivnímu podplácení se přesto dopustí nepřímého podplácení, na které je v § 49 pamatováno. Je nutno opět zdůraznit, že se vyžaduje především rozpor s dobrými mravy soutěže a postačuje tedy úmysl docílit přednosti či jiné neoprávněné výhody. Ke škodě na jedné straně a přednosti či jiné neoprávněné výhodě nemusí skutečně dojít. Pokud k ní však dojde, je tento účel podmínkou subsumovatelnosti daného nekalosoutěžního jednání pod skutkovou podstatu podplácení. Z dikce § 49 odst. a) i b) vyplývá, že se jedná o nekalost pouze subjektivní, podobně jako tomu bylo u parazitování na pověsti.

§ 50 – Zlehčování

Při zkoumání pravdivosti či nepravdivosti šířených údajů (údaj jako pojem viz výše) lze konstatovat, že stačí jejich objektivní klamavý účinek ve veřejnosti. Údaje není nutno rozšiřovat, stačí i pouhé uvedení (platí i pro odst. 1). Z dikce odst. 2 (uvedení a rozšiřování) vyplývá, že pouhé uvedení nepostačuje u zlehčování pomocí pravdivých údajů. Újma opět nemusí nastat – stačí, je-li dáno nebezpečí vzniku materiální či nemateriální újmy.

Svoboda projevu znamená také právo každého vyjadřovat se k různým hospodářským subjektům a jejich činnostem. I tu však existují jisté meze a svoboda jedněch končí tam, kde by mohla být vážně dotčena svoboda jiných. Zvlášť přísní jsou v tomto ohledu v USA. Odsoudili tam např. k náhradě škody dvojici náboženských fundamentalistů, kteří v ochranné známce firmy Procter and Gamble spatřovali satanské znamení a vyzývali spoluobčany k bojkotu této firmy a jejich výrobků. [2, s.11]

Srovnávací reklama a zbožíové testy jsou pojmy velmi příbuzné, mající shodný předmět, jímž je srovnávání, nicméně liší se v subjektu, od kterého vychází ono srovnávání. U srovnávací reklamy jsou to spotřebitelé. U zbožíových testů jsou to všemožné instituce, které nejsou k podnikům, jichž se srovnávání týká, v soutěžně právním poměru, např. odborné časopisy apod. Ve věci zbožíových testů a srovnávací reklamy dochází u nás i ve světě k vývoji. Předválečný Nejvyšší soud ČSR vydal zásadní stanovisko, že „není slušné v soutěži, jestliže se kdo bez zvláštního popudu

a nejsa k tomu nucen zvláštními poměry případu, obírá poměry jiného podnikatele a zasahuje tak rušivě do jeho zájmů“.

Ve Velké Británii, USA a ve Francii byla však nedávno srovnávací reklama povolena a v EHS se připravuje direktiva, která v zásadě připouští korektní srovnávání. Naše právní úprava setrvává stále na důsledném potírání takovéto nekalé reklamy (ale kdoví na jak dlouho?) s tím, že přípustné může být následující srovnávání:

- oprávněná obrana (avšak jen pravdivými údaji a pod donucením okolnostmi),
- srovnání na žádost zákazníka (přímý a nevyprovokovaný dotaz, je to však poněkud sporné),
- vnitřní srovnání (srovnání s vlastními výrobky),
- srovnávání nezávislými subjekty (zbožové testy),
- systémové srovnávání (subjekty hospodářské soutěže zůstávají tehdy anonymní. Např. srovnává se magnetofon s autoreversem a bez něj).

Superlativ musí být, aby byl shledán čistým, užít oprávněně, tedy ne zjevně neoprávněně, např. nejlevnější v malém územním celku, pokud se najde někdo, kdo tam prodává ještě levněji. Někdy může být považován (podle názoru mnohých odborníků mylně) i 2. stupeň přídavného jména za jistý přehánějící superlativ k dodání pádnosti reklamnímu sloganu. Soudy se tím i někdy dají oklamat, jak o tom svědčí starší německý judikát RG z 12. 12. 1930 (causa „Odo!“). [3, s.15]

Nekalost reklamy zabraňující spočívá v doporučení koupě výrobků jedné firmy místo druhé, popř. vybízení k nákupu u jednoho obchodníka místo u druhého. Ke konkrétnímu srovnání zde nedochází, nicméně poctivá soutěž je narušována („Místo v Brně, vystavujte na pražském výstavišti“ apod.).

Ne přímo zlehčuje také ten soutěžitel, který o svém konkurentu či o jeho výrobcích nebo výkonech šíří hanlivé informace typu: „Trabant je dvoutaktní zebra“ a pod. Pochopitelně citlivá osobní defamace může spadat i pod skutkové podstaty jiných právních odvětví.

§ 51 – Porušení obchodního tajemství

Je velmi obtížné představit si jednání nekalé reklamy, které by porušovalo ustanovení § 51 obchodního zákoníku. Reklamního prostředku lze totiž použít až druhotně po naplnění této skutkové podstaty a jeho nekalost a „nečistost“ je tak až odvozená od jednání hlavního. Proto se nyní omezím jen na výše uvedené.

§ 52 – Ohrožování zdraví a životního prostředí

Jedná se o zbrusu novou skutkovou podstatu, kterou z. č. 111/1927 Sb. neznal a která doplňuje již tak neobyčejně roztráštěnou úpravu ochrany a tvorby životního prostředí. Judikatura zde neexistuje ani stará ani nová, vše lze však očekávat

v budoucnosti. Z hlediska nekalé reklamy tento paragraf nebude patřit k nejfrekventovanějším.

Pod skutkovou podstatu § 52 bych nezahrnoval tzv. „biologickou reklamu“, kdy soutěžitel své výrobky neoprávněně vydává za ekologicky a jinak čisté. Tyto případy by spíš vyhovovaly ustanovení o klamavé reklamě.

Odkazy v textu

- [1] Fryburger, V.R., Stopford, P.J. : *Advertising*. Chicago, The New Encyclopedia Britannica, díl 23, s. 540–545, 1991
- [2] Hajn, P. : *Co je (a co není) dovoleno v reklamě*. Profit (speciál), č. 10, s. 70, 1992
- [3] Hamann, L., Drábek, J., Buchtela, R. : *Soutěžní právo ČSR*. Linhart, Praha, 1091 s., 1938
- [4] *Humor reklamě neprospívá*. Moderní řízení, č. 11, s. 46, 1992
- [5] Knap, K. : *Právo hospodářské soutěže*. Orbis, Praha, 210 s., 1943
- [6] Kryštůfek, M. : *Zákon proti nekalé soutěži*. ČTU, Praha, 252 s., 1928
- [7] *Je možné, že vinně dobře prodávají zboží*. MF DNES, 13.3., s.9, 1993
- [8] *Reklama*. Sovětskaja encyklopedija, díl 21, Moskva, s.611–612, 1975
- [9] *Reklama*. Ottův slovník naučný, díl 21, s. 456 a dodatky 1938, díl 5 (1), s. 511–512, Praha, 1904
- [10] Stuna, S. a kol. : *Obchodní zákoník s podrobným komentářem pro právní a podnikatelskou praxi*. Trizonia, Praha, 577 s., 1992

* * *

S U M M A R Y

Some Comments on Unfair Advertising

The problems of unfair advertising are currently coming into the focus of the interest of both lay and expert public. The importance of competition law will increase in our country also due to the position this branch gained in the EC law. In this essay I tried to sketch the development of the legal regulation of unfair competition in our territory up to the present, outline the history of advertising and I also tried to analyze the Commercial Code substantive law regulation of unfair advertising. The core of my work rested in analyzing the several factual bases, their interrelationships and their relationship with the general clause. To demonstrate the enormous variety of the unfair competition cases, their consideration by both Czechoslovak and foreign courts and in many times the ambiguity of qualification I illustrated the theory by court decisions and artificial cases. I also tried to highlight the relationships of the competition law with other related branches of law.