

K právní úpravě klamavé reklamy v nekalé soutěži

Eva Večerková*

1. K POJMU „NEKALÁ REKLAMA“

Z tradičního zpracování problematiky reklamy v rámci práva nekalé soutěže vyplývá, že reklama v jakékoli nekalé podobě byla velmi hojnou nekalosoutěžní praktikou. Tehdejší zákonodárce pojal „klamavou reklamu“ a další jiné formy nekalosoutěžní reklamy praktičtěji než současný zákonodárce. Konkrétní skutkovou podstatu pojmenoval „*nekalá reklama*“ a zařadil ji v zákoně hned pod generální klauzuli (určitě proto, že se jednalo o nejčastěji se vyskytující nekalosoutěžní jednání).

„*Nekalou reklamou*“ se podle § 2 odst. 1 zákona č. 111/1927 Sb. z. a n., proti nekalé soutěži (dále též z. p. n. s.) rozumělo „*veřejné učinění nebo rozšiřování údajů o poměrech vlastního nebo cizího podniku, které jsou způsobilé oklamati a zjednati tím tomu podniku na úkor jiných soutěžitelů přednost při soutěži*“. Takto široce pojatá skutková podstata mohla zahrnovat přinejmenším následující nekalosoutěžní jednání:¹

- klamavou reklamu,
- klamavé označení zboží a služeb,
- vyvolání nebezpečí záměny,
- parazitování na pověsti,
- zlehčování,
- srovnávací reklamu,
- různé jiné formy nekalé reklamy (např. skrytá reklama, podprahová reklama, agresivní reklama – tzv. nepojmenované skutkové podstaty podřaditelné podle současné právní úpravy pod generální klauzuli nekalé soutěže).

Prvorepublikový zákon proti nekalé soutěži, podle mého názoru, velmi účelně a prakticky pojmenoval všechny různorodé nekalé reklamní praktiky „*nekalá reklama*“. Dřívější promyšlená provázanost jednotlivých soukromoprávních ustanovení o nekalé soutěži (i s úpravou trestněprávní a správněprávní) svědčila o logické struktuře celého zákona proti nekalé soutěži. V ustanovení § 2 odst. 2 z. p. n. s. bylo uvedeno, jaké údaje zejména patří mezi „*údaje, které jsou způsobilé oklamati*“. Na uvedené pojmy z ustanovení § 2 odst. 2 z. p. n. s. pak odkazovalo ustanovení § 10 z. p. n. s. (skutková podstata zlehčování). Bylo zcela zřejmé, že při interpretaci kterékoli ze skutkových

podstat nekalé soutěže (pojmenovaných v z. p. n. s.) se vycházelo z týchž obecných pojmů (jako např. údaj, veřejně učiněný, atd.).

Současná právní úprava „*nekalé reklamy*“, tedy jakékoli reklamy splňující znaky nekalé soutěže, není jednoduchá. Je roztržena do několika právních předpisů různého charakteru (soukromoprávních i veřejnoprávních), resp. i do mimoprávních norem (etické kodexy), a hlavně postrádá logickou strukturu a pojmovou „*čistotu*“. Základem právní úpravy „*nekalé reklamy*“ je zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále též ObchZ). Subsumování konkrétního případu nekalé reklamy pod některou ze skutkových podstat vyjmenovaných v obchodním zákoníku, tj. buď pod klamavou reklamu (§ 45) nebo pod srovnávací reklamu (§ 50a), příp. i pod jinou zvláštní skutkovou podstatu činí mnohdy obtíže. Reklama, která splňuje základní podmínky nekalé soutěže uvedené v § 44 odst. 1 ObchZ, ale současně nespĺňuje všechny podmínky dané konkrétní skutkovou podstatou (např. klamavou reklamou), bude posuzována jako tzv. **nepojmenované nekalosoutěžní jednání** pouze podle generální klauzule nekalé soutěže. Pokud o takové reklamě dříve opakovaně rozhodovaly soudy, je velmi pravděpodobné, že také již dostala svůj „*pracovní*“ název (např. skrytá reklama, redakční reklama, podprahová reklama).

Na současné problémy (ne)využitelnosti pojmenovaných skutkových podstat pro nekalou reklamu navazuji také jisté interpretační obtíže s jednotlivými ustanoveními obchodního zákoníku, příp. také s ustanoveními souvisejících právních předpisů (např. zákona o regulaci reklamy, zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání, zákona o ochraně spotřebitele apod.).

Snaha klamat je přirozenou lidskou (biologickou) vlastností, proto *právní úprava reklamy musí jistou dávku klamání dovolit*, a to takové klamání, které lze označit za lákání.² Naopak musí být právem zakázány takové klamavé soutěžní praktiky v reklamě, které jsou v rozporu s dobrými mravy soutěže a mohly by přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům. Taková jednání lze vždy označit za nekalosoutěžní (již podle generální klauzule).

Naše zákonná úprava nekalé soutěže se subsidiárním použitím generální klauzule vyžaduje, aby konkrétní jednání před podřazením pod zvláštní skutko-

* JUDr. Eva Večerková, Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

¹ Konkrétní skutkové podstaty jsou uvedeny pod názvy, které v současné právní úpravě používá obchodní zákoník.

² HAJN, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2000, s. 141.

vou podstatu nekalé soutěže (např. pod klamavou reklamou) splnilo kumulativně základní podmínky generální klauzule. Nastávají pak prakticky tři možné případy nekalosoutěžní reklamy:

1. Splňuje-li určitá reklama podmínky generální klauzule a současně i všechny podmínky zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže klamavé reklamy, může být podřazena pod speciální skutkovou podstatu klamavé reklamy (§ 45 ObchZ).
2. Splňuje-li určitá srovnávací reklama podmínky generální klauzule, avšak nesplňuje všechny podmínky přípustnosti srovnávací reklamy, uvedené v ustanovení § 50a odst. 2 ObchZ, může být kvalifikována jako **nekalá srovnávací reklama** (tj. nepřípustná).
3. Splňuje-li určitá reklama podmínky generální klauzule, ale nesplňuje podmínky zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže (např. klamavé reklamy), může být podřazena pouze pod generální klauzuli (§ 44 odst. 1 ObchZ) jako případ **nekalé reklamy** (tj. odlišné od klamavé reklamy a od nekalé srovnávací reklamy).

Z uvedeného členění vyplývá, že *nepojmenovaná skutková podstata „nekalá reklama“* (obsažená společně s ostatními nepojmenovanými případy nekalé soutěže v generální klauzuli) zahrnuje více variant nekalosoutěžního jednání v reklamě než pojmenovaná skutková podstata „klamavá reklama“.

Mnohé z projevů reklamy (reklama, při níž dochází ke zlehčování soutěžitele, k parazitování na jeho pověsti nebo k vyvolání nebezpečí záměny, četné nekalé reklamní způsoby, jako např. nepřiměřené formy lákání zákazníka, apod.) obsahují v sobě zároveň prvek klamavosti, proto *nebude vždy snadné od sebe odlišit reklamu klamavou a reklamu jinak nekalou.*³

2. NĚKTERÉ PROBLÉMY SOUČASNÉ ÚPRAVY KLAMAVÉ REKLAMY

Současná definice klamavé reklamy v ustanovení § 45 ObchZ obsahuje několik podmínek, které

musí být u konkrétního soutěžního jednání současně splněny, aby se mohlo jednat o klamavou reklamu:

- a) šíření údajů o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech, které je
- b) způsobilé vyvolat klamnou představu a
- c) zjednat tím vlastnímu nebo cizímu podniku v hospodářské soutěži prospěch na úkor jiných soutěžitelů či spotřebitelů.

Obecný pojem „reklama“ není pro účely obchodního zákoníku definován ani v tomto ustanovení, ani v jiných ustanoveních. Bude mu tudíž potřeba přisuzovat takový význam, jaký mu obecně náleží, příp. s použitím ustanovení jiných právních předpisů.

V současné době je pojem „reklama“ vysvětlen v zákoně č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů (zákon o regulaci reklamy) a neustále se „vyvíjí“, tzn. že při novelizacích tohoto zákona je zpřesňován.⁴ Dále je definice „reklamy“ obsažena v zákoně č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů (v § 2 odst. 1).⁵

Pojmem reklama se tradičně rozumělo „*chválení a vynášení vlastností zboží nebo výkonů za účelem získání co nejširšího kruhu odběratelů a co největšího odbytu*“. K. Skála označil reklamu za „*existenční nutnost pro každého podnikatele, podmínku rozmachu a úspěchu hospodářského podnikání*“.⁶ Vládní důvodová zpráva k z. p. n. s. uváděla, že „reklama je jedním z neúčinnějších prostředků konkurenčního boje, proto lze připustit zásah do tohoto prostředku jen tehdy, přesahuje-li reklama meze toho, co je ve slušných a reálných hospodářských stycích přípustné a dovolené“.

Při interpretaci ustanovení § 45 ObchZ je však nutno vycházet pouze ze zákonné definice (s přidáním definice pojmu „šíření údajů“, obsažené v druhém odstavci uvedeného ustanovení a definice „klamavého údaje“, obsažené ve třetím odstavci tohoto ustanovení), přestože běžné chápání pojmu „reklama“ (resp. „klamavá reklama“) je poněkud odlišné.

K zamýšlení vede více formulačních nepřesností,

³ HAJN, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2000, s. 142.

⁴ Ustanovení § 1 odst. 1 zákona o regulaci reklamy (platné do 31. 5. 2002) znělo: „Reklamou se pro účely tohoto zákona rozumí převládající proces, kterým jsou hledání uživatelé zboží, služeb nebo jiných výkonů či hodnot prostřednictvím komunikačních médií.“ Současná dikce § 1 odst. 1 zákona o regulaci reklamy uvádí, že **reklamou se rozumí oznámení, předvedení či jiná prezentace šířená zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, pokud není dále stanoveno jinak.**

⁵ Podle ustanovení § 2 odst. 1 písm. l) zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání se **reklamou pro účely tohoto zákona rozumí jakékoliv veřejné oznámení, vysílané za úplatu nebo jinou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání, určené k podpoře prodeje, nákupu nebo pronájmu výrobků nebo služeb nebo k dosažení jiného účinku sledovaného zadavatelem reklamy nebo provozovatelem vysílání.**

⁶ SKÁLA, K.: Nekalá soutěž. Její podstata a stíhání podle zákona ze dne 15. července 1927, č. 111. Sb. z. a n. Praha, Praetor, 1927, s. 97.

kteřé ve svém důsledku umožňují víceznačný výklad ustanovení obchodního zákoníku o klamavé reklamě. Pokusím se přiblížit některé z problematičtějších výrazů použitých v ustanovení § 45 ObchZ u některých znaků (podmínek) klamavé reklamy.

2.1 ŠÍŘENÍ ÚDAJŮ O VLASTNÍM NEBO CIZÍM PODNIKU, JEHO VÝROBCÍCH ČI VÝKONECH

2.1.1 Pojem „údaj“

Pojem „údaj“ není v ustanovení § 45 ObchZ nijak definován ani specifikován. Ani prvorepublikový zákonodárce nebyl veden snahou definovat obecně známé pojmy (reklama, učinění údaje, rozšiřování údaje, oklamati, zjednatí apod.). Zpřesňoval však zvláště takové pojmy, které by mohly mít víceznačný význam. Např. k pojmu „údaj“ v § 2 odst. 2 z. p. n. s. uvádí: „Náleží sem zejména údaje“ o jakosti a množství zboží nebo výkonu, o pramenech nákupních, místech a poměrech odbytových, poměrech majetkových a úvěrových, o způsobu výroby nebo stanovení cen zboží nebo výkonů, o výrobních nebo obchodních metodách, o významných nebo oprávněných, osobních poměrech, trvání nebo rozsahu podniku, o podnětu, příčině nebo účelu prodeje nebo výkonu nebo o stavu zásob. Zcela jednoznačně z právní úpravy vyplývalo, že výčet uvedených „údajů“ je pouze demonstrativní.

Proto s použitím tradičního výkladu K. Skály⁷ lze dospět i dnes k závěru, že údajem se rozumí každý projev nebo prohlášení vnímatelné smysly (zrakem a sluchem). Nezáleží tedy na formě a způsobu tohoto projevu. Může se tak stát ústně (slovy), písemně, tiskem. Důsledně klade zákon proti nekalé soutěži (§ 2 odst. 2) těmto projevům na roveň i vyobrazení nebo jakákoli zařízení, která mají slovní, písemný nebo tištěný údaj nahradit a jsou k tomu způsobilá (např. světelná, zvuková reklama atd.). Patří sem tedy i symbolické údaje (posunky), ochranné známky, díla sochařství, architektury, různé zkratky, výtržení a sestavení jednotlivých vět nebo slov v určitý, klamavý smysl, klamavý titul časopisu atd. Nerozhoduje, jde-li o údaj skutkové okolnosti či o údaj subjektivního mínění. Zákon tu nečiní žádný rozdíl. Patří sem tedy i kritiky, osobní názory, smýšlení, úsudky apod. Jsou pro obor reklamy stejně významné, ne-li významnější, než údaje o skutečnostech.

Protože jde o reklamu, přicházejí v úvahu jen údaje pochvalné, na rozdíl od zlehčování (§ 10 z. p. n. s.), kde se jedná o údaje hanlivé. Někdy bývá pochvala jednoho provázena současně zlehčováním druhého. Prosté hanění jednoho soutěžitele, ač nepřímo prospívá jině-

mu soutěžiteli (např. v obci jsou jen dva pekaři), není ještě vychvalováním tohoto jiného soutěžitele.

Údaj tu musí být; není-li vůbec žádný údaj, nemůže být ani jednání proti § 2 z. p. n. s. (např. když zboží je vůbec bez jakéhokoliv údaje a požívá dobré pověsti jen pro svou vnitřní výtečnou jakost). Údaj je možné učinit nejen pozitivně, ale i negativně, tj. mlčením (zamlčením určitých okolností) tam, kde okolností vyžadovaly aktivní projev, anebo prostým používáním určitého označení (jména, firmy, zvláštního označení).

Nezáleží na intenzitě údaje; avšak zjevná, dryáčnická přehánění sem nepatří. Je lhostejné, byl-li údaj učiněn při nabídce či poptávce po zboží nebo výkonu.

Z ustanovení § 45 ObchZ vyplývá, že u pojmu „šíření údajů“ je třeba zkoumat tři veličiny:⁸

- způsob šíření údajů,
- objekt šířených údajů,
- druh šířených údajů.

2.1.2 Způsoby šíření údajů

Způsoby šíření údajů jsou upraveny ve druhém odstavci ustanovení § 45 ObchZ, avšak ne zcela jednoznačně: „Za šíření údajů se považuje sdělení mluveným nebo psaným slovem, tiskem, vyobrazením, fotografií, rozhlasem, televizí či jiným sdělovacím prostředkem.“

Takto pojatý výčet není z logického hlediska zcela přesný, neboť jsou v něm do jedné řady stavěny některé obecnější prostředky lidského sdělování (mluvené slovo, psané slovo, vyobrazení, fotografie) a některá komunikační média (tisk, rozhlas, televize).⁹ Navíc není v uvedeném ustanovení obsaženo, zda „šíření údajů“ musí být prováděno veřejně. V neposlední řadě je třeba uvažovat o tom, proč zákonodárce pro definici klamavé reklamy použil právě pojem „šíření údajů“.

Jedním z problémů souvisejících s výkladem ustanovení § 45 odst. 2 ObchZ je formulace, která byla použita v závěru uvedeného výčtu. K tomu uvádí P. Hajn, že není jasné, kam ve výčtu řadit a jaký obsah dávat slovům „jiný sdělovací prostředek“; podle umístění v uvedeném výčtu „prostředků“ a podle významu, který je tomuto slovnímu spojení obvykle přisuzován, by se jednalo o jiný prostředek veřejného sdělování („hromadný komunikační prostředek“). Výraz „jiný sdělovací prostředek“ má tedy pravděpodobně doplňovat rozhlas a televizi o další jim podobné prostředky – jako např. kinosály, internet, elektronickou poštu aj. Pak by ovšem použitá formulace (vzhledem k uzavřené povaze výčtu) nekryla značně široký výklad

⁷ SKÁLA, K.: Nekalá soutěž. Její podstata a stíhání podle zákona ze dne 15. července 1927, č. 111. Sb. z. a n. Praha, Praetor, 1927, s. 99–100.

⁸ HAJN, P.: Právo nekalé soutěže, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 1994, s. 36–39.

⁹ HAJN, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2000, s. 143.

udělený pojmu „údaj“. Ten bývá chápán jako „*vše, co lze smysly postřehnout*“ (srov. k tomu výše uvedený Skálův komentář). Reklama dnes stále častěji působí například na zákazníkův čich a není pochyb o tom, že i to je sdělování a že takovým působením může být zákazník klamán. Údaje lze „sdělovat“ i posunkem či dokonce mlčením tam, kde by se ze situační souvislosti vyžadovalo vyjádření. Klamavým může být i určitý způsob předvádění výrobku, kterým jsou zprostředkovány zavádějící informace. P. Hajn uzavírá své pojednání tím, že slova „jiný sdělovací prostředek“ v závěru zákonného vymezení se dají chápat jako „kterýkoliv jiný prostředek, jímž si lidé vyměňují informace“ a takovou interpretaci lze jen doporučit.¹⁰

Formulace „šíření údajů jiným sdělovacím prostředkem“, podle mého názoru, byla použita pro doplnění výslovně uvedených „způsobů šíření údajů“ (viz druhý odstavec ustanovení § 45 ObchZ). Domnívám se proto, že ustanovení § 45 odst. 2 ObchZ obsahuje příkladný (a nikoli ukončený) výčet způsobů šíření údajů. Slovní spojení „jiným sdělovacím prostředkem“, uvedené v závěru ustanovení, je zde namísto výrazu „zejména“, který bývá zásadně v textu zákona používán na počátku jakéhokoli demonstrativního výčtu. Lze je tedy chápat jako tzv. pojistku pro výklad pojmu „šíření údajů“.

Další interpretační problém by mohl vzniknout v úvodním textu ustanovení § 45 odst. 2 ObchZ, v němž je (nadbytečně) konkretizováno, že má jít o „sdělení mluveným nebo psaným slovem“. V důsledku této formulace nejsou výslovně zákonem upraveny jiné varianty sdělení, které mluvené či psané slovo nahrazují. V případech, kdy se soutěžitelé navzájem (příp. i se spotřebiteli) budou dorozumívat jiným způsobem (posunky, znakovou řeč, gestikulaci, mimickými projevy apod.), je třeba použít podle mého mínění tzv. pojistku uvedeného ustanovení – „sdělení jiným sdělovacím prostředkem“.¹¹ K podpoře názoru, že k šíření klamavé reklamy může dojít i jiným způsobem než „mluveným nebo psaným slovem“ lze použít ustanovení občanského zákoníku (viz § 35 odst. 1 ObčZ): „Projev vůle může být učiněn jednáním nebo opomenutím; může se stát výslovně nebo jiným způsobem nevzbuzujícím pochybnosti o tom, co chtěl účastník projevit.“ (Ve druhém a třetím odstavci § 35 ObčZ jsou pak obsažena výkladová pravidla pro právní úkony vyjádřené „slovy“ a „jinak než slovy“.)

Podobně lze uvažovat o možnosti klamání jiných osob klamavou reklamou, k níž bude docházet např.

„*šířením“ umělecké produkce* (hudba, balet, sochy, architektura, apod.). Nic nenasvědčuje tomu, že by např. socha vystavená ve výstavní síni mohla být „sdělením slovem, tiskem, vyobrazením“. Rovněž v těchto specifických případech klamavé reklamy bude třeba využít tzv. pojistku – „*šíření údajů jiným sdělovacím prostředkem*“.

V každém konkrétním případě nekalé soutěže, který by měl být podřízen pod skutkovou podstatu klamavé reklamy, bude muset soudce vždy pečlivě a rozumně zvažovat, zda došlo ke splnění podmínky „šíření údajů“ nebo nikoli.

Stanovisko současného zákonodárce, který zvolil *složitou zákonnou konstrukci klamavé reklamy*, spočívající v jedné (hlavní) definici (viz první odstavec § 45 ObchZ), jež však ke svému uplatnění potřebuje dvě další (vedlejší) definice (viz druhý a třetí odstavec § 45 ObchZ), lze stěží úspěšně obhajovat. Vymezení klamavé reklamy v § 45 sice opustilo přehnanou kazuistiku zavedenou dříve i v tomto ohledu hospodářským zákoníkem, ale kvality obecné konstrukce obsažené v praporepublikovém zákoně proti nekalé soutěži z r. 1927 (§ 2) pohříchu přece jen nedosáhlo. Předválečný zákon byl, pokud jde o úpravu reklamy, podrobnější než dnešní.¹²

V této souvislosti vyvstává mimo jiné otázka, zda se některá z „komplikací“ současně platného ustanovení § 45 ObchZ o klamavé reklamě „nezrodila“ již dříve, tedy v úpravě nekalé reklamy zákonem proti nekalé soutěži, a „nepřežívá“ v podobě převzatých ustanovení i v současnosti.

Po prvním zběžném nahlédnutí do ustanovení z. p. n. s. o nekalé reklamě lze odpovědět na výše položenou otázku: Nepřesnosti současné úpravy klamavé reklamy rozhodně nelze „omlouvat“ tradiční úpravou (a jejími případnými nepřesnostmi), neboť jde o dva různé (a v mnohém odlišné) přístupy ke zpracování problematiky nekalé soutěže, k níž došlo reklamou.

I bez podrobného právního rozboru ustanovení z. p. n. s. je možné se pokusit o namátkové dílčí srovnání dvou právních úprav – tradiční (nekalé reklamy) a současné (klamavé reklamy). Ustanovení § 2 až 3 z. p. n. s. o nekalé reklamě je především nutno zkoumat včetně nadpisu („2. Nekalá reklama“), uvedeného nad § 2, neboť v textu zákona pojem „nekalá reklama“ vůbec nikde není obsažen ani definován. To lze považovat za kladný a odpovědný přístup zákonodárce, který neposkytl v zákoně „přesný návod“ (či metodický pokyn), ale více „spoléhá“ na posuzování každého

¹⁰ HAJN, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2000, s. 143.

¹¹ Lze si např. představit shromáždění hluchoněmých občanů, kteří si budou znakovou řečí (což není ani mluvené ani psané slovo) „sdělovat údaje“. Takto sdělované údaje mohou mít určité povahu klamavých údajů a možná tím spíše, neboť se vyskytují a šíří ve skupině lidí do značné míry uzavřené vůči svému okolí, které by příp. mohlo včas (tedy i preventivně) proti takovému způsobu klamavé reklamy zasáhnout.

¹² ELIÁŠ, K. in ELIÁŠ, K., BEJČEK, J., HAJN, P., JEZEK, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 3. vydání, Praha, C. H. Beck, 2002, s. 308.

konkrétního případu nekalé reklamy (stejně jako všech ostatních speciálních i obecných skutkových podstat nekalé soutěže) osobami kvalifikovaných soudců.¹³

K problému „veřejného“ či „neveřejného“ šíření údajů podle § 45 ObchZ lze rovněž při srovnání s textem § 2 z. p. n. s. („kdo veřejně učiní nebo rozšiřuje údaje“) jednoznačně prohlásit: Není-li výslovně v textu § 45 ObchZ uvedeno, že se požaduje „veřejné“ šíření údajů, pak může ke klamavé reklamě dojít i „neveřejně“.

Stejně vyložil text zákona K. Eliáš,¹⁴ který ve své práci uvedl, že klamavou reklamou je *jakékoli šíření klamavých údajů*, tedy šíření veřejné i neveřejné. Neveřejným šířením klamavých údajů mluveným slovem bude např. sdělení prodávače zákazníkovi za nepřítomnosti dalších osob v provozovně. Ratio legis, svědčící tomuto výkladu, lze spatřovat v argumentu, že i taková neveřejná sdělení mohou být dále rozšiřována tou osobou, vůči níž byla učiněna. I v tomto směru se však uplatní *korektiv dobrých mravů soutěže*; neveřejná sdělení adresovaná rodinným příslušníkům nebo osobním přátelům, byť by jinak byla z hlediska § 45 ObchZ závadná, se z postihu za nekalou soutěž vymykají.

K podmínce zákona proti nekalé soutěži, že *reklama musí být „veřejná“*, uvedl K. Skála ve svém spisu,¹⁵ že zákon blíže neurčuje pojem veřejnosti, pokládá je z jiných zákonů za běžný. Spadaly tedy pod pojem „veřejných údajů“ takové údaje, které byly přístupné a zjevné širokému obecnstvu, bez ohledu jakému a jak velikého počtu. Patřily k nim údaje ve veřejných shromážděních, v tiskopisech veřejně rozšiřovaných (časopisy, letáky, brožury, prospekty, katalogy, kalendáře apod.), ve výstavách, veřejně vyvěšených tabulích (firmy, zevní označení) nebo jiných takových podnikových zařízeních (reklamní vozy, tabule, reklamní chodci), ve výlohách, údaje na zboží veřejně vystaveném (označení zboží, etikety, úprava) a kterákoli jiná ústní veřejná vychvalování zboží, pokud jen všude jsou smysly (zrakem, sluchem) postřehnutelná.

Je navíc třeba doplnit, že ve čtvrtém odstavci § 2 z. p. n. s. bylo „zřetně“, že *veřejně byl učiněn údaj i tehdy, stal-li se ve sděleních pro větší okruh osob, zejména v nápisech na zboží nebo jeho obalech, ve vyhláškách, obchodních oběžnících, cenících a tiskopisech*.¹⁶

Z výše uvedeného komentáře k pojmům uvedených v ustanovení § 2 z. p. n. s. vyplývá, že zřejmě to byl právě Skálův kvalifikovaný rozbor pojmu „veřejně učinění a rozšiřování údaje“, kterým se současný zákonodárce řídil a na jehož podkladě si dovolil výraz „veřejně“ do ustanovení § 45 ObchZ vůbec nezařadit (viz např. Skálovu formulaci „od osoby k osobě, ježto konečný efekt sdělení je tu týž“).

Poslední z výše uvedených problémů se dotýkal toho, zda bylo nezbytně nutné použít v definici klamavé reklamy (§ 45 ObchZ) výraz „šíření údajů“. Domnívám se, že mnohem přesnější byl text ustanovení § 2 odst. 2 z. p. n. s., podle něhož nemuselo vždy bezpodmínečně dojít k „šíření údajů“, ale postačovalo „veřejně učinění“ údajů (resp. údaje). *Údaj musel být učiněn nebo rozšiřován*, stačil jeden projev. Z povahy zdržovacích žalob pak vyplývá, že musela být dána obava před opakováním. Pramen rozšiřování pocházel zpravidla zvenčí (např. vědomost získaná čtením, poslechem, zrakem); opětovanost údajů však nebylo třeba. Nestačila pouhá přípravná jednání (např. pouhé sepsání reklamy), pokud nevešlo nebo nemohlo vejít ve známost veřejnosti (resp. většího okruhu osob). Stačila však pouhá možnost postřehu údaje.¹⁷

2.1.3 Objekt šířených údajů

Objekt šířených údajů vyplývá z úvodu definice klamavé reklamy obsažené v § 45 ObchZ (srov. dikci „šíření údajů o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech.“). Objektem šířených údajů tedy podle obchodního zákoníku může být:

- vlastní podnik nebo cizí podnik,

¹³ Podle ustanovení § 21 z. p. n. s. byla dána věcná příslušnost soudů pro soukromoprávní spory z nekalé soutěže takto: „Civilní spory podle tohoto zákona sluší rozhodovati výlučně sborovým soudům 1. stolice.“

¹⁴ ELIÁŠ, K. in ELIÁŠ, K., BEJČEK, J., HAJN, P., JEŽEK, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 3. vydání, Praha, C. H. Beck, 2002, s. 308.

¹⁵ SKÁLA, K.: Nekalá soutěž. Její podstata a stíhání podle zákona ze dne 15. července 1927, č. 111. Sb. z. a n., Praha, Praetor, 1927, s. 98–99.

¹⁶ K. Skála podal ve svém díle rozbor výrazu „pro větší okruh osob“, z kterého vyplývalo, že „pro větší okruh osob“ ke sdělení došlo tehdy, pokud bylo směřováno předem neurčitému množství osob, na část obecnstva (zákaznictva) – např. u cirkulářů, katalogů, účtů, jídelních lístků, označení na zboží, v obchodě atd. Slovo „větší“ nepoukazovalo jen na ciferně značnější množství, ale i na zvláštní poměr, při němž je význam veřejnosti relativně dán i při poměrně menším množství. Ze slova „pro“ vyplývalo, že sem patří i takové sdělení, které se děje formou postupného, systematického roztrušování od osoby k osobě, neboť konečný efekt sdělení je tentýž jako u sdělení směřovaného současně na všechny (tato forma reklamního sdělování je mnohdy ještě účinnější a bylo by proto pochybením dát jí nekontrolovanou volnost). Veřejným však nebyl údaj učiněný výlučně jen vůči určitým jednotlivým osobám (zákazníkům), pokud však nešlo právě o zmíněné systematické roztrušování údaje od osoby k osobě. U těchto ojedinelých a také těžko zjistitelných a dokazatelných údajů nebyl takový zájem na jejich potlačování. Nepatřily tedy k veřejným údajům např. údaj mezi čtyřma očima (důvěrný), údaj vůči několika osobám, pokud jen nebyl určen pro větší, neurčitý okruh osob (zákazníků), dále v soukromém dopise (byl obchodním), v účtu apod. In SKÁLA, K.: Nekalá soutěž. Její podstata a stíhání podle zákona ze dne 15. července 1927, č. 111. Sb. z. a n., Praha, Praetor, 1927, s. 98–99.

¹⁷ SKÁLA, K.: Nekalá soutěž. Její podstata a stíhání podle zákona ze dne 15. července 1927, č. 111. Sb. z. a n., Praha, Praetor, 1927, s. 100.

- výrobky vlastního podniku nebo výrobky cizího podniku,
- výkony vlastního podniku nebo výkony cizího podniku.

Údaje o cizím podniku bude šířit např. maloobchodník podléající se na reklamní kampani svého dodavatele. Typicky budou šířit údaje o cizím podniku reklamní agentury a také tisk, rozhlas, televize, internet apod. a tím se často dopouštět klamavé reklamy. Odpovědnost za klamavou reklamu má objektivní charakter a nemusí zde být dán úmysl klamat. Není proto podstatné, že tyto subjekty jen převzaly údaje od podniku, pro který reklamu zajišťují a spoléhaly se na korektnost takových údajů. Na tuto problematiku a případně vzniklou odpovědnost za škodu musí být pamatováno ve smlouvě mezi reklamní agenturou či médií na jedné straně a zadavatelem reklamy na straně druhé. Pod klamavou reklamu – podle doslovného znění zákona – by však bylo možné řadit šíření nesprávných, očeňujících údajů o cizím podniku, jeho výrobcích a službách, přičemž se bude jednat o podnik soutěžitelův. Podle současné úpravy tu bude většinou naplněna spíš skutková podstata zlehčování soutěžitele podle ustanovení § 50 ObchZ.¹⁸

Zvýšenou pozornost zasluhuje pojem „podnik“, použitý v ustanovení § 45 odst. 1 ObchZ (viz dleci „šíření údajů o vlastním nebo cizím podniku“). Mám za to, že v tomto případě obchodní zákoník převzal (ve značné míře) do svého ustanovení § 45 formulace z prvorepublikové úpravy nekalé reklamy (§ 2 odst. 1 z. p. n. s) i s tehdejšími výrazy (viz text „o poměrech vlastního nebo cizího podniku údaje“). Avšak ze Skálova výkladu pojmů použitých v z. p. n. s. vyplynulo, že ochrana zákona je propůjčena pouze soutěžitelům. V ustanovení § 46 z. p. n. s. pak byl pojem soutěžitel definován: „soutěžitelem může být jedine podnikatel“. Ráz *podniku* měly všechny samostatně provozované hospodářské činnosti, nesoucí se k trvalému zdroji příjmů, ať již zhodnocováním zboží nebo výkonů bez rozdílu, pokud šlo o činnost upravenou živnostenským řádem či nikoli. Při vysvětlování subjektů závadného jednání (pachatelů) použil K. Skála pojem „podnik“ zase takto: „Podnikatelé – soutěžitelé, tedy majitelé živností, zúčastnění osobně svým *podnikem* a svou osobou na poli soutěžním. Tito dodají asi největší kádr pachatelů, ježto mají osobní zájem na prosperitě vlastního resp. zeslabení soutěžní pozice druhého *podniku*. Osoby tyto budou tedy zpravidla samy jednat. Z odpovědnosti není vyňat ani takový podnikatel, který vykonává živnost nedovoleně, např. fušer. Stačí faktum,

že jde o činnost, jeví se jako *podniková*, bez ohledu na to, opírá-li se o zákonné oprávnění či nic.“

Rozhodně nejsou srovnatelnými pojmy „podnik“ ve smyslu zákona proti nekalé soutěži (hospodářská činnost) a „podnik“ podle ustanovení § 5 ObchZ (hromadná věc). Porovnáme-li ovšem současný pojem „podnikání“¹⁹ s tehdejšími pojmem „podnik“, zjišťujeme určitou podobnost. V některých souvislostech se však pojem „podnik“ (dříve i dnes) nesprávně vykládá jako subjekt – buď pachatel nebo osoba nekalosoutěžním jednáním dotčená.

Pokud se má podle současné platné právní úpravy určité nekalosoutěžní jednání kvalifikovat jako klamavá reklama, musí dojít k šíření údajů o alespoň jednom z výslovně uvedených objektů šířených údajů (nebo o více objektech současně), tedy o šíření údajů o vlastním podniku, o cizím podniku, o výrobcích nebo výkonech vlastního podniku nebo cizího podniku. Podle K. Eliáše²⁰ by bylo z věcných důvodů na místě vykládat příslušné ustanovení extenzivně tak, že pod tyto údaje spadají i údaje uváděné o podnikateli (resp. o soutěžiteli – pozn. autorky).

2.1.4 Druh šířených údajů

Z ustanovení § 45 ObchZ přímo ani nepřímou nevyplývá druh šířených údajů. Předválečný zákon se pokoušel prostřednictvím demonstrativního výčtu v § 2 odst. 2 naznačovat, o jaké druhy údajů by se mohlo u nekalé klamavé reklamy jednat. Lidská schopnost klamat dokáže však nabývat netušených podob a tím potvrzovat, že existuje i tak zvaná perverzní tvořivost. Proto úprava současná vcelku vhodně zvolila úpravu obecnější. Nicméně i kazuistická úprava předválečná může poskytnout ne jeden inspirující podnět k výkladům úpravy současné.²¹

Z ustanovení § 45 ObchZ vyplývá pouze to, že ke klamavé reklamě může dojít šířením údaje

- jakéhokoli (nepravdivého i pravdivého), je-li toto šíření *způsobilé vyvolat klamnou představu* (viz první odstavec § 45),
- pravdivého, může-li vzhledem k okolnostem a souvislostem, za nichž byl učiněn, *uvést v omyl* (viz třetí odstavec § 45).

2.2 ZPŮSOBILOST ÚDAJŮ VYVOLAT KLAMNOU PŘEDSTAVU

Podle ustanovení § 45 odst. 1 ObchZ je klamavou reklamou takové šíření údajů, které je *způsobilé vy-*

¹⁸ HAJN, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2000, s. 144–145.

¹⁹ „Podnikáním se rozumí soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku.“ (viz ustanovení § 2 odst. 1 ObchZ).

²⁰ ELIÁŠ, K. in ELIÁŠ, K., BEJČEK, J., HAJN, P., JEZEK, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 3. vydání. Praha, C. H. Beck, 2002, s. 309.

²¹ HAJN, P.: Právo nekalé soutěže, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 1994, s. 39.

volat klamnou představu. Podle třetího odstavce § 45 ObchZ je klamavým i údaj sám o sobě pravdivý, jestliže vzhledem k okolnostem a souvislostem, za nichž byl učiněn, může uvést v omyl.

Způsobilost údajů k vyvolání klamně představy není zdaleka totéž jako nepravdivost těchto údajů. Klamání často používá běžnou demagogickou taktiku. Operuje s jednotlivými pravdivými údaji, které jsou však vybrány z celkového spektra údajů tak, že je poskytována celkově nepravdivá informace. Naopak zase údaje nepravdivé nemusí vykazovat způsobilost ke klamání a jsou proto v reklamě přípustné (jde zejména o případy tzv. obvyklého reklamního přehánění).²²

V prvním odstavci § 45 není uvedeno „šíření klamavých údajů“, ale pouze „šíření údajů, které je způsobilé vyvolat klamnou představu“. Znamená to, že postačuje jen „způsobilost“ a nemusí ke klamání dojít. V tomto znaku se ustanovení § 45 ObchZ a § 2 odst. 1 z. p. n. s. shodují (srov. text v z. p. n. s. „údaje, které jsou způsobilé oklamati“).

Podle mého názoru současná úprava klamavé reklamy mohla zachovat bezproblémovou prvorepublikovou formulaci „údaje, které jsou způsobilé“ (vedlejší věta tedy rozvíjela předmět „údaje“) a nemodernizovat ji na „šíření údajů, které je způsobilé“ (vedlejší věta rozvíjí „šíření“). Znovu zde ožívá problém, že pouhé „učinění“ údaje, který je způsobilý oklamat, nesplní současnou první podmínku klamavé reklamy podle § 45 ObchZ – „šíření údajů“. Přestože dojde ke splnění všech ostatních podmínek klamavé reklamy, nemůže být takové „učinění údaje“ kvalifikováno jako klamavá reklama. (Stejně tak může teoreticky dojít k případu, kdy údaj sám o sobě bude způsobilý vyvolat klamnou představu, ale šíření takových údajů tuto způsobilost bude postrádat a nedojde proto takovým jednáním ke klamavé reklamě podle § 45 ObchZ.)

Údaj je *způsobilý oklamat*, může-li vzbudit u obecnosti (zákazníků, odběratelů) omyl nebo nesprávnou domněnku o tom, čeho se týká. Není-li dána taková způsobilost, zejména když údaj zjevně není míněn vážně (např. při dryádnické, zjevně přehnané nebo žertovné reklamě), není údaj klamavý.²³

Objektem klamání bylo podle K. Skály *zákaznictvo*

ve svém průměru (soudce musel přihlížet k průměrnému vzdělání a chápavosti jen těchto zákaznických kruhů). Nerozhodoval tedy úsudek jednotlivého zákazníka – neomlouvalo, že se určitý zákazník nedal údajem oklamat, ale naopak zase se nemohlo počítat s podprůměrnými znalostmi, tedy příliš snadnou možností oklamání.

Klamavým byl zpravidla *údaj nesprávný*, tj. takový, který se neshodoval se skutečnými poměry (podle současné terminologie „nepravdivý údaj“). Avšak za jistých okolností mohly působit klamavě i údaje správné (dnes pojem „pravdivý údaj“).²⁴

Nerozhodovalo, jaký smysl přikládal svému údaji jeho původce, nýbrž jedině, jak jej přijímalo zákaznictvo. Nejasné, neurčité, dvojsmyslné a jinak nezřetelné údaje byly tedy vždy na vrub jednajícíchho.

Při posuzování, je-li údaj způsobilý oklamat, je třeba přihlížet i k dodatkům (např. „druh“, „typ“, „způsob“ apod.), jakož i k zevní úpravě (zejména zvláštní způsob tištěných údajů, při němž některá slova nebo písmena jsou vytištěna ve zvláště velkých literách a ve svém souboru dávají jiný smysl než celý nebo ostatní text údaje). Je-li údaj kombinovaný, tj. složený ze slov a obrazů, rozhoduje vždy celek, celkový dojem.

Klamavost údaje však sama o sobě nestačila. Bylo třeba, aby údaj svou klamavostí byl způsobilý zjednat podniku přednost při soutěži na úkor jiných soutěžitelů.

2.3 ZPŮSOBILOST ZJEDNAT V HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽI PROSPĚCH NA ÚKOR JINÝCH SOUTĚŽITELŮ NEBO SPOTŘEBITELŮ

Tato poslední podmínka klamavé reklamy je složena ze dvou částí, které je třeba vnímat a interpretovat neodděleně, společně: 1. „způsobilost zjednat jednomu prospěch“ a 2. „na úkor jiného“. Musí být společně s ostatními splněna, má-li být jednání subsumováno pod skutkovou podstatu „klamavá reklama“ podle § 45 odst. 1 ObchZ.

Podmínkou „způsobilosti zjednat vlastnímu nebo cizímu podniku v hospodářské soutěži

²² HAJN, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2000, s. 146.

²³ „Není zpravidla vážně míněn a též jako vážný přijímán údaj 'největší výběr', 'výtečná jakost', 'nejlevnější cena', 'úžasné levná cena', 'téměř zadarmo' atd. Jde tu o známou sebechválu obchodníka, kterou kupující bere vždy s rezervou. Poukazuje-li se však těmito výrazy na zvláštní jakost, která tu není, je takové zjevné reklamní přehánění závadné (např. slovo „prima“ předpokládá alespoň dobrou jakost a nelze ho použít při vychvalování méněcenného zboží). Není závadné, uvádí-li obchodník X v plakátu, že lze u něho dostat totéž zboží za tytéž ceny jako u obchodníka Y.“ In SKÁLA, K.: Nekalá soutěž. Její podstata a stíhání podle zákona ze dne 15. července 1927, č. 111. Sb. z. a. n., Praha, Praetor, 1927, s. 100.

²⁴ Např. bylo závadné poukazovat na přídavky, přívazky ke zboží apod., pokud se zamlčelo, že o cenu těchto přídavků byla cena zvýšena. Závadné bylo také uvádět ve výkladu nižší ceny se zamlčením, že jde o výjimečné kusy zboží, závadné bylo vyzdvihovat některou látku, z níž bylo zboží vyrobeno, aby se vzbuzoval dojem zvláštní jakosti, ačkoli de facto látka jakost zboží nezlepšovala, závadné bylo zdůrazňování určitých titulů, povolání apod., jimiž se měla u zákazníka vzbudit určitá představa o jakosti zboží nebo výkonů. Proto kladl § 2 odst. 3 z. p. n. s. mezi klamavé i údaje *správné*. Bylo třeba přihlížet i ke smyslu a účelu údaje, jakož i k celkovému jeho vlivu na konzumenta. Šlo zpravidla o nekalý způsob přilákání zákazníků k prodávaci; např. v inzerátu byla nápadně nízká nabídka, ve výkladu byl jeden kus zboží označen nízkou cenou nebo klamavou úpravou (např. číslicí 12,99 Kč, přičemž 99 hal. bylo napsáno sotva znatelně). Těmito způsoby se přivedl kupec do obchodu, kde se již přemluvil a přiměl k nákupu zboží dražšího nebo jiného. In SKÁLA, K.: Nekalá soutěž. Její podstata a stíhání podle zákona ze dne 15. července 1927, č. 111. Sb. z. a. n., Praha, Praetor, 1927, s. 101.

prospěch“ se skutková podstata klamavé reklamy zásadně odlišuje od generální klauzule. Je třeba navíc zdůraznit, že postačuje pouhá *způsobilost* šířením údajů zjednat vlastnímu nebo cizímu podniku v hospodářské soutěži prospěch. Dosazení prospěchu není podmínkou.

Klamavé údaje musí být schopny přinést *prospěch* tomu, kdo je šíří (nebo tomu, v jehož zájmu jsou šířeny). Nepostačí pouhá *způsobilost* přivodit újmu soutěžiteli či spotřebiteli (jako u generální klauzule). Získání prospěchu v hospodářské soutěži typicky spočívá ve větším podílu na trhu, v získání dalších zákazníků. Může se však jednat o prospěch nehmotné povahy (klamavá reklama vytváří ve veřejném mínění lepší představu o soutěžiteli, než by odpovídalo skutečnosti a může tím neoprávněně oslabovat dobrou pověst jeho konkurentů). Vždy se však musí jednat o prospěch, jež je nebo má být získán v hospodářské soutěži.²⁵

Výraz „na úkor jiných soutěžitelů či spotřebitelů“, použitý v ustanovení § 45 ObchZ, se svým slovním obratem (nikoli významem) liší od třetího znaku generální klauzule, jímž je „způsobilost přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům“. Pravděpodobně tím zákonodárce nezamýšlel zcela jiné skutečnosti, ale pouze se snažil jinými výrazy vyjádřit totéž a vlastně ještě tuto okolnost („potenciální újmu jiným“ podle generální klauzule) zdůraznit („na úkor jiných“ podle § 45 ObchZ).

Výraz „na úkor“ musí být chápán rozšiřujícím způsobem. Označuje nejen újmy materiální, ale také újmy nehmotné, k nimž dochází i tehdy, jestliže klamavé údaje omezují svobodu spotřebitelova rozhodnutí. Přestože je v ustanovení použit plurál, stačí, když je dána *způsobilost* zjednat prospěch na úkor jediného soutěžitele nebo dokonce i jediného spotřebitele.

Pokud někdo šíří klamavé údaje způsobem, který prokazatelně vyvolává antipatie spotřebitelské veřejnosti a spíše mu zákazníci odrazuje, než aby je přitahoval, nemohl by být postihován podle § 45 ObchZ (srov. dikci „zjednat tím prospěch“). Lze si však dobře představit, že jeho jednání by bylo posuzováno podle generální klauzule nekalé soutěže. Mohlo by totiž vyvolávat nepříznivý dojem o celém hospodářském odvětví a tím být *způsobilé* přivodit újmu ostatním soutěžitelům.²⁶

Podle § 2 odst. 1 z. p. n. s. bylo také třeba, aby údaj svou klamavostí byl *způsobilý* zjednat podniku tomu (tj. vlastnímu nebo cizímu) přednost při soutěži na úkor jiných soutěžitelů. K. Skála²⁷ vložil uvedenou formulaci tak, že klamání musí být *způsobilé* projevit účinky i na poli soutěžního závodění, přivodit totiž jednajícimu přednost při soutěži, a to na úkor jiných soutěžitelů, kteří by snad přicházeli v úvahu, kdyby nebylo bývalo klamavého údaje.

Úkor (újma) jiných soutěžitelů spočíval podle K. Skály v tom, že by soutěžitelé mohli být anebo byli připraveni o zakázku, objednávku, dodávku, uzavření smlouvy atd., s níž jinak podle obvyklého běhu věci mohli počítat. Tím právě se stával klamavý údaj pro zájmy soutěžitelů nebezpečným, neboť ohrožoval jejich soutěžní pozice ve srovnání s jinými.

Nebyl tedy závadný údaj, byť i klamavý, neměl-li zároveň *způsobilost* právě uvedeně. Vzhledem k účelu zákona, který chránil jen zájmy soutěžitelů, to bylo logické. Pokud byl oklamán jen konzument, aniž by přicházela v úvahu soutěžní pozice jiných soutěžitelů, nebyl čin podle zákona proti nekalé soutěži závadný. Z druhé strany však nestačilo, že jednání bylo *způsobilé* přivodit soutěžitelské poškození (tj. jednomu přednost, druhému újmu), nebylo-li zároveň klamavé (např. byl-li údaj pravdivý, správný, neklamavý a zjednal podniku přednost jen vnitřní pravdivostí a závažností svého obsahu). Zákon tuto spojitost naznačoval slovem „tím“, čímž byla vyznačena vzájemná spojitost a kauzálnost mezi oběma skutkovými podmínkami. Exkulpoval tedy protidůkaz, že docílení přednosti stalo se jiným způsobem než klamavým údajem (např. vynaložením většího úsilí osobního a finančního). Oproti tomu nestačila klamavost sama o sobě (např. učinění klamavého údaje o svém podniku v kruhu rodinném, na úřední dotaz apod.).

Slovem „tím“ byla vyjádřena navíc jistá relace mezi soutěžitelským poškozením a klamavostí. Nezáleželo tedy na tom, zda se údaj týkal zvláště důležitých, významných (relevantních) okolností, nýbrž stačil údaj o kterékoliv okolnosti, pokud jen svou klamavostí mohl přivodit soutěžitelské poškození. Podmínky „*způsobilost* klamat“ a tím „zjednat přednost“ byly splněny zejména tehdy, byla-li dána možnost, že se zákazníkovi bude zdát „nabídka příznivá“ nebo „zvláště příznivá“. Tento pojem se tehdy vyskytoval v právu německém a rakouském, ale český z. p. n. s. jej nepoužil, neboť v teorii i v praxi byl velmi sporný. Znění zákona proti nekalé soutěži bylo širší, neboť z. p. n. s. upravoval nejen získání přednosti pouze při nabídce zboží nebo výkonů, nýbrž vůbec přednosti při soutěži. Přednost při soutěži se mohla projevit nejen zvýšením odbytu a zvětšením poptávky po zboží nebo výkonu, ale také docílením lepší pověsti, příznivějších představ o podniku atd. Slovy „při soutěži“ mínilo se vše, co se soutěží souviselo, k ní napomáhalo a ji podporovalo.

Zda byl údaj *způsobilý* zjednat přednost při soutěži nebo ne, záviselo na průměrném úsudku obecnstva (zákazníků, odběratelů a vůbec osob, které chtěly vstoupit v nějaký smluvní poměr s podnikem). Obecnstvo rozhodovalo, komu chce dát přednost při své zakázce, zda soutěžiteli A nebo B, nikoli názor soutě-

²⁵ HAJN, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2000, s. 149–150.

²⁶ HAJN, P.: Právo nekalé soutěže, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 1994, s. 42.

²⁷ SKÁLA, K.: Nekalá soutěž. Její podstata a stíhání podle zákona ze dne 15. července 1927, č. 111. Sb. z. a n., Praha, Praetor, 1927, s. 102.

žitelů samých. Šlo tu o názor zákazníků, přičemž nešlo přezírat jeho lehkověrnost, nezkušenost, zvyklosti, obyčejně atd.

Náležitosti „klamavost“ a „způsoblost zjednat přednost“ byly objektivními podmínkami skutkové podstaty nekalé reklamy a žalobce musel jejich existenci dokázat. Naproti tomu nebylo třeba dokazovat, že jednající je znal nebo znát musel. Tím méně, že jednal ve zlém úmyslu. Bona fides neomlouvala.

Nepožadoval se soutěžitelův úmysl. Jednání bylo svou objektivní povahou samo o sobě pro soutěž nebezpečné (zejména požadavkem veřejnosti a způsobností škodit soutěžitelům). Záleželo tedy na třetích osobách (soukromých), aby byly zdrženlivé ve svých veřejných pochvalných a objektivně klamavých projevech. Reklamní údaje, které činili vědci nebo umělci (např. herci), nebyly a priori z § 2 z. p. n. s. vyloučeny, vždy záleželo na konkrétních okolnostech, zejména na tom, zda byl údaj podle povahy věci způsobil soutěžitelům škodu.

3. NÁVRHY DE LEGE FERENDA

První z návrhů de lege ferenda se týká názvu rozebírané skutkové podstaty. Pokud má být nekalosoutěžní reklamě věnováno zvláštní ustanovení, bude nejvhodnější nazvat je co nejobecněji, např. nejlépe (podle praxí osvědčené skutkové podstaty zakotvené v § 2 z. p. n. s.) „nekalá reklama“. „Nekalá reklama“ by tak měla širší záběr pro různorodé případy nekalosoutěžní reklamy; podchytila by každou reklamu, která by splňovala základní podmínky nekalé soutěže a současně také její zvláštní podmínky (nově koncipované). Ustanovení nazvané „nekalá reklama“ by lépe plnilo funkci tzv. „malé generální klauzule“, protože by pod něj mohlo být subsumováno více případů nekalosoutěžní reklamy než dosud pod klamavou reklamu. Skutečností zůstává, že současná „klamavá reklama“ se svými četnými podmínkami, jež musí být kumulativně splněny, podchycuje méně případů nekalosoutěžních reklamních praktik než „pravá“ generální klauzule (tj. ustanovení § 44 odst. 1 ObchZ).

Další návrh na změnu ustanovení o klamavé reklamě směřuje k definicím. Současná právní úprava klamavé reklamy neobsahuje definice pojmů „reklama“ a „údaj“ pro účely obchodního zákoníku, resp. pro účely nekalé soutěže. Doporučuji proto, aby se v zákoně vyskytovaly definice obou těchto základních pojmů důležitých pro vysvětlení „nekalé reklamy“. Podle mého názoru je pro interpretaci „nekalé reklamy“ snazší, je-li k pojmu „údaj“ uvedeno několik příkladů, co se za údaj zejména považuje (podobně jako v z. p. n. s. u nekalé reklamy), než složitě definování „šíření údajů“. Stávající formulace „za šíření údajů se považuje“

neodpovídá zcela tomu, co si lze představit pod pojmem „reklama“. Reklama může způsobit na vnímavého pozorovatele i v docela malém časovém úseku, neboť k oklamání stačí pouhý postřeh údaje. Proto by se měla do definice nekalé reklamy zařadit také formulace „učinění údaje“, tedy uskutečnění reklamy i jediným projevem, a to např. takto: „za učinění údajů se považuje zejména sdělení slovem, písmem, tiskem.“

Další doporučení provést změny v ustanovení § 45 ObchZ vychází z nesprávně užívaných pojmů, zejména pojmu „podnik“. V tomto ustanovení je použita formulace „údajů o vlastním nebo cizím podniku“ a „prospěch vlastnímu nebo cizímu podniku“. Vzhledem k úpravě dané § 5 ObchZ se pojem „podnik“ nemůže používat ve smyslu subjektu, který „vyrábí“ nebo „má prospěch“. Navrhuji v § 45 pojem „podnik“ vyměnit za jiný výraz, jímž se označí subjekt v nekalé soutěži. Pojem „podnik“ lze nahradit správným pojmem „soutěžitel“ a není ani třeba blíže uvádět, zda jde o „vlastního“ nebo o „cizího“ soutěžitele. Široký pojem „soutěžitel“ v sobě přece zahrnuje jak „sám sebe“ (tj. tzv. „vlastního“ soutěžitele) tak i „cizího“ soutěžitele. Po změně výrazů v ustanovení § 45 by objektem šířených údajů mohly být:

- poměry soutěžitele (což znamená soutěžitele samotného, jeho podnik, jeho firmu apod.),
- výrobky soutěžitele,
- výkony soutěžitele.

Podmínka „způsoblost zjednat prospěch v hospodářské soutěži“ by se také týkala obecně „soutěžitele“ (tedy sebe sama i cizího soutěžitele).

Slovní spojení „způsobil zjednat tím prospěch na úkor“ snad vyjadřuje totéž, co případně navrhované spojení „způsobil zjednat tím prospěch a přivodit tím újmu“. Okruh osob, kterým by případně hrozila újma, může být samozřejmě širší než ve stávající úpravě. Vydeme-li ze širokého pojetí výrazu „osoby“ (viz dikce § 53 ObchZ „osoby, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena“), pak je možné i do definice nekalé reklamy včlenit nejen soutěžitele a spotřebitele, ale také tzv. „jiné osoby“.

Úprava nekalé soutěže v obchodním zákoníku obsahuje několik „uměle zhotovených“ konkrétních skutkových podstat, které se vztahují k reklamě a vycházejí přitom z jediné (dřívější praxí osvědčené), tj. skutkové podstaty „nekalé reklamy“. Rozhodně by při novelizacích právní úpravy nekalé soutěže nemělo docházet k doplňování dalších skutkových podstat (či k rozměňování stávajících), neboť by se tato úprava rozrostla do nežádoucího objemu. Sebevětší snaha upravit a konkretizovat v zákoně většinu nekalosoutěžních reklamních praktik bude však vždy samoučelná.