

Univerzita Palackého v Olomouci

Právnická fakulta

Vojtěch Bělka

**Reklamní praktiky v rámci nekalé soutěže,
Česko-Německá komparace**

Diplomová práce

Olomouc 2017

Čestné prohlášení:

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma **Reklamní praktiky v rámci nekalé soutěže, Česko-Německá komparace** vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 23. 11. 2017

.....

Vojtěch Bělka

Tímto bych rád poděkoval vedoucímu mé diplomové práce, Mgr. Michalovi Černému, Ph.D. , za vstřícný přístup, odborné vedení, poskytnutí cenných rad a připomínek, které mi pomohly při psaní této práce. Dále bych rád poděkoval svým rodičům, kteří mě na mé cestě studiem vždy podporovali a umožnili mi studovat na Právnické fakultě Univerzity Palackého v Olomouci.

Obsah

Úvod.....	8
1. Právní komparatistika.....	9
2.1 Obecně o právní komparatistice	9
2. Reklamní praktiky	11
2.1 Reklama.....	11
2.1.1 Klamavá reklama.....	11
2.1.2 Srovnávací reklama.....	12
2.1.3 Zlehčující reklama.....	12
2.2 Product placement	13
3. Česká právní úprava.....	14
3.1 Systematika právní úpravy.....	14
3.2 Generální klauzule.....	14
3.2.1 Dostání se v hospodářském styku do rozporu.....	15
3.2.2 Rozpor s dobrými mravy soutěže.....	15
3.2.3 Způsobilstv jednání přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům	16
3.3 Reklama.....	18
3.4 Klamavá reklama	18
3.4.1 Komunikační média	19
3.4.2 Dotčené osoby	19
3.4.3 Klamavost reklamy	20
3.4.4 Způsobilstv ovlivnit hospodářské chování osob	20
3.5 Srovnávací reklama.....	22
3.5.1 Přípustnost srovnávací reklamy	23
3.5.2 Přímé a nepřímé srovnání.....	24
3.5.3 Okruh srovnávaných subjektů	25
3.5.4. Produkt jako předmět srovnání.....	25
3.5.5 Klamavá srovnávací reklama.....	25

3.6 Zlehčující reklama	26
3.6.1 Zlehčující reklama a zlehčování	26
3.6.2 Zlehčující srovnávací reklama	27
3.7 Product placement	27
3.7.1 Product Placement a ZAMS	28
3.7.2 Product Placement a ZRTV	28
4. Německá právní úprava	29
4.1 Systematika právní úpravy	29
4.2 Generální klauzule	30
4.2.1 Jednání v hospodářském styku	31
4.2.2 Porušení právního předpisu, jehož smyslem je chránit zájmy osob účastnících se hospodářského styku a jež reguluje tržní prostředí	31
4.2.3 Způsobnost porušení přivodit újmu spotřebitelům, jiným soutěžitelům nebo jiným osobám účastnícím se hospodářského styku	32
4.3 Reklama	32
4.4 Klamavá reklama	33
4.4.1 Dotčené osoby	34
4.4.2 Klamavost reklamy	35
4.4.3 Způsobnost ovlivnit hospodářské chování osob	37
4.4.4 Omisivní klamavá reklama	38
4.4.5 Klamavá reklama jako trestný čin	38
4.5 Srovnávací reklama	41
4.5.1 Přípustnost srovnávací reklamy	41
4.5.2 Srovnání	42
4.5.3 Okruh srovnávaných osob	42
4.5.4 Předmět srovnání	42
4.5.5 Klamavá srovnávací reklama	42
4.6 Zlehčující reklama	43

4.7. Product placement	44
5. Komparace.....	45
5.1 Systematika právní úpravy	45
5.2 Generální klauzule	46
5.3 Reklama a zkoumané reklamní praktiky.....	47
Závěr	49
Anotace/Anotation.....	57
Klíčová slova/Keywords.....	59

Seznam použitých zkratk

OZ	z. č. 89/2012, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
TZ	z. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
ObchZak	z. č. 513/1991 Sb., Obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
ZAMS	z. č. 132/2010 Sb. o audiovizuálních službách na vyžádání a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů
ZRTV	z.č. 231/2001 Sb. o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 233) geändert worden ist
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 27. August 2017 (BGBl. I S. 3295) geändert worden ist
RsTV	Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien vom 31. August 1991 (GVBl.I/91, [Nr. 42], S.581) zuletzt geändert durch Artikel 1 des Zwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrages (Gesetz vom 06.06.2017) vom 16. Dezember 2016
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787) geändert worden ist
EP	Evropský parlament
OHIM	Úřad pro harmonizaci na vnitřním trhu
NS	Nejvyšší soud ČR
BGH	Bundesgerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
ESD	Evropský soudní dvůr

Úvod

Tématem této diplomové práce je srovnání vybraných reklamních praktik v kontextu soutěžního práva. Srovnávána zde bude právní úprava České republiky a Spolkové republiky Německo. Předmětem srovnání této práce je klamavá a srovnávací reklama, reklama zlehčovací a umístění produktu, tzv. product placement.

Reklama, jakožto propagace výrobku nebo služby, je pravděpodobně tak stará jako lidská civilizace sama. První zmínky o reklamě se datují do období okolo 4000 let před naším letopočtem, kdy ve starověkém Egyptě byly údajně lepeny první komerční papyrusové „plakáty“ na zdi. Jako se vyvíjí lidstvo, vyvíjí se i reklama. Ačkoliv podstata reklamy stále zůstává věrná svému etymologickému původu slova (z latiny „reclamare“ – křičet a znovu křičet), nabývá reklama s technologickým pokrokem razantně na komplexnosti. A s tím se pojí i nutnost její regulace.

Reklama je mimo veřejnoprávní úpravu pokryta i právními ustanoveními o hospodářské soutěži. Toto právní odvětví je možné označit za právní odvětví historicky relativně mladé. Právo hospodářské soutěže se z pohledu právní doktríny zařazuje mezi soukromé právo, nicméně je nutno podotknout, že s postupem času zažívá toto právní odvětví stále silnější zásahy veřejného práva. Právo hospodářské soutěže se prolíná i do jiných odvětví, jako například v případě trestního práva, kdy v §248 z. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník (dále jen „TZ“) nalezneme trestný čin porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže.

Oba srovnávané právní řády patří do systému kontinentálního práva, založeného na římskoprávní tradici. Obě země jsou si právní úpravou a právním myšlením velmi blízké. Již sám český zákonodárce v důvodové zprávě k novému občanskému zákoníku často zmiňuje, že se při rekodifikaci nechal německým právním řádem inspirovat. V neposlední řadě jsou obě země členy Evropské unie, jejíž legislativní činnost se soustředí zejména na oblast úpravy práva na ochranu spotřebitele a práva na ochranu proti nekalé soutěži. Lze tedy očekávat, že srovnávané právní řády budou vykazovat minimálně takovou míru podobnosti, že bude skutečně možné provést jejich komparaci.

Vzhledem k povaze komparace předpokládám nejdříve použití deskriptivní metody, kdy se budu soustředit na popsání obou zkoumaných právních úprav. Následně budou získané poznatky zanalyzovány a bude přistoupeno k jejich komparaci s cílem vystihnout nejzásadnější rozdílnosti obou úprav, a to za současné dedukce možnosti změny české právní úpravy.

V první kapitole této práce se budu věnovat teoretickému představení komparace, jakožto vědecké metody, kterou míním v této práci aplikovat. Mimoto bude tato kapitola obsahovat pozitivní vymezení srovnávaného a toho, co bude srovnáváno. Kapitola druhá se bude zabývat představením vybraných reklamních praktik v neprávním smyslu a jejich právní úpravou na

evropské úrovni. Práce sice není zaměřena na evropské právo, přesto jeho vliv na právní úpravu obou zemí lze očekávat jako velmi významný. Evropským právem se práce zabývá velmi okrajově, proto nebyla pro tento účel vyčleněna samostatná kapitola.

Kapitola třetí se již bude věnovat české právní úpravě, počínaje systematikou, generální klauzulí českého práva, právní úpravou reklamy, klamavé reklamy, reklamy srovnávací, zlehčující reklamy a nakonec tzv. product placement. Obdobně bude koncipována kapitola čtvrtá, zabývající se německou právní úpravou. Samotnou komparaci jsem pojmul do kapitoly závěrečné, která bude následovat systematikou předchozí kapitoly.

Při psaní této diplomové práce budu vycházet především z Komentáře k občanskému zákoníku, jehož hlavním autorem je Dr. Hulmák, dále z mnichovských komentářů k UWG, od Ansgara Ohly¹ a Helmuta Köhlera². Klíčovými pro zpracování práce jsou i odborné články, jmenovitě od Dr. Ondřejové nebo Petra Hajna. Nezbytnou součástí je analýza konkrétních soudních instancí zemí obou srovnávaných právních řádů, včetně rozhodnutí Evropského soudního dvora.

Vzhledem k centralizačním tendencím Evropské Unie z poslední doby a jejími harmonizačními zásahy v takřka všech oblastech práva, je pracovní hypotézou této práce, kterou si tato práce klade za cíl potvrdit, že se obě právní úpravy velmi podobají, resp. jsou si totožné, tj. bylo dosaženo plné harmonizace. Přestože je hypotézou plná harmonizace právní úpravy v tomto směru, dá se předpokládat, že právní úprava přesto bude vyznačovat alespoň marginální odchylky.

1. Právní komparatistika

2.1 Obecně o právní komparatistice

Komparatistika je vědecká metoda, která dochází k vědeckému poznání metodou srovnání (komparací) svého předmětu. Obecně se uznává, že základním předmětem právní komparatistiky je právo v jeho obecném smyslu³, tzn. vnitřně uspořádaný systém platných právních norem daného státu.⁴

Tato metoda výzkumu práva, resp. toto právní odvětví má poměrně krátkou historii. Za její počátek se obecně považuje zřízení katedry „srovnávacího zákonodárství“ při College de France

¹OHLY, Ansgar, SOSNITZA, Olaf. In OHLY, Ansgar, SOSNITZA, Olaf (ed). Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar. 7. Vydání. München: C.H.Beck, 2016, Rn. 22 (§6)

²KÖHLER, Helmut. In KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb. Kommentar – 13. díl. 34. Vydání. München: Verlag C.H.Beck, 2016, Rn. 3 (§1 UWG)

³KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy)*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 13

⁴KUBŮ, Lubomír a kol. *Teorie práva I.1.* vydání. Olomouc: vydavatelství Univerzity Palackého, 2003., s. 11

v 1831.⁵ Na významu však počala nabývat až skončením 2. světové války a vznikem Evropské unie a její stále se stupňující snahou o harmonizaci práva členských států.⁶

Dle předního právní teoretika a komparatisty, Viktora Knappa, je prvním krokem při srovnávání práva, určení tzv. *comparata* a *comparanda* a vymezení tzv. *tertium comparationis*.⁷ Jako Comparatum se v teorii označuje to, co má být srovnáváno (zde česká právní úprava reklamních praktik v rámci nekalé soutěže) a *comparandum* je pak tím, co má být s *comparatem* srovnáno (zde německá úprava téhož).

Mezi nezbytné předpoklady výše zmíněného *tertium comparationis* a jakékoliv komparatistiky obecně patří různost a zároveň podobnost srovnávaného předmětu poznání. Ač se může na první pohled zdát, že je tento výrok vnitřně rozporný, není tomu tak, neboť byl-li by srovnávaný předmět totožný, pak by nemělo smysl jej srovnávat, a stejně tak by nemělo smysl srovnávat naprosto odlišné právní instituty. Předmět srovnání, v tomto případě právo, resp. právní institut reklamy ve vztahu k nekalé soutěži, musí být alespoň v základních znacích podobný, nesmí však být totožný.

Právní komparace se, jako každá jiná vědní disciplína, dělí na několik druhů. V první řadě jde o dělení na mikrokomparatistiku a makrokomparatistiku. Rozlišujícím kritériem je zde komparovaný rozsah. Zatímco mikrokomparatistika se zabývá srovnáváním menších souborů, jako např. rodinného práva, makrokomparatistika se soustředí na celé právní řády jednotlivých států nebo alespoň na jejich podstatné části.⁸ V této práci jsou předmětem srovnání reklamní praktiky v rámci nekalé soutěže, jde tedy o mikrokomparatistiku.

Dále se komparatistika dělí na komparaci s cizím prvkem a komparaci vnitřní. V případě vnitřní komparatistiky je předmětem srovnání právo nebo právní institut v rámci jednoho právní řádu, zatímco v případě komparace s cizím prvkem, jde o srovnání minimálně dvou právních řádů dvou rozdílných států.⁹ Jak již vyplývá z tématu této práce, půjde v tomto případě o komparaci s cizím prvkem.

Další dělení komparatistiky spočívá v počtu srovnávaných právních řádů. Dělí se na komparatistiku bilaterální, kdy je srovnáváno právo pouze dvou států a komparatistiku multilaterální, při které je srovnáváno právo několika států. V této práci bude srovnáno pouze právo České republiky a Spolkové republiky Německo.

Nakonec se ještě právní komparatistika dělí na komparatistiku regionální, historickou a systematickou. Rozbor těchto poddruhů však pro účely této práce pozbývá významu. Cílem této podkapitoly bylo představení komparatistiky, jakožto vědecké metody, která bude vzhledem

⁵ KNAPP: *Velké právní systémy...*, s. 8

⁶ Tamtéž, s. 9

⁷ Tamtéž, s. 32

⁸ Tamtéž, s. 24

⁹ Tamtéž, s. 26

k vymezené hypotéze, vědeckou metodou pro tuto práci stěžejní. Již v hypotéze diplomové práce je předpokládána velmi značná podobnost právních úprav s různými odchylkami, je proto na základě výše uvedeného možné právní komparatistiku, jakožto metodu použít. Mimoto půjde o tzv. Mikrokomparatistiku a Komparatistiku s cizím prvkem.

2. Reklamní praktiky

Předmětem této práce bude srovnání právních úprav klamavé, srovnávací a zlehčující reklamy. S tím souvisí i nutnost zabývat se právní úpravou reklamy v obecném slova smyslu. Kromě uvedených typů reklamy bude srovnána i reklamní praktika zvláštního charakteru, tzv. product placement (umístění produktu).

2.1 Reklama

Za reklamu se obecně považuje metoda komunikace spočívající v prezentaci nebo představení nápadů, zboží nebo služeb skrze mediální komunikační platformu, přičemž taková komunikace není prováděna prodávajícím samotným, ale jinou, třetí osobou¹⁰.

Evropské právo rozumí reklamou „každé předvedení související s obchodem, živností, řemeslem nebo svobodným povoláním, jehož cílem je podpora odbytu zboží nebo poskytnutí služeb, včetně nemovitostí, práv a závazků“¹¹.

2.1.1 Klamavá reklama

Pokud jde o definici klamavá reklama, pak ta se i v mimoprávním prostředí většinou odvíjí o legální definice toho kterého státu. Obecně se však zdroje shodují na nezbytném prvku klamavosti. Liší se pak v jednotlivém vymezení hranice mezi případy, kdy je možné reklamu ještě považovat za běžně přehánějící a kdy již jde o klamání. Podle Marketing Lexikonu od Wernera Pepelse je za klamavou reklamu považováno uvedení informace v hospodářské soutěži, která je způsobilá oklamat potenciálního zákazníka ohledně pravdivé podoby, povahy, původu, způsobu výroby, ceny, ocenění nebo účelu propagovaného produktu¹² (dále jen „Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě“).

V předchozí podkapitole citovaná směrnice vymezuje klamavou reklamu jako reklamu, která „jakýmkoliv způsobem, včetně předvedení, klame nebo pravděpodobně může klamat osoby, kterým je určena nebo které zasáhne, a která pro svůj klamavý charakter pravděpodobně ovlivní

¹⁰ KOTLER, Philip a kol. *Grundlagen des Marketing*. Hallbergmoos: Pearson, 2016, s. 661.

¹¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006. Úř. věst. L 376/21, 27. 12. 2006, čl. 2 a)

¹² PEPELS, Werner. *Marketing-Lexikon*. 2. Vydání. München: C. H. Beck, 2002, s. 360.

jejich ekonomické chování, nebo která z těchto důvodů poškodí nebo může poškodit jiného soutěžitele“¹³

Směrnice dále stanoví pravidla pro posuzování klamavosti reklamy. Reklama by se měla posuzovat jako celek, což znamená, že v úvahu by měly být brány všechny v reklamě obsažené informace. Jaké informace mohou tomuto účelu posloužit, stanoví směrnice demonstrativně v čl. 3. Tyto informace jsou v podstatě rozděleny na informace týkající se vlastnosti, ceny a podstaty zboží či služby. Z uvedeného relativně velmi obsáhlého výčtu je zřejmé, že takovou informací, může být v zásadě cokoli.

2.1.2 Srovnávací reklama

Podstatou srovnávací reklamy je srovnání produktu nebo služby jiného soutěžitele. Je možné ji rozdělit do čtyř skupin na kritizující srovnávací reklamu („Náš výrobek je lepší než výrobek od X“), osobní srovnávací reklamu („Naše firma je na trhu déle než konkurent“), opěrnou srovnávací reklamu (Srovnání nesrovnatelných výrobků) a systémovou srovnávací reklamu (Srovnání výrobku s dosaženým vývojem techniky nebo dovednosti)¹⁴.

Komunitární úprava srovnávací reklamy vychází ze stejné směrnice jako úprava reklamy klamavé. Srovnávací reklama je charakterizována jako „reklama, která výslovně přímo nebo nepřímě označuje soutěžitele nebo zboží, či služby nabízené soutěžitelem“.¹⁵ Dle této směrnice je srovnávací reklama za určitých podmínek povolena. Ve zkratce jde o případy, kdy reklama není klamavá, srovnává zboží stejného účelu, srovnává objektivně, neznevažuje jiného spotřebitele, srovnává výrobky stejně označené (uvádí-li původ), netěží protiprávně z dobré pověsti ochranné známky, nepředstavuje napodobeniny a reprodukce a konečně nevede k záměně mezi soutěžiteli.

2.1.3 Zlehčující reklama

Pojem zlehčující reklama mimoprávní reklama nezná. Buďto jej úplně pomíjí anebo zmiňuje pouze ve vztahu ke srovnávací reklamě. V takovém případě je zlehčující reklama chápána pouze jako podtyp srovnávací reklamy, která při srovnání překračuje rozumnou mez, a produkt nebo konkurenta vyobrazuje v natolik špatném světle, že dochází k poškození jeho pověsti.

Obdobně ani právo EU uvedený pojem nezná a nikde nedefinuje. Ustanovení, jež se nejvíce blíží podstatě zlehčující reklamy najdeme, nikoli překvapivě, ve směrnici o klamavé srovnávací reklamě. Dle článku 4 této směrnice je srovnávací reklama dovolena za předpokladu, že srovnávací

¹³ Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006. Úř. věst. L 376/21, 27. 12. 2006, čl. 2, b)

¹⁴ ROZEHNAL, Aleš. *Mediální právo*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, s. 141.

¹⁵ Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006. Úř. věst. L 376/21, 27. 12. 2006, čl. 2, c)

reklama nemá za následek oslabení důvěryhodnosti nebo znevážení ochranné známky, obchodní firmy, jiného rozlišovacího znaku, zboží, služeb, činností nebo postavení soutěžitele¹⁶.

2.2 Product placement

Product placement, resp. „Produktplatzierung“, je možné doslova přeložit jako „umístění produktu“ a jde v podstatě o skrytou formu reklamy, jejíž podstata spočívá v umístění reálného produktu, loga nebo jiné formy odkazu na reálného prodejce v umělecké tvorbě (převážně ve filmu, ale i v literatuře, v hudebních klipech atd.). Typickým a na první pohled rozpoznatelným příkladem takové reklamní praxe by nepochybně byla série filmů James Bond, ve které hlavní protagonista takřka vždy jezdí ve voze značky Aston Martin.

V své podstatě je možné rozlišit několik forem product placementu. Tak například pojmem Generic Placement je zobrazení produktu bez loga nebo značky, který je však i přesto možné spolehlivě identifikovat na základě specifické úpravy produktu a tedy jej přiřadit ke konkrétním výrobcům¹⁷. Další obecně uznávanou formou product placementu je tzv. Innovation placement, čímž se rozumí zveřejnění nového výrobku poprvé skrze film (př.: JVC kamera a film Návrat do budoucnosti) nebo Image Placement, kdy je celý snímek zaměřen na propagaci jednoho konkrétního místa (seriál Hotel Paradise, který se odehrává v konkrétním reálném hotelu)¹⁸.

Dalšími často zmiňovanými formami Product Placementu jsou tzv. On-Set Placement (zobrazení produktu jako requisitu bez jakéhokoliv významu) a Creative Placement (produkt hraje ve filmu zásadní roli, např.: pád prázdné láhve od Coca-Coly ve filmu Bohové musí být šilení)¹⁹.

Podle Alexandry Puff je Product Placement způsobem reklamy, který leží na pomezí sugestivní a podprahové reklamy, neboť divák reklamu vědomě vnímá (tzn. nejde o podprahovou reklamu), avšak často není schopen rozpoznat, že jde o reklamu, a tak není schopen takové sdělení správně zpracovat a ohodnotit.²⁰

Evropské právo, které product placement upravuje ve směrnici Evropského parlamentu a Rady²¹ definuje product placement jako „jakoukoli podobu audiovizuálního sdělení, které je tvořeno začleněním produktu, služby nebo odpovídající ochranné známky či zmínky o nich, do pořadu za úplatu nebo obdobnou protihodnotu“. V současné době je product placement touto

¹⁶ Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006. Úř. věst. L 376/21, 27. 12. 2006, d)

¹⁷ PUFF, Alexandra. *Product Placement (Die rechtlichen Aspekte der Produktplatzierung)*. 1. Vydání. Baden-Baden: Nomos, 2009, s 21.

¹⁸ Marktforschung.de. Product placement [online]. Marktforschung.de, 24. října 2008 [cit. 18. prosince 2016]. Dostupné na <http://www.marktforschung.de/wiki-lexikon/marktforschung/?tx_drwiki_pi1%5Bkeyword%5D=Product%20Placement>.

¹⁹ PUFF, Alexandra. *Product Placement...*, s 23.

²⁰ Tamtéž, s. 34.

²¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/65/ES ze dne 11. prosince 2007. Úř. věst. L 332/27, 18. 12. 2007

směrnici zakázán, ledaže jde o product placement v kinematografických dílech, filmech, seriálech, sportovních nebo zábavných pořadech, popřípadě jde-li o on-Set placement, a to za předpokladu splnění směrnici stanovených podmínek. Avšak i tento druh product placementu může být státní zakázán. Skrytý product placement je zakázán vždy²².

3. Česká právní úprava

3.1 Systematika právní úpravy

Česká právní úprava práva nekalé soutěže se nachází v z. č. 89/2012, občanský zákoník, dále jen „OZ“. Úpravu najdeme konkrétně v hlavě III., dále druhém pod označením „Zneužití a omezení nekalé soutěže“. Systematicky je úprava zařazena pod hlavu 3., závazky z deliktů. Úprava počíná obecným zákazem nekalosoutěžního jednání, pokračuje v demonstrativní výčet nekalosoutěžních deliktů (§2976 - §2987 OZ) a závěrem uvádí prostředky ochrany proti nekalé soutěži (§2988 - §2990 OZ).

3.2 Generální klauzule

„Kdo se dostane v hospodářském styku do rozporu s dobrými mravy soutěže jednáním způsobilým přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům, dopustí se nekalé soutěže. Nekalá soutěž se zakazuje.“ Takto zní generální klauzule obsažená v §2976 odst. 1 OZ.

Jak z výše uvedeného patrně, aby jednání mohlo být kvalifikováno jako nekalosoutěžní, je třeba splnění tří podmínek a to kumulativně. Je zde nezbytná existence jednání v hospodářském styku. Je nutné, aby toto jednání bylo v rozporu s dobrými mravy soutěže a konečně, aby toto jednání bylo způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům. Nejsou-li splněny tyto podmínky pak nelze soutěžní jednání klasifikovat jako nekalosoutěžní, a to ani v případě, že by jednání přesto naplňovalo znaky některé ze zvláštních skutkových podstat. Z toho důvodu se někdy hovoří o tzv. omezující funkci generální klauzule²³.

Dle mého názoru je však podstatně důležitějším rozšiřující charakter, resp. funkce, generální klauzule. Dojde-li k situaci, kdy určité jednání nesplňuje podmínky zvláštních skutkových podstat, pak je zde stále možnost označit toto jednání za nekalosoutěžní na základě obecné generální klauzule. Tímto se otvírá možnost pro soudcovské dotváření práva, vznik tzv. soudcovských skutkových podstat a tím účinnější a rychlejší reakci na potřeby společenské reality.²⁴

²² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/65/ES ze dne 11. prosince 2007. Úř. věst. L 332/27, 18. 12. 2007, čl. 3g.

²³ ONDREJOVÁ, Dana. In: ONDREJOVÁ, Dana. Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 34

²⁴ Tamtéž, s. 34

Podstatnou částí generální klauzule je závěrečná výše uvedeného ustanovení, která stanoví, že „*Nekalá soutěž se zakazuje*“. Toto ustanovení obsahuje obecný zákaz nekalé soutěže a nabývá značného významu, neboť by bez tohoto ustanovení nebylo možné nekalou soutěž kvalifikovat jako protiprávní²⁵.

3.2.1 Dostání se v hospodářském styku do rozporu

OZ formuluje generální klauzuli velmi zajímavým způsobem. Klauzule nezačíná slovy „Kdo jedná v hospodářském styku v rozporu ...“, nýbrž „Kdo se dostane do rozporu...“. Na první pohled marginální rozdíl mezi oběma dikcemi (a dřívější právní úpravou) zde má přece své důsledky. Dle Hajna svědčí tato formulace, kromě návratu ke znění zákona z první republiky, především objektivizaci generální klauzule nekalé soutěže²⁶.

Jinými slovy generální klauzule není omezena pouze na jednání. K naplnění znaku není potřeba projevu vůle. Je tak možné aplikovat generální klauzuli i na případy, kdy osoba jednala v krajní nouzi nebo za skutkového omylu či pod nátlakem. Ostatně takového názoru byla již prvorepubliková judikatura²⁷. Dále není třeba zkoumat úmysl nebo nedbalost jednající osoby.

3.2.2 Rozpor s dobrými mravy soutěže

Než přejdeme k dobrým mravům soutěže, bude nutné se nejdříve zabývat dobrými mravy „obecnými“. Přestože je OZ relativně často zmiňuje, neposkytuje nikde jejich legální definici (ani těch obecných ani speciálních). Určité vodítko v tomto směru poskytuje rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR (dále jen „NS“), který judikoval, že „*Dobrymi mravy se rozumí souhrn společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, vystihují podstatné historické tendence, jsou sdíleny rozhodující částí společnosti a mají povahu norem základních*.“²⁸ Kromě NS se pokusil tento neurčitý právní pojem definovat i Ústavní a Krajský soud v Brně.

Pokud jde o „dobré mravy soutěže“, pak komentovaná literatura k tomuto pouze uvádí nutnost zohlednit výraz „soutěže“, neboť „*při konkurenčních bojích platí zpravidla jiná morálka než normativní příkazy dobrých mravů v obecném slova smyslu, přičemž je zde tolerovaný určitý stupeň agresivity*“²⁹. Tento závěr, dle kterého platí v obchodním styku jiná morálka a pravidla je samozřejmě akceptovatelný a logický. Avšak i po zvýraznění tohoto rozdílu a striktního oddělení „dobrých

²⁵ ONDREJOVÁ, Dana, In: HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku – 6. díl*. 1. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1771.

²⁶ HAJN, Petr. Generální klauzule proti nekalé soutěži dle NOZ. *Rekodifikace a Praxe*, 2013, č. 9, s. 13.

²⁷ VEČERKOVÁ, Eva. *Nekalá soutěž a reklama (Vybrané kapitoly)*. 1. Vydání. Brno: Masarykova Univerzita, 2005, s. 110.

²⁸ NAVRÁTIL, Petr. *Generální klauzule nekalé soutěže* [online]. www.prf.cuni.cz [cit. 10. února 2009]. Dostupné na < <http://www.prf.cuni.cz/petr-navratil-1404046065.html> >.

²⁹ ONDREJOVÁ, Dana In: HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku ...*, s. 1772.

mravů“ a „dobrých mravů soutěže“, zůstane podstata pojmu a jeho výkladový problém, a to fakt, že jde o souhrn norem nepsaného charakteru.

Ač se zdá být tento pojem velmi nejasným, což odborná literatura sama potvrzuje, ohledně jednoho aspektu dobrých mravů si je poměrně jista, a sice, že jednání v rozporu s právním předpisem je vždy v rozporu s dobrými mravy soutěže. Není přitom rozhodné, zda-li jde o zákon či podzákonný právní předpis. Rozpor s dobrými mravy soutěže však zakládá pouze předpis, jež se přímo či nepřímo dotýká jednání v hospodářském styku, a to bez ohledu na jeho veřejnoprávní nebo soukromoprávní charakter³⁰. Takovým předpisem může být například z č. 40/1995 Sb. o regulaci reklamy (dále jen „z. o regulaci reklamy“), z.č. 231/2001 sb. o provozování televizního a rozhlasového vysílání (dále jen „z. o rozhlasovém a televizním vysílání“), z. č. 132/2010 Sb. o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání (dále jen „z. o audiovizuálních mediálních službách“), ale i z. č. 262/2006 Sb. zákoník práce nebo z. č. 121/200 Sb. autorský zákon.³¹

Lze tedy uzavřít, že rozpor s dobrými mravy soutěže připouští velmi širokou aplikaci generální klauzule, která se neomezuje jen na jednání porušující právní předpis, ale i jednání porušující nepsanou, nikde nedefinovanou „společenskou, kulturní či mravní“ normu.

3.2.3 Způsobilost jednání přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům

Jednání musí být způsobilé přivodit újmu. Z uvedeného vyplývá, že k naplnění tohoto znaku není nutné, aby újma nastala, nýbrž postačí, pokud újma objektivně hrozí. Nejde tedy o delikt poruchový, nýbrž ohrožovací. Bez ohledu na to, zda-li se jednání dopouští soutěžitel nebo třetí osoba, vždy je nutné, aby bylo možné dovodit zájem jednajícího na úspěchu jednoho ze soutěžitelů na úkor druhého³².

Ustanovení hovoří o „újmě“ nikoli o škodě, což sebou nese celou řadu důsledků. Pojem „újma“ je českým právním řádem vnímán velmi široce. Zahrnuje nejen materiální újmu (škodu) ale i újmu nemateriální, jako např.: poškození dobré pověsti, pocit oklamání, ztrátu jedinečnosti atd. Rozsah újmy není nutné prokazovat, avšak újma by měla být reálně hrozící.³³

Generální klauzule újmu, kromě její hypotetyčnosti, nijak blíže nesplicifikuje. Není tak na první pohled ani zřejmé, zda-li újma musí dosahovat konkrétní intenzity. Ani NS ČR, který se dle odborné literatury touto otázkou „podrobně a inspirativně zabýval“³⁴ dle mého názoru v tomto ohledu příliš odpovědi nenabízí, když dochází k závěru, že „újma zanedbatelného rozsahu vlastně újmou není“³⁵. Vzhledem k povaze soutěžního práva se však jeví logickým a do jisté míry i

³⁰ ONDREJOVÁ, Dana In: HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku ...*, s. 1773.

³¹ Tamtéž, s. 1777.

³² Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15. 1. 2007, sp. zn. 32 Odo 1464/2006

³³ ONDREJOVÁ, Dana In: HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku...*, s. 1773.

³⁴ ONDREJOVÁ, Dana In: ONDREJOVÁ, Dana. *Nekalá soutěž v novém...*, s. 34.

³⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 4. 2008, sp. zn. 32 Cdo 139/2008

objasňujícím závěr NS, dle kterého není na základě pouhé existence újmy, resp. možnosti újmu způsobit, možné vyvozovat závěr ohledně nekalosti soutěžního jednání. V tomto ohledu je dle NS třeba zkoumat, zda-li újma byla způsobena prostředky, jež jsou v hospodářském boji považovány za přípustné, resp. dle NS „slušné“ (např.: určitá dávka soutěžní agresivity a lstivosti)³⁶. V takovém případě by šlo o újmu dovozenou.

Co se týče subjektů, jakožto jednoho ze znaků této obecné skutkové podstaty, zákon hovoří o „soutěžitelích“ a „zákaznících“. Definici soutěžitele obsahuje ustanovení §2972 OZ dle kterého *„je soutěžitelem každý, kdo se účastní hospodářské soutěže“*. Soutěžitelem je obecně právnická, ale i fyzická osoba, a ve své podstatě kdokoli, kdo jedná v hospodářském styku, vstoupí na relevantní trh a má zájem na výsledku hospodářské soutěže.³⁷ Dále lze dle komentáře za soutěžitele považovat v určitých případech i zájmová sdružení a společenství, zaměstnance soutěžitele³⁸, obchodní zástupce, nebo společníka obchodní společnosti³⁹

Pojem „zákazník“ je pojmem novým, který byl zaveden teprve rekodifikací soukromého práva v roce 2012. Důvodová zpráva k OZ se k tomuto pojmu nevyjadřuje. Dle komentáře k OZ je údajně nutné tento pojem chápat jako pojem širší než „spotřebitel“, kterým je dle §419 OZ *„každý člověk (tzn. fyzická osoba), který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jedná.“* Zákazníkem je mimo spotřebitele i právnická osoba, která nepodniká nebo právnická či fyzická osoba, která sice podniká, ale v hospodářském styku se ocitá v postavení slabší strany⁴⁰. Dle §433 OZ je slabší stranou i osoba, která „vůči podnikateli v hospodářském styku vystupuje mimo souvislost s vlastním podnikáním“. Dle důvodové zprávy půjde o případy, kdy je podnikatel v pozici neprofesionála a uzavírá smlouvu s profesionálem⁴¹.

Nutno dodat, že ustanovení hovoří o „soutěžitelích“ a „zákaznících“. Z uvedeného tedy vyplývá, že je nezbytné, aby jednání bylo způsobilé přivodit újmu několika výše uvedeným subjektům. Je nutno naplnit znak mnohosti ohrožených subjektů. Nepostačí jednání způsobilé přivodit újmu jednomu nebo velmi omezenému okruhu subjektů. V takovém případě by nešlo o nekalosoutěžní jednání.

Generální klauzule v českém provedení je deliktem ohrožujícím nikoli poruchovým. Jednání musí být způsobilé přivodit újmu. Její výše je však i přes objasňující snahy stále poměrně

³⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 4. 2008, sp. zn. 32 Cdo 139/2008

³⁷ ONDREJOVÁ, Dana In: HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku...*, s. 1757.

³⁸ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 15. ledna 2007, sp. zn. NS 32 Odo 1464/2006

³⁹ Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze VS, sp. zn. 3 Cmo 1336/94

⁴⁰ ONDREJOVÁ, Dana In: HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku...*, s. 1774.

⁴¹ ELIÁŠ, Karel. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. 1. vyd. Ostrava : Sagit, 2012, s. 200

nejasná. Obecně však platí, že způsobení újmy je do určité míry dovolené, jelikož je v podstatě faktickým elementem konkurenčního boje. Rozhodujícím tak bude, zda-li prostředky resp. způsob vzniku hypotetické újmy byl v souladu s dobrými mravy soutěže. Logicky zůstává soutěžní rozměr, který nelze opomíjet. Jde-li o otázku komu má být újma způsobena, aby byly naplněny podmínky generální klauzule, pak lze uzavřít, že jde v podstatě o jakýkoliv subjekt.

3.3 Reklama

Nekalosoutěžní ustanovení uvádí klamavou, popř. srovnávací reklamu ve výčtu speciálních skutkových podstat nekalosoutěžního jednání, avšak reklamou jako takovou se nezabývá. Pro účely klamavé, resp. srovnávací reklamy je nejprve nezbytné zjistit, co se v českém právním řádu rozumí pod pojmem „reklama“.

Zákonnou definici reklamy nalezneme v §1 odst. 2 z. č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o regulaci reklamy“) se reklamou například 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“*.

Pokud jde o pojem komunikační média, pak se jimi rozumí jakákoli média, kterými může být reklama fakticky šířena, tzn. nejen rozhlasové a televizní vysílání nebo tisk, at' už periodický či neperiodický, ale také např.: plakáty, letáky nebo počítačová síť (internet)⁴². Překvapivě můžeme za komunikační médium ve smyslu výše uvedeného označit i reklamní dárkové předměty nebo hromadně působící propagační předměty, jako např.: deštníky, tužky s logem firmy, popř.: trička, samolepky atd., tedy v podstatě vše, co může sloužit propagaci výrobku, služby nebo soutěžitele⁴³. Za reklamu však nelze považovat obchodní firmou označené listiny⁴⁴.

3.4 Klamavá reklama

Klamavá reklama je definována v ustanovení §2977 OZ. *„Klamavou reklamou je taková reklama, která souvisí s podnikáním nebo povoláním, sleduje podpořit odbyt movitých nebo nemovitých věcí nebo poskytování služeb, včetně práv a povinností, klame nebo je způsobilá klamat podáním nebo jakýmkoli jiným způsobem osoby, jimž je určena nebo k nimž dospěje, a tím i zřejmě způsobilá ovlivnit hospodářské chování takových osob.“* Jde o novou definici, značně se lišící od úpravy platné před účinností tohoto občanského

⁴² ROZEHNAL, Aleš a kol. *Obchodní právo*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014. s. 658.

⁴³ Tamtéž, s. 658

⁴⁴ Tamtéž, s. 658

zákoníku. Dle důvodové zprávy byly změny nutné z důvodu provedení směrnice EP a rady č. 2006/114⁴⁵.

K tomu, aby bylo možné definovat reklamu jako reklamu klamavou, je nutné splnit, kromě obecných znaků vyjádřených v generální klauzuli uvedených výše, i následující znaky. Jsou jimi cíl reklamy („souvislost s podnikáním nebo povoláním“), komunikační zdroj („skrze komunikační média“), dotčené osoby („jimž je určena nebo k nimž dospěje“), klamavost reklamy („způsobila klamat“) a v neposlední řadě je jím efekt reklamy na dotčené osoby („způsobilo ovlivnit hospodářské chování“).

Při posuzování, zda jde o klamavou reklamu, se přihlíží ke všem jejím znakům. Obzvláště se přihlédnou ke znakům uvedeným v demonstrativním výčtu §2977 odst. 2 OZ. V úvahu se bere zejména následující: *a) dostupnosti, povahy, provedení, složení, výrobního postupu, data výroby nebo poskytnutí, způsobilosti k určenému účelu, použitelnosti, množství, zeměpisného či obchodního původu, jakož i podrobnějšího rytčení a dalších znaků zboží nebo služeb včetně předpokládaných výsledků použití nebo výsledků a podstatných znaků provedených zkoušek či prověrek, b) ceny nebo způsobu jejího určení, c) podmínek, za nichž se zboží dodává nebo služba poskytuje, a d) povahy, vlastností a práv zadavatele reklamy, jako jsou zejména jeho totožnost, majetek, odborná způsobilost, jeho práva duševního vlastnictví nebo jeho vyznamenání a pocty.*

Jak již bylo uvedeno výše, reklama musí souviset s podnikáním nebo povoláním a jejím cílem musí být podpora odbytu movitých nebo nemovitých věcí, poskytování služeb, včetně práv a povinností. Není-li splněn znak souvislosti s podnikáním nebo povoláním, pak nelze jednání klasifikovat jako klamavou reklamu ve smyslu tohoto ustanovení.

3.4.1 Komunikační média

Zákon v tomto případě nehovoří o „komunikačních médiích“, nýbrž používá spojení „podáním nebo jakýmkoliv jiným způsobem“. Komentář k OZ k tomuto uvádí, že podáním je nutno rozumět jakýkoliv způsob předání informace bez ohledu na to, zda-li jde o předání písemné, ústní, obrazové, včetně jakýchkoli jiných forem, např.: zvukem, čichem, chutí nebo dotykem⁴⁶. K tomuto vymezení je třeba brát i v úvahu způsoby šíření reklamy ve smyslu z. o regulaci reklamy. Její vymezení je tedy natolik široké, že reklamu lze šířit v podstatě jakkoliv.

3.4.2 Dotčené osoby

Dotčenou osobou může být v případě klamavé reklamy v podstatě každý. To ostatně vyplývá z dikce ustanovení §2977 OZ, když zákon uvádí, že jde o osoby, kterým je reklama určena,

⁴⁵ Důvodová zpráva k z. č. 89/2012 ze dne 3. února 2012, str. 579. Dostupné na http://is.muni.cz/el/1441/podzim2013/SC4BK_ZSP1/um/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf?lang=en.

⁴⁶ ONDREJOVÁ, Dana In: HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku...*, s. 1791.

osoby k nimž reklama dospěje a zároveň je reklama schopná ovlivnit jednání těchto osob. Z toho vyplývá, že klamavá reklama nedopadá jen na osoby, jež na jejím základě učinily rozhodnutí, např.: koupily ten který produkt, tzn. osoby, jež byly ovlivněny, ale také na osoby, které touto reklamou být ovlivněny mohly, avšak ovlivněny nebyly.

Rozhodujícím pro posouzení, zda je možné hovořit o klamavé reklamě či nikoli, je určení, jak taková reklama působí na dotčenou osobu. Jde tedy o posouzení způsobilosti reklamy ovlivnit jednání takové osoby. Tuto otázku řeší koncept tzv. průměrného spotřebitele. Podle tohoto konceptu se způsobilost reklamy ovlivnit posuzuje z pohledu vnímání průměrné osoby, přičemž „průměrným spotřebitelem“ je spotřebitel, který má dostatek informací, je v rozumné míře pozorný a opatrný, a to s ohledem na kulturní, sociální a jazykové faktory⁴⁷. Toto pojetí je v plném souladu s konceptem průměrného spotřebitele, jak jej vykládá Evropský soudní dvůr⁴⁸.

3.4.3 Klamavost reklamy

Co se týče klamavosti reklamy, jakožto znaku výše uvedené skutkové podstaty, pak není OZ v této věci nijak specifický. Určité vodítko pro výklad pojmu „klamavost“ poskytuje z. č. 634/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů (dále jen „z. o ochraně spotřebitele“), který v §5 odst. 1 definuje klamavost konání. Zákon o ochraně spotřebitele považuje praktiku za klamavou, pokud taková obchodní praktika *obsahuje věcně nesprávnou informaci a je tedy nepravdivá, což vede nebo může vést spotřebitele k rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil*. V odst. 2 téhož paragrafu zákon takovou klamavost úžeji a podrobněji vztahuje na vlastnosti výrobků či služeb, jež jsou onou klamavou reklamou propagovány. Klamavost je podle tohoto zákona však spatřována i v nebezpečí srovnání s jiným výrobkem či službou, popřípadě obchodní firmou nebo známkou jiného podnikatele. Konečně je klamavost spatřována v porušení závazku podnikatele, k jehož dodržování se podnikatel zavázal skrze svůj kodex chování.

Nastane-li situace, kdy zadavatel reklamy, popř. podnikatel, opomene v reklamě zmínit podstatné informace ohledně výrobku či služby, popř.: podstatné informace o sobě samém, pak i takovou reklamu lze označit za klamavou. Tímto se zabývá blíže §6 z. o ochraně spotřebitele. Stejně tak je za klamavou reklamu považována i reklama, jež podstatně informace, uvedené v §6 sice uvádí, nicméně činí tak nejasným, nesrozumitelným nebo nejednoznačným způsobem.

3.4.4 Způsobilost ovlivnit hospodářské chování osob

Klamavá reklama musí být „zřejmě způsobilá ovlivnit hospodářské chování osob, kterým je určena nebo k nimž dospěje“. Zatímco okruh zasažených osob je v tomto případě jednoznačný,

⁴⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006.

⁴⁸ ONDREJOVÁ, Dana In: HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku...*, s. 1774.

„způsobilost zřejmě ovlivnit“ je znakem, který může činit výkladové potíže. Dle prof. Ondřejové je slovo „zřejmě“ nutno chápat nikoliv ve smyslu „pravděpodobně“, nýbrž ve smyslu „podstatně“⁴⁹.

Hospodářské jednání těchto osob musí být tedy ovlivněno podstatně, přesto není třeba, aby tyto ovlivněné osoby fakticky jednaly (zakoupily produkt). Ovlivnění se nemusí manifestovat hned. Plně postačí, pokud bude existovat možnost, že se projeví teprve v budoucnosti, přičemž platí časová neohraničenost doby, po kterou se může projevit⁵⁰.

Otázka klamavosti resp. způsobilosti oklamat je řešena konceptem tzv. průměrného spotřebitele. Tento koncept je definován směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2005/29/ES⁵¹, dle které je průměrným spotřebitelem takový spotřebitel, který „má dostatek informací, je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální kulturní a jazykové faktory“, přičemž je-li obchodní praktika zaměřená na určitou skupinu, pak je nutné hodnotit praktiku z pohledu průměrného člena takové skupiny (např. děti, senioři).⁵²

Z uvedeného vyplývá, že není rozhodné jak ta která obchodní praktika, resp. v tomto případě reklama, působí na konkrétního spotřebitele, nýbrž jaký vliv má na průměrného reprezentanta dané skupiny subjektů, na kterou cílí. „Průměrný spotřebitel“ je v podstatě neexistující prototyp zákazníka, jde o fiktivní model, fiktivní osobu, zástupce vymezené skupiny subjektů, jehož optikou je obchodní praktika posuzována, a která nemusí v podstatě vůbec existovat.⁵³

Dle poslední věty bodu 18 výše uvedené směrnice jsou soudy při stanovení typické reakce průměrného spotřebitele povinny vycházet z vlastního úsudku s přihlednutím k judikatuře soudního dvora.⁵⁴ Model průměrného spotřebitele tak bude nejen závislý na zvláštnostech skupiny, na které reklama cílí, ale i kulturních a společenských faktorech. Má-li soudce členského státu vycházet z vlastního úsudku, pak bude nepochybně průměrný spotřebitel dané skupiny zákazníků v Německu odlišný od toho českého.

K modelu průměrného spotřebitele lze v podstatě přistupovat dvěma způsoby. Jednak existuje empirický model, kdy soud zjišťuje, jak obchodní praktika na spotřebitele skutečně působí. Jednak model normativní, které je založen představě ideálního rozumného spotřebitele, tedy představě, jak by se spotřebitel chovat měl. V současné době je preferován posledně zmíněný

⁴⁹ ONDŘEJOVÁ, Dana. Klamavá reklama v (novém) občanském zákoníku. *Právní rádce*, 2015, č. 5, s. 161.

⁵⁰ Tamtéž, č. 5, s. 161.

⁵¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2005/29/ES ze dne 11. května 2005, o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu

⁵² Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2005/29/ES ze dne 11. května 2005, o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu

⁵³ VILHELMOVÁ, Lucie. *Model tzv. průměrného spotřebitele* [online]. www.epravo.cz 12. září 2013 [cit. 25. září 2016]. Dostupné na <https://www.epravo.cz/top/clanky/model-tzv-prumerneho-spotrebitele-92188.html>.

⁵⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2005/29/ES ze dne 11. května 2005, o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu

model. Tak např. Soudní dvůr Evropské unie došel ve věci *Gut Springerheide a Tusky vs. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt* k závěru, že národní soud má povinnost vzít v úvahu předpokládané očekávání, které obchodní praktika evokuje v průměrném, dostatečně informovaném, rozumně obezřetném a opatrném spotřebiteli. Zároveň však připustil národním soudům možnost, se v případě značné obtížnosti při rozhodování, obrátit na spotřebitelský průzkum nebo odbornou zprávu.⁵⁵ Tento přístup byl později potvrzen v roce 2009 ve věci *Thomas Rotter vs. Úřad pro harmonizaci na vnitřním trhu (OHIM)*, když potvrdil zamítnutí návrhu na zapsání ochranné známky na klobásu ve tvaru preclíku s odůvodněním, že „si průměrný spotřebitel nebude tento tvar spojovat s tvarem preclíku a bude vnímat pouze vzájemné spojení pěti klobás“.⁵⁶ V souladu s tímto rozhodnutím se k věci staví i NS preferující normativní přístup.⁵⁷

V rozporu s výše uvedeným může být formulace znaku klamavosti §2977 OZ slovy „klame nebo může klamat“, která operuje mimo hypotetičnosti i fakticitou oklamání, naznačující posun k empirickému modelu průměrného spotřebitele. Touto úvahou se zabývá i JUDr. Patěk, který však tuto možnost vylučuje na základě rozporu s evropským konceptem ochrany spotřebitele, konstantní judikaturou a kumulativním znakem „zřejmé způsobilosti klamat“, přičemž uzavírá, že „rozhodující bude schopnost reklamy změnu chování některým svým klamavým prvkem přivodit“.⁵⁸

Lze tedy dojít k závěru, že formulace zvláštní skutkové podstaty klamavé reklamy připouští aplikaci tohoto ustanovení na velmi široký okruh společenských vztahů. Reklamu lze v tomto smyslu šířit takřka jakýmkoliv způsobem a okruh věcně legitimovaných subjektů je velmi široký. Ve své podstatě jím není pouze podnikatel, jež je profesionálem v oboru, jehož se týká dotčená obchodní praktika. Rozhodující tak zůstává určení skupiny relevantního okruhu zákazníků a vytvoření prototypu jeho průměrného člena. Nutno zmínit, že česká právní úprava klamavé reklamy vznikla doslovnou transpozicí směrnice o klamavé a srovnávací reklamě. Stejně tak je rozhodovací praxe českých soudů v souladu přístupem judikatury ESD.

3.5 Srovnávací reklama

„Srovnávací reklama přímo či nepřímo označuje jiného soutěžitele nebo jeho zboží či službu“, tak zní legální definice srovnávací reklamy v §2980 OZ. Z doslovného znění vyplývají následující definiční znaky: reklama (pojem viz. Kapitola 3.3), přímé či nepřímé označení („přímo či nepřímo

⁵⁵ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 16. 7. 1998, ve věci C-210/96, Gut Springenheide GmbH and Tusky v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt.

⁵⁶ Rozsudek Evropské soudního dvora ze dne 5. května 2009, *Thomas Rotter vs. Úřad pro harmonizaci na vnitřním trhu (OHIM)*, T-449/07, bod 33

⁵⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006

⁵⁸ PATĚK, Daniel. Nad aktuální podobou práva proti nekalé soutěži (nejen) v občanském zákoníku. Obchodněprávní revue. 2016, č. 3, s. 65-80

označuje“), okruh srovnávaných subjektů („jiného soutěžitele“) nebo jejich produkt („nebo jeho zboží či službu“).

Srovnávací reklama se v českém právním řádu objevila samostatně jako zvláštní skutková podstata až v roce 2001 v z. č. 513/1991 Sb., Obchodní zákoník, (dále jen „ObchZak“). Důvodem byla harmonizace českého právního řádu s právem Evropského společenství. Prvotně byla právem Evropského společenství regulována pouze klamavá reklama (tzv. 1. Etapa)⁵⁹ a srovnávací reklama byla ponechána na uvážení členských států. V průběhu následujících let vedl tento přístup ke značné rozdílnosti úprav členských států, jež kolísal mezi absolutním zákazem po absolutní volnosti.⁶⁰ Tento vývoj vedl v roce 1997 k novelizaci, kterou bylo zakotveno zvláštní ustanovení o srovnávací reklamě⁶¹. Tato úprava pak byla následně několikrát bez podstatnějších změn novelizována. Důležité je zde zmínit, že úprava srovnávací reklamy právem Evropského společenství je v současné době, na rozdíl od ustanovení o klamavé reklamě, stanovena taxativně a jednotně, bez možnosti členských států se od této úpravy odchýlit.⁶² Výše uvedené bylo reflektováno novelizacemi ObchZák a následně přejato do OZ.

3.5.1 Přípustnost srovnávací reklamy

Nutno poznamenat, že srovnávací reklama, není jako např.: reklama klamavá nebo ostatně všechny ostatní zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže bezvýhradně zakázána. Zákon srovnávací reklamu za určitých podmínek dovoluje. Tyto podmínky jsou taxativně uvedeny v §2980 odst. 2 OZ a je nutné, aby byly naplněny kumulativně.

Konkrétně je tento druh reklamy povolen, pokud: *a) není klamavá, b) srovnává jen zboží a službu uspokojující stejnou potřebu nebo určené ke stejnému účelu, c) srovnává objektivně jednu nebo více podstatných, důležitých, ověřitelných a příznačných vlastností zboží nebo služeb včetně ceny, d) srovnává zboží s označením původu pouze se zbožím stejného označení, e) nezlebčuje soutěžitele, jeho postavení, jeho činnost nebo její výsledky nebo jejich označení ani z nich nekalým způsobem netěží, a f) nenabízí-li zboží nebo službu jako napodobení či reprodukci zboží nebo služby označovaných ochrannou známkou soutěžitele nebo jeho názvem.*

Pokládám za vhodné zmínit, že tento taxativní výčet se navztahuje na přípustnost srovnávací reklamy jako celku, nýbrž pouze na přípustnost aspektu srovnání (viz. Formulace odst. 2: „..., pokud se srovnání týče...“. Může tak nastat situace, kdy srovnávací reklama vyhovuje podmínkám §2980, avšak přesto půjde o nekalosoutěžní jednání, na základě porušení veřejnoprávní

⁵⁹ Směrnice Rady ze dne 10. září 1984 č. 84/450/EHS o sbližování právních a správních předpisů členských států týkajících se klamavé reklamy, 31984L0450

⁶⁰ MUNKOVÁ, Jindřiška. In: MUNKOVÁ, Jindřiška. *Právo proti nekalé soutěži. 3. vydání.* Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2008, s. 93.

⁶¹ Směrnice Evropského Parlamentu a Rady 97/55/ES ze dne 6. října 1997, kterou se mění směrnice 84/450/EHS o klamavé reklamě tak, aby zahrnovala srovnávací reklamu, Úř. Věst L 290, čl. 3a

⁶² MUNKOVÁ, Jindřiška. In: MUNKOVÁ, Jindřiška. *Právo proti nekalé soutěži. 3. vydání ...*, s. 93.

normy nebo dobrých mravů soutěže dle ustanovení generální klauzule. Touto otázkou, i když v kontextu dřívější právní úpravy, kde toto spojení mimochodem chybělo, se zabýval i Ondřej Hruďa, jež dochází ke stejnému závěru.⁶³

Podmínky přípustnosti srovnávací reklamy nejsou doslovně převzaty ze směrnice o klamavé a srovnávací reklamě. Těchto podmínek je v OZ šest zatímco ve zmíněné směrnici 8. Jednak bylo při tvorbě OZ sloučen zákaz parazitování na pověsti a zlehčování do jedné, jednak bylo odstraněn zákaz srovnávací reklamy vyvolávající nebezpečí záměny. V obou případech se dle mého názoru situace nemění, neboť případ vyvolání nebezpečí záměny je upraven zvláštním §2981 OZ⁶⁴, který je formulován natolik široce, že dopadá na všechna soutěžní jednání, tedy i na reklamu. Členské státy nemají možnost se odchýlit od úpravy stanovenou směrnici o klamavé a srovnávací reklamě. Vezmeme-li navíc povinnost eurokonformního výkladu, pak nemohu v tomto případě sdílet obavy Ondřeje Hruďy z aplikačních problémů. Taková situace by mohla teoreticky nastat pouze v případě, že by srovnávací reklama vyvolávala nebezpečí záměny jiným způsobem než srovnáním, což je dle mého názoru těžko představitelné⁶⁵.

3.5.2 Přímé a nepřímé srovnání

Zákon uvádí, že pro hodnocení reklamy jako srovnávací není rozhodné, zda-li je srovnání provedeno přímo či nepřímo. Přímé srovnání je takové, kdy je v reklamním sdělení soutěžitel označen buď přímo (např.: uvedením firmy nebo jména) anebo pokud je skrze vyobrazení loga nebo ochranné známky srovnávaného soutěžitele pro veřejnost možné soutěžitele bez hlubší úvahy rozpoznat⁶⁶.

Na rozdíl od přímého srovnání není srovnání nepřímé odhalitelné na první pohled. Nepřímé srovnání je méně čitelné a vyplývá z nepatrných indicií. Těmi může být typická znělka reklamy soutěžitele, kombinace barev nebo i narážky na typický slogan atp⁶⁷.

Bez ohledu na přímost či nepřímost zůstává tou nejdůležitější složkou srovnávací reklamy ono srovnání. Srovnání, ať už v jakékoli formě, musí být v případě srovnávací reklamy přítomno. Chybí-li, pak nejde o srovnávací reklamu. Ke stejnému závěru dochází i doc. J. Kotásek⁶⁸.

Pokud jde o způsob srovnání, pak je nutné, aby reklama srovnávala objektivně jednu nebo více podstatných, důležitých, ověřitelných a příznačných vlastností zboží nebo služeb, a to včetně

⁶³ HRUDA, Ondřej. Podmínky přípustnosti srovnávací reklamy a klamavá srovnávací reklama. *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 11-12, s. 305-313

⁶⁴ Pozn. Který srovnávací reklamu (tedy, „jde-li o srovnání“) nezmiňuje

⁶⁵ HRUDA, Ondřej. Podmínky přípustnosti srovnávací... s. 305-313

⁶⁶ HRUDA, Ondřej. *Srovnávací reklama*. 1. Vydání, Praha: C. H. Beck, 2015. 11-12 s.

⁶⁷ KRŮTA, Petr. *Srovnávací reklama v praxi*. [online]. elaw.cz, 6. března 2013 [cit. 12. července 2016]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/clanek/srovnavaci-reklama-v-praxi>>.

⁶⁸ KOTÁSEK, Josef In: HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku – 6. díl*. 1. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1807.

ceny. Jsou-li tyto podmínky kumulativně naplněny, pak lze hovořit o právně aprobované srovnávací reklamě. V opačném případě by bylo takové jednání považováno za srovnávací reklamu nedovolenou.

3.5.3 Okruh srovnávaných subjektů

Dalším znakem, který je vyžadován, je identifikace soutěžitele. Opět je nepodstatné, zda-li je soutěžitel, jenž je srovnáván, označen přímo či nepřímo. Podstatné je, že se prostřednictvím srovnávací reklamy stává pro zákazníka identifikovatelným. Zda-li je zákazník schopen srovnávaného soutěžitele, popř. jeho výrobek rozpoznat, je řešen opět skrze koncept hlediska průměrného spotřebitele⁶⁹.

3.5.4. Produkt jako předmět srovnání

Předmětem srovnávací reklamy nemusí být jen soutěžitel, ale může jím být i „zboží či služba“. Zboží či služba by měla sloužit k uspokojení stejné potřeby nebo by měla být určena ke stejnému účelu a zároveň by neměla být napodobeninou, reprodukcí zboží či služby jiného soutěžitele (popř.: označena známkou tohoto spotřebitele). Nejsou-li výše uvedené znaky naplněny, pak se opět jedná o nedovolenou srovnávací reklamu.

3.5.5 Klamavá srovnávací reklama

Srovnává-li reklama jiné soutěžitele nebo jejich zboží či službu a obsahuje-li zároveň prvek klamavosti, pak je možné se domáhat ochrany nejen skrze ustanovení o srovnávací reklamě, ale taktéž skrze ta o reklamě klamavé. Úprava je v této věci údajně duplicitní a zbytečná⁷⁰.

Srovnávací reklama je v českém právním řádu upravena, až na dílčí odchylky spočívající ve vypuštění dovození pokud jde o srovnání nevyvolávající nebezpečí záměny a odlišnou formulaci v případě sloučení výjimky o zlehčování a parazitování na pověsti, totožná vůči formulaci, která je nalezená ve směrnici o klamavé a srovnávací reklamě. Přestože je zde poněkud odlišná formulace oproti té uvedené ve zmíněné směrnici, účinek bude dle mého názoru totožný s tím, který předpokládá zmínění směrnice. Povinnost taxativního a jednotné regulace, jak jej směrnice přepokládá, je tedy dle mého názoru naplněna. Jednání, spadající svým charakterem pod srovnávací reklamu je možné dle českého řádu postihovat různými způsoby, tzn. nejen skrze ustanovení o srovnávací reklamě, ale i např. ustanovením o klamavé reklamě, generální klauzulí.

⁶⁹ ROZEHNAL, Aleš a kol. Obchodní právo. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014. s. 666.

⁷⁰ KOTÁSEK, Josef In: HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku...*, s. 1808.

3.6 Zlehčující reklama

Zlehčující reklama je taková reklama, která rozšiřuje informace o jiném soutěžiteli, které jež jsou způsobilé tomuto soutěžiteli přivodit újmu. Při posouzení této reklamy dle ustanovení občanského zákoníku o zákazu zneužití a omezení soutěže se naskytuje v zásadě více možností jak takové jednání posoudit. Buďto může jít o zvláštní skutkovou podstatu zlehčování, srovnávací reklamu nebo reklamu klamavou, resp. v eventuálně i dle generální klauzule.

Povinnost postihovat zlehčující jednání vyplývá pro Českou republiku z Pařížské úmluvy o ochraně průmyslového vlastnictví, konkrétně čl. 10 bis, odst. 1, resp. 3 (2.)⁷¹, dle kterého jsou unijní země povinny zakázat „falešné údaje při provozování obchodu, které by mohly poškodit dobrou pověst podniku, výrobků nebo průmyslové nebo obchodní činnosti soutěžitele“. Na takové jednání pamatuje i Směrnice o klamavé a srovnávací reklamě v jejím čl. 4, písm. d), dle kterého je srovnávací reklama dovolena, pokud nemá za následek oslabení důvěryhodnosti nebo znevážení ochranné známky, obchodní firmy, jiného rozlišovacího znaku, zboží, služeb, činností nebo postavení soutěžitele.

3.6.1 Zlehčující reklama a zlehčování

V prvé řadě by bylo možné tento typ reklamy posuzovat jako zvláštní skutkovou podstatu zlehčování dle §2984 OZ. Zásadní otázkou by bylo, zda jsou informace obsažené v reklamě způsobilé přivodit újmu jinému soutěžiteli. Pokud jde o pravdivost či nepravdivost rozšiřovaných informací, pak není odpověď na tuto otázku pro posouzení reklamy jakožto zlehčování důležitá. Jediným rozdílem zde je, že o zlehčování nejde, pokud byl soutěžitel, v případě rošířování pravdivých informací způsobilých přivodit újmu, k takovému jednání donucen (tzv. oprávněná obrana).

Za oprávněnou obranu by bylo možné považovat situaci, kdy by soutěžitel zveřejnil informace ohledně pohledávek, které má vůči svým dlužníkům (např.: výše a datum splatnosti). Byly-li by tyto informace pravdivé, pak by nebylo možné takové jednání označit za zlehčování, nýbrž o jednání v tzv. oprávněné obraně⁷².

O reklamu spadající pod skutkovou podstatu zlehčování by šlo, jestliže by soutěžitel v reklamě tvrdil, že „Automobily konkurenta A jsou poruchové“, aniž by toto tvrzení bylo v reklamě podporováno relevantními daty⁷³.

Pokud jde o odlišení klamavé reklamy a zlehčování (resp. zlehčující reklamy), pak podstatou obou úprav je šíření nepravdivé informace. Zatímco u klamavé reklamy však dochází k šíření

⁷¹ Vyhláška ministra zahraničních věcí o Pařížské úmluvě na ochranu průmyslového vlastnictví č. 64/1975 Sb., ve znění pozdějších předpisů

⁷² rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. listopadu 2003, sp. zn. 29 Odo 106/2001

⁷³ HRUDA, Ondřej. *Srovnávací reklama*. 1. Vydání, Praha: C. H. Beck, 2015. s. 90

nepravdy soutěžitelem o sobě samým resp. vlastním produktu nebo službě, v případě zlehčování dochází k šíření nepravdivé informace o jiném soutěžiteli.⁷⁴

3.6.2 Zlehčující srovnávací reklama

Problematickým se může jevit zlehčovací srovnávací reklama. Při srovnání jakýchkoliv produktů musí zákonitě nějaký produkt vyjít ze srovnání lépe a jiný hůře. Dalo by se namítnout, že každá srovnávací reklama je z povahy věci zlehčovací, o to více v případě, že soutěžitel vybral do srovnání srovnatelný produkt ještě horší nebo dražší. Tato skutečnost samotná nemůže vést k závěru, že jde o srovnávací reklamu se zlehčovacím prvkem, protože hlediskem průměrného spotřebitele je jasné, že si soutěžitel vybírá produkty do srovnání tak, aby jeho produkt ze srovnání vyšel co nejlépe⁷⁵.

K této věci je třeba zdůraznit, že zlehčování ve smyslu §2980 odst. 2 písm. e) a §2984 OZ nemá totožný rozsah. Jak již bylo výše uvedeno, pokud by soutěžitel v reklamě oznamoval, že automobily jiného soutěžitela jsou závadové, šlo by o zlehčování dle §2984 OZ. Pokud by však bylo toto tvrzení podloženo objektivními a relevantními daty, nešlo by o zlehčování, nýbrž o povolenou srovnávací reklamu⁷⁶.

Dalo by se tedy říci, že ustanovení o srovnávací reklamě jsou, co se týče znaku zlehčování, značně mírnější než zlehčování dle §2984 OZ. Ke stejnému závěru dochází i Ondřej Hruďa, když říká, že „*Aby bylo možné považovat srovnávací reklamu za zlehčující, musí kromě samotného srovnání obsahovat zvláštní skutečnosti, které ukazují srovnání způsobem v nepřiměřené míře opovržlivým, zesměšňujícím nebo nevěcným*“⁷⁷.

Český právní řád neobsahuje ustanovení zabývající se výslovně zlehčující reklamou. Jednání, jež je možné definovat jako zlehčující reklamu, lze však navzdory tomuto faktu přesto účinně postihovat, a to buď jako srovnávací či klamavou reklamu, jako zvláštní delikt zlehčování, nebo konečně tradičně, v případě, že nebude možné takové jednání subsumovat pod žádný z uvedených ustanovení, podle generální klauzule. Úprava je tedy dle mého názoru dostatečná.

3.7 Product placement

Product placement, pojem českému právu dříve naprosto neznámý, je dnes totožně definován zákonem č. 132/2010 Sb. o audiovizuálních službách na vyžádání a o změně některých zákonů (dále jen „ZAMS“) a z.č. 231/2001 Sb. o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů (dále jen „ZRTV“) . Dle §2 odst. 1, písm. h) ZAMS se umístěním

⁷⁴ ONDREJOVÁ, Dana In: ONDREJOVÁ, Dana. *Nekalá soutěž v novém...*, s. 200

⁷⁵ HRUĐA, Ondřej. *Srovnávací reklama*, s. 99

⁷⁶ Tamtéž, s. 90

⁷⁷ Tamtéž, s. 100

produktu rozumí „jakákoli podoba audiovizuálního obchodního sdělení, které spočívá v začlenění výrobku, služby, ochranné známky, která se k výrobku váže, nebo zmínky o výrobku nebo službě do pořadu za úplatu nebo obdobnou protihodnotu“.

3.7.1 Product Placement a ZAMS

Dle §10 ZAMS je product placement přípustný pouze v kinematografických dílech a filmech nebo seriálech pro televizní vysílání a ve sportovních a zábavných pořadech, popřípadě je-li produkt poskytnut bezplatně. Produkt nesmí být nepatřičně zdůrazněn a nesmí nabádat k pořízení. Důležitou podmínkou přípustnosti product placement je upozornění diváka na začátku a konci pořadu, stejně tak i na začátku a konci přerušení pořadu reklamou. Absolutní zákaz platí pro product placement, jde-li o cigarety, tabákové výrobky a léčivé přípravky, jež jsou dostupné pouze na lékařský předpis.

Vedle veřejnoprávní odpovědnosti za nedodržení tohoto zákona, lze dovodit i občanskoprávní odpovědnost za porušení generální klauzule, neboť, jak již bylo uvedeno výše, porušení právního předpisu zakládá rozpor s dobrými mravy soutěže. V takovém případě by však bylo dále nutné, aby takové jednání bylo způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům.

3.7.2 Product Placement a ZRTV

Ve své podstatě se úprava práv a povinností poskytovatele vysílání v ZAMS a v ZRTV neliší. Jediným rozdílem je dodatečný zákaz umístění elektronických cigaret a jejich náplní v §53a odst. 4 písm a) ZRTV. Obdobně i zde nesmí být produkt nepatřičně zdůrazňován a divák nesmí být zvláštním zmiňováním nabádán k jeho pořízení.

Příkladem nepatřičného zdůrazňování se zabýval Nejvyšší správní soud ČR, když odmítl kasační žalobu CET 21 spol. s r. o. V jednom z dílů seriálu Ordinace v růžové zahradě byl nepatřičně zdůrazňován produkt Prostenal tím, že byl několikrát v popředí zobrazován. Na produkt je svíceno svítlnou, na produkt je ve scéně upozorňováno v rozhovorech herců, během kterých je vysvětlován i jeho účel i cílová skupina uživatelů. Dle soudu produkt tvořil ústřední motiv scény, přičemž scéna byla do pořadu zařazena bez dramaturgicko-režijního opodstatnění a nad rámec dějového kontextu.⁷⁸

Ještě detailněji se k problematice umístění produktu vyjádřil tento soud v jiném ze svých rozsudků. Pokud jde o znak „zvláštního nabádání ke koupi“, došel soud k závěru, že je tento znak naplněn, pokud je určité zboží nebo služba propagována „přímo tak, že je divák nabádán ke koupi

⁷⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. října 2014, sp. zn. 8 As 28/2013-54, bod 27

formou přímé manipulace, jak tomu může být v reklamě nebo teleshoppingu⁷⁹. O nepatřičné zdůrazňování produktu pak jde, pokud je služba či produkt „propagována sice nepřímou avšak s intenzitou, obtěžováním a nevyvážeností, které se blíží spíše reklamě“⁸⁰. Zajímavým je i závěr téhož rozsudku, kdy je za nepatřičné zdůrazňování produktu označena i situace, kdy v živém vysílání pořadu moderátor diskutuje na téma výhod výrobku jednoho konkrétního výrobce a kamera jej zabírá způsobem, z něhož je jasné o jaký typ a jakou konkrétní značku jde, a to i přesto, že je divák řádně na začátku a konci pořadu na umístění produktu upozorněn⁸¹.

Z uvedeného je zřejmé, že řádné označení, resp. upozornění diváka na začátku a konci pořadu na umístění produktu, nezbavuje povinnosti zobrazovat produkt či službu v mezích stanovených zákonem, tzn. nepatřičně neupozorňovat a nevybízet ke koupi. Je-li tato hranice překročena půjde o zakázané umístění produktu bez ohledu na řádné označení.⁸²

Závěrem lze tedy říci, že product placement není českému právnímu řádu neznámý. Nalezneme jej ve dvou zákonech a sice až na minimální odchylku v totožné úpravě. Product placement přípustný je, je však regulován. Provedení úpravy se neodchyluje od unijní regulace⁸³.

4. Německá právní úprava

4.1 Systematika právní úpravy

V případě německé právní teorie chápe soutěžní právo dvěma způsoby. V jeho užším smyslu se za něj považuje pouze Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (dále jen „UWG“)⁸⁴, který se skládá ze 4 kapitol: obecné části („Allgemeine Bestimmungen“), právní následky („Rechtsfolgen“), procesní předpisy („Verfahrensvorschriften“) a kapitoly zabývající se trestní a správní odpovědností plynoucí z porušení předpisů soutěžního práva („Straff- und Bußgeldvorschriften“).

V širším smyslu je mezi soutěžní právo kromě UWG řazen i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (dále jen „GWB“)⁸⁵, který je vůči UWG úpravou speciální, regulující

⁷⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2016, sp. zn. 3 As 176/2015 - 37

⁸⁰ Tamtéž

⁸¹ Tamtéž

⁸² RIGEL, Filip. Judikatura NSS: Reklama, teleshopping a product placement. *Soudní rozhledy*. 2016, č. 7-8, s. 218-221

⁸³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/65/ES ze dne 11. prosince 2007. Úř. věst. L 332/27, 18. 12. 2007

⁸⁴ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254)

⁸⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245)

zakázané dohody mezi soutěžiteli a také Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft⁸⁶, zabývající se zejména měnovou stabilitou, hospodářským růstem apod.⁸⁷

UWG, jímž se bude tato práce zejména zabývat, je koncipováno značně odlišně oproti české právní úpravě. Co se týče obecné části, pak je zde nejprve vyjádřen úmysl zákonodárce („Zweck des Gesetzes“), následující definice použitých pojmů, generální klauzule, demonstrativní výčet 11 speciálních skutkových podstat, demonstrativní výčet klamavých obchodních praktik a speciální ustanovení zabývající se jednotlivě klamavou reklamou a nepřipustným obtěžováním.

4.2 Generální klauzule

V §3 odst. 1 UWG je upraven pouze obecný zákaz nekalosoutěžního jednání⁸⁸. Následuje speciální ustanovení o jednání vůči spotřebiteli. Dle toho je jednání nekalé tehdy, není-li v souladu s podnikatelskou pečlivostí (svědomitostí) a zároveň je způsobilé ovlivnit podstatným způsobem hospodářské chování spotřebitele⁸⁹. S tím souvisí, v příloze uvedený výčet 33 jednání, která jsou vůči spotřebiteli nepřipustná (např.: nesplnění informační povinnosti podnikatele vůči spotřebiteli, klamání spotřebitele atd.).

Pro hodnocení nekalosti jednání byl v závěru §3 zakotven tzv. princip průměrného spotřebitele. Tento princip má zde v zásadě dvě podoby. Kromě toho, že nekalost je třeba hodnotit z hlediska průměrného spotřebitele obecně, je nutné ji hodnotit, v určitých případech, i z hlediska průměrného „speciálního“ spotřebitele. Ač se to může zdát na první pohled rozporné, pamatuje toto ustanovení na situaci, kdy je jednání zaměřeno na určitou skupinu osob, jako například velmi nízkého či vysokého věku nebo osoby postižené. V takovém případě je nutné jednání posuzovat nikoli z hlediska „obecného“ průměrného spotřebitele, nýbrž z hlediska průměrného člena takové skupiny.

Pro výklad poměrně strohé generální klauzule je nezbytný §3a UWG, dle kterého jedná nekalé ten, kdo poruší právní předpis, který je určen mimo jiné i k tomu, aby skrze regulaci tržního prostředí chránil zájmy osob účastnících se hospodářského styku, přičemž toto porušení je

⁸⁶ Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 (BGBl. I S. 582)

⁸⁷ EKEY, L. Friedrich a kol. *Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2009. 4 s.

⁸⁸ „Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.“

⁸⁹ §3 odst. 2 UWG: „Geschäftliche Handlungen, die sich an an Verbraucher richten oder dieser erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.“

způsobilé poškodit zájmy spotřebitelů, jiných soutěžitelů nebo osob účastnících se hospodářského styku.⁹⁰

Izolovat tedy můžeme následující podstatné znaky nekalosoutěžního jednání. Je jím porušení právního předpisu, který je, ať už částečně nebo zcela, určen k ochraně osob účastnících se hospodářského styku, a který reguluje tržní prostředí. Porušení musí být způsobilé přivodit újmu spotřebitelům, jiným soutěžitelům nebo jiným osobám účastnícím se hospodářského styku.

4.2.1 Jednání v hospodářském styku

UWG obsahuje v §2 definici jednání v hospodářském styku. Smyslem zvláštní definice jednání pro účely soutěžního práva je dle německé teorie vyloučení aplikace německého deliktního práva na případy nekalé soutěže⁹¹.

Jednáním v hospodářském styku dle §1 odst. 1 bodu 1 UWG je jednání jakékoliv osoby ve prospěch vlastního nebo i cizího podniku (soutěžitele) před, během, ale i po uzavření smlouvy, která souvisí s právem na nákup nebo prodej zboží, služby nebo uzavření či plnění smlouvy, která se zbožím nebo službou objektivně souvisí. Za zboží se považují i pozemky a za služby i práva a závazky.⁹²

Pojmem „podnik“ se zde rozumí jakákoliv činnost vykonávaná fyzickou i právnickou osobou, vykonávanou v rámci své podnikatelské činnosti, i činnost živnostenská („gewerblich“), řemeslná („handwerklich“), nebo činnost, která by se dala přirovnat k českému pojmu osoby samostatně výdělečně činné („selbständig“)⁹³, jakož i osoba, která jedná na pokyn, a nebo ve prospěch takové osoby. V podstatě je zde tento termín používán ve významu soutěžitele, tak jej zná český OZ.

4.2.2 Porušení právního předpisu, jehož smyslem je chránit zájmy osob účastnících se hospodářského styku a jež reguluje tržní prostředí

Pro naplnění tohoto znaku základní skutkové podstaty nepostačí porušení jakéhokoliv zákona. Nutné je, aby zákon, s jehož porušením jsou spojovány nekalosoutěžní následky, byl zároveň zákonem, jehož účelem je chránit určité osoby, spotřebitele, spolusoutěžící osoby a osoby

⁹⁰ §3a UWG: „Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitwerbern spürbar zu beeinträchtigen.“

⁹¹ KÖHLER, Helmut. In KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb. Kommentar – 13. díl.* 34. Vydání. München: Verlag C.H.Beck, 2016, Rn. 3 (§1 UWG)

⁹² §2 odst. 1 (bod 1) UWG: „Im Sinne dieses Gesetzes bedeutet –geschäftliche Handlung– jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen.“

⁹³ Tamtéž, Rn. 2 (§2 UWG)

účastníci se hospodářského styku. Přitom není rozhodné, zda-li jde o porušení normy soutěžního práva nebo normy stojící mimo soutěžní právo.⁹⁴

Takovou normou by mohla být například norma chránící právo spotřebitele na informace o výrobku nebo službě, jeho právech nebo právních zájmech. Stejně tak zde spadají předpisy o ochraně zdraví a bezpečnosti před nežádoucími vlivy závadných produktů atd.⁹⁵

4.2.3 Způsobilst porušení přivodit újmu spotřebitelům, jiným soutěžitelům nebo jiným osobám účastnícím se hospodářského styku

Porušení výše uvedených typů předpisů ještě nezakládá odpovědnost vyplývající z nekalosoutěžního jednání. Je nutně nezbytné, aby takovéto porušení bylo způsobilé přivodit znatelnou újmu spotřebiteli, jinému soutěžiteli nebo osobě zúčastněné na hospodářském styku.

Není nutné, aby újma byla skutečně způsobená. Postačí, že porušení bylo způsobilé takovou újmu způsobit, tedy objektivní pravděpodobnost způsobilsti přivodit újmu („objektive Wahrscheinlichkeit“), avšak je nutná nejen teoretická, ale skutečná škodlivost takové újmy⁹⁶.

Pokud jde o zájmy vyjmenovaných osob, pak platí, že chráněny jsou pouze ty, které jsou vyjmenovány v §1 UWG⁹⁷, případně ty osoby, v jejichž zájmu byl přijat zákon, který byl porušen.. Obecně však můžeme říci, že v případě spolusoutěžitelů jde o zájem na jejich rozvoji, popřípadě ochraně jejich podniku (podnikání), kdežto u spotřebitelů a ostatních účastníků hospodářského styku, pak jde o zájem na informovaně, a tudíž svobodné obchodní jednání, resp. rozhodnutí⁹⁸.

4.3 Reklama

UWG zvláštní definici v §2 neobsahuje. UWG však operuje s Reklamou dle definice podle směrnice o klamavé a srovnávací reklamě.⁹⁹ Co se myslí pojmem reklama („Werbung“) se v německé právu liší normu od normy¹⁰⁰. Obecně však platí, že se za reklamu považuje každé sdělení při výkonu obchodu, živnosti, řemesla nebo svobodného povolání s cílem podpořit odbyt zboží nebo služeb, včetně nemovitých věcí, práv a závazků¹⁰¹.

⁹⁴ KÖHLER, Helmut. In KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb...*, Rn. 1.6 (§3a UWG)

⁹⁵ Tamtéž, Rn. 1.67 (§3a UWG)

⁹⁶ Tamtéž, Rn 1.97, 1.99 (§3a UWG)

⁹⁷ UWG zde uvádí kromě „zájmů“ výše vyjmenovaných osob i zájem veřejnosti na férové („unverfälschten Wettbewerb“) hospodářské soutěži.

⁹⁸ Tamtéž, Rn. 1.98 (§3a)

⁹⁹ KÖHLER, Helmut, In KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb. Kommentar – 13. díl.* 3. Vydání. München: Verlag C.H.Beck, 2017, Rn. 59 (§6 UWG)

¹⁰⁰ SCHWARTMANN, Rolf. *Praxisbuch Medien-, IT- und Urheberrecht.* 3. Vydání. Heidelberg: C.F.Müller, 2014. 144 s.

¹⁰¹ Tamtéž. „Allgemein geht das Begriffsbild aber dahin, dass Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks, oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern, umfasst.“

Dle komentáře k UWG je reklama soutěžním jednáním ve smyslu §2 UWG, jde o pojem užší, přičemž každá reklama je zároveň soutěžním jednáním, avšak ne každé soutěžní jednání je reklamou¹⁰².

4.4 Klamavá reklama

UWG narozdíl od českého OZ neobsahuje zvláštní ustanovení týkající se klamavé reklamy. Německá právní úprava je v případě klamavé reklamy poněkud roztržštěná. Jednak je možné klamavou reklamu subsumovat pod §5 UWG s označením „Klamavé jednání v hospodářském styku“ („Irreführende geschäftliche Handlungen“) a jednak pod trestný čin §16 UWG s označením „Trestná reklama“ („Strafbare Werbung“). Německá právní teorie dochází k názoru, že občanskoprávní skutková podstata §5 je jakousi kvazi-základní skutkovou podstatou, přičemž ta trestněprávní je pak skutkovou podstatou speciální.¹⁰³

Legální definice klamavé reklamy v UWG neexistuje. Německá právní teorie označuje za klamavou reklamu takovou reklamu, která je skrze udání objektivně nepravdivých informací způsobila vyvolat mylnou představu o okolnostech a poměrech, které mohou být rozhodující pro zhodnocení účinku, použitelnosti a hodnoty vychvalovaného prostředku.¹⁰⁴ Vychází přitom částečně z legální definice §3 HWG (Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens).

Obecná skutková podstata klamavého jednání v hospodářském styku dopadá nejen na klamavou reklamu. Dle §5 UWG jedná nekale ten, kdo se dopustí v hospodářském styku klamavého jednání, které je způsobilé přimět spotřebitele nebo jiného účastníka hospodářského styku k rozhodnutí, které by jinak neučinil. Jednání je klamavé, pokud obsahuje nepravdivá tvrzení nebo tvrzení, která jsou způsobila klamat ohledně v zákoně uvedených vlastností produktu nebo služby. Nutno dodat, že německá úprava je ohledně výčtu znaků, kterých se může klamavost týkat, velmi obsáhlá. Tento výčet není dle komentované literatury možné rozšiřovat¹⁰⁵.

Demonstrativní výčet uvádí následující záležitosti. Jsou jimi: 1. podstatné vlastnosti zboží nebo služby; 2. příležitost koupě nebo zvýhodněná cena; 3. prodávající nebo jeho osoba, popřípadě jeho vlastnosti nebo práva; 4. sponzoring; 5. nutnost zakoupit náhradní díly atd.; 6. dodržování kodexu, 7. práva spotřebitele apod. Každá z těchto skupin je následně velmi pečlivě

¹⁰² OHLY, Ansgar, SOSNITZA, Olaf. In OHLY, Ansgar, SOSNITZA, Olaf (ed). *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar*. 7. Vydání. München: C.H.Beck, 2016, Rn. 22 (§6)

¹⁰³ BRAMMSEN, Joerg. In HEERMANN, Peter, SCHLINGLOFF, Jochen (ed). *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*. 2. Vydání. München: C.H.Beck, 2014, Rn. 43 (§16)

¹⁰⁴ PELCHEN, Georg, ANDERS, Dieter. In ERBS, Georg, KOHLHAAS, Max (ed). *Strafrechtliche Nebengesetze. Kommentar*. 39. Vydání. München: Verlag C.H.Beck, 2016. Rn. 4 (§3 HWG)

¹⁰⁵ NORDEMANN, Axel. In GÖTTING, Horst-Peter, NORDEMANN, Axel (ed). *UWG Handkommentar*. 3. Vydání. Baden-Baden: Nomos, 2016. Rn. 0.8 (§5 UWG)

konkretizována. Ve své podstatě jde o převzatou směrnici¹⁰⁶, která byla německým zákonodárcem doplněna o konkrétní případy.

§5 odst. 3 UWG stanoví, že v předchozím odstavci uvedená tvrzení mohou být učiněna i skrze vyobrazení nebo představení produktu. Taková vyobrazení nebo představení je následně také považováno za klamavé, avšak opět za předpokladu, že je schopné vyvolat mylnou představu o propagované věci, anebo v případě, že je činěno s úmyslem takovou představu vyvolat.

Zajímavým se jeví §5 odst. 4, který staví vyvratitelnou právní domněnku, podle které je klamavým jednáním taková reklama, která propaguje snížení ceny, za předpokladu, že snížení ceny je stanoveno pouze na přechodnou, neadekvátně krátkou dobu. V takovém případě leží důkazní břemeno na původci reklamy.

4.4.1 Dotčené osoby

Dotčenými osobami jsou v tomto případě opět v podstatě všichni. Co se týče poškozených, kteří jsou předpokládáni skutkovou podstatou klamavé reklamy, pak pod tento pojem spadá např.: spotřebitel a ostatní účastníci trhu. Ostatními účastníky trhu se označují ostatní soutěžitelé, ale i všichni ostatní, kteří poptávají nebo nabízejí služby na relevantním trhu. V podstatě zde nehraje žádnou roli, jestli je ostatní účastník trhu právnická nebo fyzická osoba, popřípadě jestli spadá do kategorie podnikatele.

Pokud jde o kategorii spotřebitele, pak i německé soudy pracují s pojmem tzv. průměrného spotřebitele, tzn. spotřebitele, který je průměrně informovaný, pozorný a rozumný. Spotřebitelem se dle §13 BGB rozumí osoba, která právně jedná za účelem, který není přičitatelný její podnikatelské ani samostatně výdělečné činnosti. Průměrná informovanost, rozumnost a pozornost však není konstantní. Vždy se odvíjí od skupiny, na kterou reklama míří¹⁰⁷. Tzn., že průměrný spotřebitel reklamy na Automobil bude pravděpodobně méně informovaný a rozumný než průměrný spotřebitel reklamy na Automobil cílící na provozovatele Taxislužeb. Z toho vyplývá, že se při stanovení průměrného spotřebitele nemá významu nadprůměrná nebo podprůměrná informovanost některých osob (osoby s ukončenou zvláštní školou).¹⁰⁸

Německá judikatura tak například rozeznává, co se týče klamavé reklamy, speciální skupinu spotřebitelů, a sice děti a dospívající. Příkladem je rozhodnutí BGH „Werbung für Klingeltöne“¹⁰⁹. Podnikatel inzeroval v časopisu BRAVO-GIRL vyzvánění na telefon za 1,83 euro. Platba a stažení vyzvánění mělo proběhnout skrze zavolání na uvedené číslo. Stažení vyzvánění však mohlo trvat

¹⁰⁶ Směrnice Evropského parlamentu a rady 200/29/ES ze dne 11. Května 2005. Úř. věst. L 149/22, 11. 6. 2005, čl. 6

¹⁰⁷ SOSNITZA, Olaf. In OHLY, Ansgar, SOSNITZA, Olaf (ed). *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*. ..., Rn. 122 (§2)

¹⁰⁸ Tamtéž, Rn. 122 (§2)

¹⁰⁹ Rozhodnutí BGH ze dne 6. dubna 2006, sp. Zn. I ZR 123/03

několik minut (průměrně však 110 sekund), což vedlo ke zvýšené ceně, a sice 3,40 euro. Soud dovodil, že tím, že podnikatel inzeroval pouze v dětském časopise a zároveň neuvedl reálnou celkovou cenu, šlo o reklamu cílenou výhradně na děti a dospívající. U dětí a dospívajících je pro nízký věk třeba předpokládat sníženou informovanost, rozumnost a pozornost, mimo jiné i proto soud rozhodl, že v tomto případě šlo o klamavou reklamu.

4.4.2 Klamavost reklamy

Jak již bylo uvedeno v úvodu ke klamavé reklamě (viz. 4.4), klamavost se musí týkat v zákoně uvedených záležitostí (vlastností, práv atd.). Informace podané v reklamě musí být pro naplnění znaku klamavosti buďto přímo nepravdivé, anebo musí být alespoň způsobilé klamat. Jinými slovy lze říci, že nezáleží na tom, jestli je informace pravdivá či nepravdivá. Nepravdivá informace je klamavá bez dalšího, avšak i informace, která je pravdivá, může být považována za klamavou, pokud je objektivně způsobilá vyvolat nepravdivou představu.¹¹⁰

UWG definici klamavosti neobsahuje. Výklad klamavosti se dovozuje ze směrnice Evropského parlamentu a rady¹¹¹, dle které je obchodní praktika klamavá, pokud obsahuje nesprávné informace, a je tedy nepravdivá, nebo pokud jakýmkoli způsobem, včetně celkového předvedení, uvádí nebo je schopná uvést průměrného spotřebitele v omyl ve vztahu k jednomu nebo k více z níže uvedených bodů. To platí, i když jsou informace věcně správné, což v obou případech vede nebo může vést k rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci, které by jinak neučinil.

Dříve byla klamavost vykládána ve vztahu k okruhu subjektů, zasažených reklamou, a na jejich vnímání klamavosti reklamy. Německé soudy braly v úvahu tzv. relevanci klamavosti („Relevanz der Irreführung“) a kvótu klamavosti („Irreführungsquote“).

Odpověď na otázku, zda-li byla reklama způsobilá klamat, se odvíjela od toho, jak je tato reklama vnímána cílovým subjektem. Zajímavým příkladem reklamy s pravdivou informací, která může klamat, je tzv. „reklama samozřejmostmi“ („Werbung mit Selbstverständlichkeiten“). V tomto případě, šlo o to, že podnikatel v reklamě přehnaně vyzdvihoval vlastnost svého produktu, přestože tuto vlastnost mají z povahy věci všechny produkty takového typu a určení. V konkrétním případě šlo o reklamu na zubní kartáček, který má speciální „vlastnost“, protože masíruje zubní dásně. Spotřebitel mohl uvěřit a považovat tuto vlastnost za něco nadstandartního. Soudy proto došly následně k závěru, že reklama je klamavá¹¹².

¹¹⁰ NORDEMANN, Axel. In GÖTTING, Horst-Peter, NORDEMANN, Axel (ed). *UWG Handkommentar*, Rn. 0.47 (§5)

¹¹¹ Směrnice Evropského parlamentu a rady 200/29/ES ze dne 11. Května 2005. Úř. věst. L 149/22, 11. 6. 2005, čl. 6

¹¹² Rozhodnutí BGH ze dne 20. 1. 1961, sp. Zn. I ZR 79/59, bod III/2

Relevancí klamavosti se rozuměla způsobilost reklamy oklamat. Podrobněji řečeno, šlo o způsobilost narušit svobodu rozhodování osoby, která stála před rozhodnutím určitý produkt zakoupit či nikoliv. Nutné bylo, aby taková možnost byla nejen teoreticky možná, ale také skutečně možná. Nebylo nutné, aby spotřebitel nebo jiný účastník trhu skutečně jednal a propagované zboží nebo službu si pořídil¹¹³.

Kvóta klamavosti pak znamenala míra subjektů na dotyčném trhu, která mohla reklamu skutečně nesprávně pochopit, a být tedy oklamána. Zajímavé je, že tato kvóta nebyla nijak čistě teoreticky počítána, nýbrž vskutku prokazována skrze dotazníky¹¹⁴. Jaký však musí být poměr „oklamanych“, aby bylo možné klamavou reklamu z tohoto důvodu označit za klamavou, se odvíjí od soudu a věci, která je rozhodována. Tak například v Mnichově a Sársku postačí 25 – 30%¹¹⁵, v případě Německého spolkového soudu (Bundesgerichtshof, dále jen „BGH“) ležela hranice v hodnotách okolo 66%¹¹⁶. Pokud se však případ týkal citlivé oblasti, pak stačila i hodnota okolo 10%¹¹⁷.

I německé soudy jsou povinny respektovat unijní směrnice a judikaturu evropského soudního dvora, což znamená, že i v Německé spolkové republice bude třeba v první řadě vymodelovat tzv. průměrného spotřebitele. Avšak v případech, kdy toto nebude možné, jsou soudy stále oprávněny přistoupit k jeho stanovení dotazníkovou formou. Momentální přístup je takový, který vychází z předpokladu, že 75 procent osob v populaci je buďto průměrně nebo nadprůměrně informováno a obezřetno. Je-li tedy dle dotazníku oklamáno méně než 25 procent osob, platí, že průměrný spotřebitel oklamán nebyl.¹¹⁸ V současné době se hranice pohybuje obecně pohybuje v rozmezí 25% - 33%.¹¹⁹ Je však třeba brát v úvahu specifika případu.

Proces určování průměrného spotřebitele skrze dotazníky spočívá ve dvou krocích. Nejprve je nutné určit v jakém rozsahu reklamní praktika vyvolává mylnou představu, v druhém pak v jakém rozsahu ovlivňuje jednání spotřebitele. Podíl oklamanych dle testu druhého kroku nemůže být vyšší než podle prvního, přičemž relevantní je podíl oklamanych dle tohoto druhého kroku („wettbewerblich relevante Irreführung“). Logicky je totiž zohledňován pouze podíl těch, kteří byli reklamou ovlivněni na základě reklamou vyvolané mylné představy. Jinými slovy,

¹¹³ GÖTTLING, Horst – Peter. In GÖTTING, Horst-Peter, NORDEMANN, Axel (ed). *UWG Handkommentar*, Rn. 0.125 (§5 UWG)

¹¹⁴ Tamtéž, Rn. 0.116 (§5 UWG)

¹¹⁵ Rozhodnutí OLG Saarbrücken ze dne 18. října. 2016, sp. Zn. 1 U 670/05

¹¹⁶ Tamtéž, Rn. 0.118 (§5 UWG)

¹¹⁷ Tamtéž, Rn. 0.119 (§5 UWG)

¹¹⁸ Rozhodnutí BGH ze dne 2. října 2003, sp. Zn. I ZR 252/01

¹¹⁹ BORNKAMM, Joachim, FEDDERSEN, Jörn. In KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb. Kommentar – 13. díl. 3. Vydání*. München: Verlag C.H.Beck, 2017, Rn. 1.99 (§5 UWG)

nepodlehli-li spotřebitel klamavosti, pak není relevantní zda-li se reklamní praktikou ovlivnit nechal nebo ne.¹²⁰

V souvislosti s výše popsaným dvoustupňovým procesem je nutné zmínit normativní korektiv nutný proti relativizaci výše zmíněných pravidel. Na myslí tím mám jednání soutěžitele, který by ve své reklamě uváděl, lhal ohledně stáří podniku rozdíl 100-200 let s argumentací, dle které je tato informace pro spotřebitele bez významu. Jiným případem bylo použití soutěžní známky „Thermoroll“, přestože soutěžitel vlastní pouze známku „Termorol“, a argumentace, dle které spotřebitel nerozlišuje mezi oběma názvy se závěrem, že nemůže být proto oklamán. Takovéto případy by pravděpodobně naplnily požadavky onoho dvoukrokového testu. Dle judikatury však jde o „drzé lži“ („dreiste Lügen“) a proto se k dvoukrokovému testu vůbec nebude přistupovat a kvóta klamavosti bude v dostatečné míře presumována.¹²¹

4.4.3 Způsobilost ovlivnit hospodářské chování osob

Z hlediska soutěžního práva jsou relevantní pouze ty v reklamě uvedené údaje, které jsou způsobilé ovlivnit hospodářské jednání osob. Jinými slovy je nutné, aby taková informace byla schopná vyvolat u reklamou zasažené osoby rozhodnutí, které by tato osoba, nebýt této reklamy, jinak neučinila. Nepostačí tedy pouze nesprávnost údaje, nezbytná je i způsobilost ovlivnit osoby.

Tak například uvedením nesprávného údaje ohledně doby, po kterou trvá výprodej věcí v obchodě, je způsobilý ovlivnit hospodářské jednání spotřebitele, protože jej nutí jednat rychle a nakoupit do data, uvedeném v reklamě jako konec výprodeje. S čímž souvisí i to, že spotřebitel, kromě časového tlaku, má omezenou možnost zkontrolovat obdobné produkty konkurence.¹²²

Zajímavým případem s opačným důsledkem je tento případ reklamy na myčku. Prodejce kuchyňské elektroniky inzeroval v letáku myčku s označením T-0, u myčky byl popis i cena modelu T-0, avšak z důvodu chyby v reklamní agentuře se na obrázek v letáku dostala nikoli myčka T-0, ale myčka novější generace T-1. Nutno uvést, že myčka T-1 je podstatně výkonnější. Na druhou stranu se však myčky ve skutečnosti vzhledem nijak zásadně nelišily. Soud v odůvodnění svého rozhodnutí argumentoval právě tímto podobným zjevem, přičemž tvrdil, že je-li nějaký marginální rozdíl mezi ovládacím panelem těchto dvou myček, pak tento rozdíl nemá žádný vliv na představu spotřebitele ohledně vlastností a ceny myčky, a na jeho rozhodnutí. Tímto došel k závěru, že na reklamním letáku sice byla vyobrazena podstatně kvalitnější myčka, na druhou stranu však

¹²⁰ BORNKAMM, Joachim, FEDDERSEN, Jörn. In KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb...*, Rn. 1.96 (§5 UWG)

¹²¹ Rozhodnutí BGH ze dne 26. února 2009, sp. zn. I ZR 219/06

¹²² Rozhodnutí BGH ze dne 7. Července 2011, sp. zn. I ZR 173/09

judikoval, že i když byla inzerována myčka levnější a méně kvalitní, nemohla mít tato chyba vliv na rozhodnutí spotřebitele.¹²³

Úsměvným je spor kartářky a dvou nakladatelství, kdy kartářka v reklamě inzerovala s uvedením karet jednoho nakladatelství, které označila značkou „©“ a svým jménem. Přestože tento symbol v německém právním systému nemá žádného významu, soud rozhodl, že uvedením tohoto symbolu uvedla spotřebitele v omyl, protože průměrný spotřebitel skupiny, na něhož kartářka svou reklamou cílila, mohl nabýt dojmu, že ona sama tyto karty vytvořila. Tím, že si spotřebitel mohl myslet, že je sama vytvořila, mohl dojít k závěru, že má větší „moc nad kartami“ než ostatní kartářky, čímž mohl být uveden v omyl.¹²⁴

4.4.4 Omisivní klamavá reklama

UWG rozšiřuje znak klamavosti zmíněný v předchozím odstavci o klamavém jednání. Dle §5a je jednání klamavé v případě zamlčení určitých, blíže specifikovaných informací. Ve své podstatě jde o zakotvení informační povinnosti podnikatele, tak jak je známe z §5a z. o ochraně spotřebitele. Nedodržení takové povinnosti má za následek naplnění znaku klamavosti.

Takovým případem by bylo například propagování zboží s cenou, která není finální například z toho důvodu, že není započítána daň.¹²⁵ Důležité je zmínit, že takové informace nemusí obsahovat každá reklama, nýbrž jen reklama, která přímo vyzývá k nákupu propagované věci nebo zboží¹²⁶. Skutkovou podstatu klamavé reklamy skrze nejednání pak naplní i ten, kdo nedá jasně najevo komerční účel svého jednání, za předpokladu, že tato skutečnost nevyplývá z okolností jednání. Je však nutné, aby neuvedení této informace mělo za účel přimět spotřebitele k jednání (zakoupení věci nebo služby), které by jinak neučinil.¹²⁷

4.4.5 Klamavá reklama jako trestný čin

Německý zákon o nekalé soutěži obsahuje mimo standardní nekalosoutěžní skutkové podstaty klamavé reklamy i ustanovení speciální trestněprávního charakteru. Dle §16 UWG je klamavá reklama za určitých podmínek trestným činem. V podstatě jde o dvě základní trestněprávní skutkové podstaty.

¹²³ Rozhodnutí OGH Hamm ze dne 16. Června 2009, sp. Zn. 4 U 44/09

¹²⁴ Rozhodnutí OLG Düsseldorf ze dne 9. Zář 2008, sp. Zn. 20 U 123/08

¹²⁵ Rozhodnutí BGH ze dne 29. Dubna 2010, sp. zn. I ZR 99/08

¹²⁶ SOSNITZA, Olaf. In OHLY, Ansgar, SOSNITZA, Olaf (ed). *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar...*, Rn. 69 (§5a)

¹²⁷ §5a odst. 6 UWG: „Unlauter handelt auch, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

Podle §16 odst. 1 UWG se trestného činu klamavé reklamy dopustí ten, kdo s úmyslem vyvolat domněnku zvláště výhodné nabídky, použije při inzerci nepravdivé údaje, a to veřejným sdělením určenému velkému okruhu osob. Taková osoba bude dle zákona potrestána trestem odnětí svobody až na 2 roky nebo peněžitým trestem.¹²⁸

Oproti nekalosoutěžní skutkové podstatě se ta trestněprávní liší hned v několika aspektech. Jednak nestačí pouze klamavost. Je nutné, aby taková klamavá reklama byla provedena skrze úmyslné uvedení nepravdivých informací. Je nutné, aby tak bylo učiněno veřejně a aby reklama cílila na velkou skupinu osob. Podstatný rozdíl je také v tom, že taková reklama musí mít za cíl vyvolání zdání výhodné nabídky.¹²⁹

Naproti tomu odst. 2 se vztahuje pouze na právní jednání osob v obchodním styku. Druhé skutkové podstaty trestné klamavé reklamy se dopustí ten, kdo v obchodním styku¹³⁰ přiměje spotřebitele k odběru zboží, služeb nebo jej přiměje se právně zavázat skrze slib, že od prodejce nebo třetí osoby získá speciálních výhod, pokud přiměje dalšího spotřebitele k obdobnému právnímu jednání, kteří taktéž skrze stejnou reklamu budou získávat další spotřebitele.¹³¹ Osoba, která se dopustí tohoto trestného činu, bude potrestána trestem odnětí svobody v rozsahu do 2 let nebo peněžitou pokutou.

V Německu je tento způsob získávání klientů označován jako „Progressive Kundenwerbung“ a cílí svou podstatou na v Česku označované „Pyramidové a letadlové hry“¹³². Pyramidová hra je v podstatě obchodní model, v němž je výsledek závislý nikoli na prodeji prodávané služby nebo produktu (cena služby nebo produktu je většinou značně nadhodnocena a nekonkurenceschopná, př. předražená sada šperků¹³³), nýbrž na získávání nových prodejců¹³⁴. V podstatě to funguje tak, že 1. osoba („Osoba A“) prodává například opalovací krém, který lze reálně na trhu prodat za 50 Kč. Osoba A nabídne 2. osobě („Osoba B“) tento opalovací krém za

¹²⁸ §16 UWG odst. 1: „Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

¹²⁹ BORNKAMM, Joachim. In KÖHLER, Helmut, BORNKAMM, Joachim, FEDDERSEN, Jörn (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb...*, Rn. 7 (§16)

¹³⁰ Pozn.: Obchodním stykem je jakékoliv právní jednání na trhu, které má za účel podporu svého nebo cizího podnikání. Více, viz.: FEZER, Karl-Heinz. In FEZER, Karl-Heinz (ed). *Markenrecht – Kommentar. Díl – 1*. 4. Vydání. München: C.H.Beck, 2009 Rn 24 (§14)

¹³¹ §16 UWG odst. 2: „Wer es im geschäftlichen Verkehr unternimmt, Verbraucher zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten durch das Versprechen zu veranlassen, sie würden entweder vom Veranstalter selbst oder von einem Dritten besondere Vorteile erlangen, wenn sie andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlassen, die ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer erlangen sollen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

¹³² BORNKAMM, Joachim. In KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb. Kommentar...*, Rn. 32. (§16 UWG)

¹³³ Rozhodnutí BGH ze dne 3. prosince 1954 – I ZR 262/52

¹³⁴ Tímto se zabýval i Evropský soudní dvůr, viz.: Rozsudek ze dne 3. Dubna 2014, „4finance“ UAB proti Valstybinė vartotojų teisių apsaugos tarnyba, C-515/12, bod 21-22

200 Kč, s tou podmínkou, že pokud osoba B bude prodávat za stejnou cenu a stejným způsobem (tzn. získávat další prodejce), získá osoba B výhodu, buďto v podobě slevy na produkt, anebo provize.

V konečném důsledku tedy není prodáván produkt, nýbrž možnost „prodávat produkt“. V extrémních případech tento model dosahuje takové úrovně, kdy produkt neexistuje a noví zákazníci platí pouze za účast ve schématu, tzn. osoba B zaplatí osobě A 1000 Kč za právo prodat osobě C možnost se zúčastnit, přičemž osoba C pak může opět prodávat účast na této „hře“ dalším osobám. Že takový systém nemůže reálně delší dobu fungovat, je celkem zjevné.¹³⁵

Dle komentované literatury je „progressives Element“ tím aspektem, který ve většině případů určuje, zda-li jde o reklamu ve smyslu §16 odst. 2 UWG. Jsou-li spotřebitelé (prodejci) verbování do prodejní organizace, s tím cílem, aby verbovali za výhody další lidi, pak je přítomen „progressives Element“. Jakmile se všichni stanou prodejci, nebude možné pro nově příchozí nikoho naverbovat. Taková hra sebou nese vysoké riziko, ovlivňování vůle zúčastněných osob, a protože ne vždy je charakter schématu zjevný, i klamavost.¹³⁶

Z podstaty věci jsou osoby, které stály u vzniku schématu, těmi, kdo ze schématu má největší zisk. Kdo nastoupí jako poslední, ten vydělá zákonitě nejméně, anebo vůbec nic, tzn. „prohrál“. Možná i z tohoto důvodu se tento systém označuje jako „letadlová nebo pyramidová hra“.

Osoby stojící v pozadí, však po vybudování sítě klientů, nejsou těmi, kdo produkt či schéma jako takové propagují. Osoby stojící na nižší úrovni tak činí za ně. Dle německého práva jsou však i tyto osoby trestně odpovědné. Buďto by taková osoba byla odpovědná skrze obecná ustanovení německého trestního zákoníku o nepřímém pachatelství, anebo v případě, kdyby nebyly naplněny zákonné znaky, skrze ustanovení o návodu, pomoci nebo spolupachatelství.¹³⁷

Zajímavým se jeví trestní odpovědnost osob podílejících se na takové hře v nižších úrovních. Tyto osoby jsou právě těmi, kteří jsou ustanovením o trestné klamavé reklamě chráněni, proto by nebyly trestně odpovědné. Situace by se ovšem změnila v případě, kdyby se po delší dobu na takové „hře“ aktivně podílely. V takové situaci by byly trestně odpovědné, podobně jako iniciátor hry.¹³⁸

Nedosažuje-li jednání této intenzity, bude hodnoceno standardně podle ustanovení o klamavém jednání, respektive dle generální klauzule uvedené v §3 UWG.

¹³⁵ Podrobněji viz. MOLNÁROVÁ, Gabriela. „LETADLO, KTERÉ NIKDY NEDOLETÍ ANEB JAK RYCHLE NEZBOHATNOUT“ [online]. [www.epravo.cz](http://www.epravo.cz/top/clanky/letadlo-ktere-nikdy-nedoleti-aneb-jak-rychle-nezbohatnout-14605.html), 4. Listopadu 2001 [cit. 22. října 2016]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/letadlo-ktere-nikdy-nedoleti-aneb-jak-rychle-nezbohatnout-14605.html>>.

¹³⁶ SOSNITZA, Olaf. In OHLY, Ansgar, SOSNITZA, Olaf (ed). *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb...*, Rn. 33 (§16)

¹³⁷ BORNKAMM, Joachim. In KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb...*, Rn. 34. (§16 UWG)

¹³⁸ Tamtéž, Rn. 34. (§16 UWG)

4.5 Srovnávací reklama

Definici srovnávací reklamy („Vergleichende Werbung“) nalezneme v §6 UWG, který stanovuje, že srovnávací reklamou je každá reklama, která přímo či nepřímo označuje jiného soutěžitele nebo jím nabízené zboží či služby¹³⁹.

4.5.1 Přípustnost srovnávací reklamy

Německá úprava zde výslovně nestanoví, kdy je srovnávací reklama přípustná, avšak komentovaná literatura dochází k závěru, že srovnávací reklama za určitých podmínek přípustná je. Tak však už ostatně stanoví unijní regulace. Je tomu tak obecně v případě, kdy je srovnání věcné a pravdivé, přičemž u cílové osoby nevzniká nesprávný nebo nepravdivý pocit ohledně srovnání¹⁴⁰. Srovnání může být učiněno výslovně nebo neverbálně (zobrazením)¹⁴¹.

Přípustnost reklamy stanovena není, avšak UWG v §6 odst. 2 stanoví taxativní výčet případů, kdy je srovnání nepřípustné, tzn. kdy je srovnání vždy považováno za nekalé soutěžní jednání. O nekalosoutěžní jednání jde v případě, kdy srovnání: 1. se nevztahuje na zboží nebo služby stejné potřeby nebo stejného účelu; 2. se nevztahuje objektivně na jedno nebo více podstatných, relevantních, ověřitelných a typických vlastností nebo ceny srovnávaného zboží nebo služby; 3. může vést k nebezpečí záměny soutěžitelů nebo jimi nabízených zboží a služeb a nebo může-li vést k nebezpečí záměny těmito soutěžiteli používaných označení; 4. poškozují nekalosoutěžním způsobem pověst označení jiného soutěžitele nebo na ni parazituje; 5. snižuje vážnost nebo hanobí obchodní nebo osobní poměry jiného soutěžitele nebo jeho zboží, služby či činnost; 6. srovnává zboží nebo službu, která je imitací nebo napodobeninou zboží či služby, která požívá ochrany skrze označení používané jiným soutěžitelem¹⁴².

¹³⁹ §6 odst. 1 UWG: „Vergleichende Werbung ist jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht.“

¹⁴⁰ KÖHLER, Helmut. In KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewer...*, Rn. 93. (§6 UWG)

¹⁴¹ HIMMELSBACH, Gero. *Wettbewerbsrecht - Ansprüche, Verfahren, Taktik, Muster*. 4. Vydání. München: C.H.Beck, 2014. s.137

¹⁴² §6 odst. 2 UWG: „Unlauter handelt, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich 1. sich nicht auf Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zwecksbestimmung bezieht, 2. nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist, 3. im geschäftlichen Verkehr zu einer Gefahr von Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den von diesen angebotenen Waren oder Dienstleistungen oder den von ihnen verwendeten Kennzeichen führt, 4. den Ruf des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt, 5. die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft oder 6. eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung darstellt.“

4.5.2 Srovnání

I německá právní literatura dochází k tomu, že srovnávací reklama bez srovnání není možná. Na druhou stranu však uvádí několik příkladů, kdy srovnání na první pohled přítomno je, avšak ve smyslu zákona se za srovnání nepovažuje. Za srovnání se nepovažuje kritika jiného soutěžitele nebo jeho zboží či služby či opírání se o dobré jméno jiného soutěžitele. Za srovnání se nepovažuje ani případ, kdy soutěžitel vyzdvihuje výhradně pozitivní vlastnosti své služby nebo zboží, či pokud srovnává své zboží a služby nebo pokud soutěžitel vyzývá spotřebitele k tomu, aby sami provedli srovnání¹⁴³.

4.5.3 Okruh srovnávaných osob

Postačí, pokud reklama zasáhne alespoň jednoho spolusoutěžícího. Intenzita však musí být taková, aby alespoň u tohoto jednoho spolusoutěžícího byla zasažena nikoli zanedbatelná část jeho zákaznické základny¹⁴⁴.

Není nutné, aby byl jiný soutěžitel výslovně jmenován. Znak je naplněn, bude-li na základě reklamy možná jednoznačná identifikace konkrétního soutěžitele. Stejný závěr bude platit, pokud bude možné jiného soutěžícího rozeznat skrze jeho zboží nebo službu a vice versa, bude-li možné rozeznat jiného soutěžitele a nebude možné identifikovat produkt¹⁴⁵.

4.5.4 Předmět srovnání

Předmětem nemusí být jen jiný soutěžitel. Právě naopak, v převážné většině případů je předmětem srovnání produkt, zboží nebo služba. UWG v tomto ohledu vyžaduje, aby existoval soutěžní vztah mezi srovnávajícím a srovnávaným („ein Wettbewerbsverhältnis“). Ten je dán existencí určitého stupně zaměnitelnosti (resp. „Srovnatelnosti“) srovnávaných produktů („gewisser Grad der Substitution“).

Podle Evropského soudního dvora je tento vztah třeba posuzovat vzhledem ke stavu trhu, zvyklostem spotřebitelů a možnostem jejich vývoje, což je třeba přezkoumat ve vztahu k trhu, na němž je reklama šířena a image výrobku nebo vlastnostem, které se soutěžitel snaží reklamou propagovat¹⁴⁶.

4.5.5 Klamavá srovnávací reklama

Klamavá srovnávací reklama je taktéž nepřipustná, a to i v případě, že je srovnání jako takové bez vady. Klamavost způsobuje vždy nepřipustnost srovnávací reklamy. To však ostatně

¹⁴³ HIMMELSBACH, Gero. *Wettbewerbsrecht - Ansprüche...*, s. 137

¹⁴⁴ Tamtéž, s. 138.

¹⁴⁵ Tamtéž, s. 139.

¹⁴⁶ Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 19. Dubna 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA proti Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-384/05, Sb. rozh. s. I-3152, bod 42.

vychází už z práva Evropské unie¹⁴⁷. I bez této regulace by však klamavá srovnávací reklama byla postižitelná podle obecných ustanovení UWG o zákazu klamavého jednání¹⁴⁸.

Klamavou srovnávací reklamou se podrobněji zabývá §5 odst. 2 UWG, dle kterých je jednání v hospodářském styku klamavé také tehdy, pokud při srovnávací reklamě vzniká riziko záměny v reklamě propagovaného produktu, s produktem jiného soutěžitele. Odst. 3 téhož paragrafu k tomu dodává, že klamat je možné i vyobrazením nebo představením, avšak opět za podmínky, že takové vyobrazení nebo představení produktu je činěno buďto se záměrem vyvolat nepravdivou představu, anebo je způsobilé takovou představu vyvolat.

4.6 Zlehčující reklama

Zlehčující reklama je pohledem německého práva v podstatě jen podtypem srovnávací reklamy. Tato reklama nemá svojí vlastní skutkovou podstatu. Máme-li v úmyslu se zabývat zlehčovací reklamou, pak je nezbytné se vrátit do §6 UWG, tedy ustanovení o reklamě srovnávací.

Podle §6 odst. 1 je srovnávací reklamou každá reklama, která at' už přímo či nepřímo označuje jiného spolusoutěžitele nebo jím nabízené produkty či služby. Samozřejmě nikoli každá srovnávací reklama je v rozporu s předpisy soutěžního práva. Proto odst. 2 téhož paragrafu stanoví jednotlivé případy, kdy je srovnání nekalosoutěžní. Jedním z těchto specifických případů je právě věta 5., dle které je nekalosoutěžním takové srovnání, které hanobí nebo zlehčuje zboží, služby, činnost nebo osobní či obchodní poměry jiného spolusoutěžitele¹⁴⁹.

I německá právní věda a judikatura si je vědoma faktu, že v podstatě každá srovnávací reklama obsahuje do jisté míry aspekt zlehčování. Asi není reálně možné, aby soutěžitel v reklamě srovnával produkty své s produkty konkurence a nedošel k závěru, že jeho produkty jsou lepší než ty nabízené konkurencí. Je-li tedy jeden produkt v reklamě vyobrazen jako lepší, pak to musí nutně znamenat, že ostatní srovnávané produkty jsou horší, což je stanovisko, které svým charakterem odpovídá pojmu zlehčování.

Nastane-li takový případ, pak je dle německé judikatury rozhodující, zda-li soutěžitel vyzdvihuje dobré vlastnosti svého produktu a tím ponižuje vlastnosti produktu cizího soutěžitele, anebo naopak. Jinými slovy, dle německé literatury je v pořádku v reklamě tvrdit: „Moje produkty jsou levnější a kvalitnější než produkty podnikatele X“, avšak tvrzení opačné, tzn. „Produkty

¹⁴⁷ Směrnice Evropského parlamentu a rady 2006/114/ES ze dne 12. Prosince 2006. Úř. věst. L 376/21, 27. 12. 2006, čl. 4

¹⁴⁸ KÖHLER, Helmut. *Irreführende vergleichende Werbung*. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2013, roč. 115, č. 8, s. 761.

¹⁴⁹ §6 odst. 2. (5.) UWG: „Unlauter handelt, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitwerbers herabsetzt oder verunglimpft.“

podnikatele X jsou dražší a méně kvalitní než naše produkty“ už by bylo nepřipustné.¹⁵⁰ Je tedy rozhodující, zda-li v popředí reklamy stojí pozitiva vlastního produktu či negativa produktu cizího. Posledně jmenovaný případ by byl pravděpodobně německými soudy označen za zlehčování.

Důležitá je samozřejmě i forma, ve které je srovnání sděleno. Slova a slovní spojení jako např.: „levný“, „jejich levné produkty vám nedoporučujeme“, „Náš džus není tak odporně sladký jako ten od X“ už jsou opět nepřipustné.¹⁵¹ Příklad se ale vždy posuzuje jako celek, tzn. hodnocena je vhodnost, celkové provedení, obsah a forma sdělení, ale i rozpoznávací a rozumové schopnosti okruhu osob, na něž reklama cílí.¹⁵²

4.7. Product placement

Německá právní úprava product placement je závislá na tom, o jaký druh se konkrétně jedná. Pokud jde o tzv. On-Set product placement, tzn. zobrazení výrobku nebo značky v pozitivním kontextu jakožto na první pohled neutrální rekvizity, pak může jít o zakázaný product placement. Tento zákaz vyplývá ze smlouvy o rozhlasovém a televizním vysílání (Rundfunksstaatsvertrag, dále jen „RsTV“)¹⁵³, konkrétně z §7 odst. 7, dle kterého je zakázána skrytá reklama a product placement, pokud bezprostředně vybízí ke koupi, nájmu nebo pachtu zboží nebo poskytnutí služby. Mimoto nesmí být takový produkt příliš silně zdůrazněn, a to bez ohledu na to, zda-li byl poskytnut zdarma, či se vyznačuje jeho nízkou hodnotu. Co více, dle tohoto zákona je zakotvena povinnost upozornit diváka na product placement na začátku a konci pořadu. S výjimkou RStV není v německém právu product placement výslovně upraven. Jak bylo naznačeno v úvodu, vyznačuje se product placement mnohostí jeho forem, přičemž ne všechny je možné subsumovat pod výše uvedený §7 RsTV.

Dle §3a UWG jedná nekalé ten, kdo poruší právní předpis, který je určen i k tomu, aby skrze regulaci tržního prostředí chránil zájmy osob účastnících se hospodářského styku, přičemž toto porušení je způsobilé poškodit zájmy spotřebitelů, jiných soutěžitelů nebo osob účastnících se hospodářského styku. Jedním z takových předpisů, jejichž porušení zakládá nekalost jednání, je právě RsTV. Proto by byl product placement, v případě porušení norem RsTV, postižitelný podle obecného ustanovení o generální klauzuli.

V závislosti na intenzitě product placementu je dle německé právní teorie možné postihovat product placement podle skutkové podstaty nepřiměřeného obtěžování dle §7 UWG,

¹⁵⁰ MENKE, Burkhardt. In HEERMANN, Peter, SCHLINGLOFF, Jochen (ed). *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, Rn 287 (§6 UWG)

¹⁵¹ Tamtéž, Rn 288 (§6 UWG)

¹⁵² Tamtéž, Rn 284 (§6 UWG)

¹⁵³ RsTV (Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien) je smlouva uzavřená mezi všemi spolkovými zeměmi, zakotvující federální úpravu rozhlasového a televizního vysílání.

což je jednání, které účastníka trhu v nepřiměřené míře obtěžuje. To platí v první řadě pro reklamu, kterou jsou osločovány osoby, u nichž je zjevné, že si to nepřejí. V tom případě je však rozhodující, zda-li je product placement rozpoznatelný či nikoliv. V případě, že není, pak nemůže jít o obtěžující reklamu. Je-li divákem rozpoznatelný, pak je třeba rozlišit, zda-li jde o televizní reklamu nebo o reklamu v kině, protože v prvním případě může divák kanál přepnout a tak reklamě uniknout. V případě kina tak učinit nelze, ledaže by divák opustil sál, což je hodnoceno jako nepřiměřené. Nadměrný product placement je vždy, bez ohledu na svoji povahu, obtěžující reklamou.¹⁵⁴

Obtěžující reklama je takové jednání, které je činěno navzdory zjevnému odmítnutí adresátem. Tímto ustanovením jsou postihovány specifické případy, které nespadají pod ostatní skutkové podstaty. Případem, který by bylo možno posoudit jako obtěžující reklamu, by bylo např.: nevyžádaná pošta (resp. telefonické obtěžování, rozdávání letáků bez možnosti chodce se vyhnout, reklamní obtěžování na místě nehody, a podobně)¹⁵⁵. Co dělá product placement obtěžující reklamou je jeho zvýšená intenzita anebo nemožnost diváka se této reklamě vyhnout.

Lze tedy uzavřít, že je product placement ve Spolkové republice Německo povolen, avšak veřejnoprávně regulován. Porušení takových právních norem pak vede v zásadě k odpovědnosti pramenící z generální klauzule UWG. Jde-li však o product placement vyšší intenzity, přichází v úvahu i odpovědnost pramenící z ustanovení UWG o obtěžující reklamě.

5. Komparace

5.1 Systematika právní úpravy

V případě německé právní úpravy se můžeme, obdobně jako v českém právní řádu, setkat se značnou roztržitostí soutěžněprávních norem do několika předpisů. Právo nekalé soutěže je obsaženo v několika samostatných zákonech, jednak má stěžejní zákon samotný, v tomto případě UWG. Má však značně odlišnou strukturu. Zajímavou odchylkou oproti české právní úpravě je fakt, že zákon obsahuje mimo generální klauzule a zvláštních skutkových podstat nekalosoutěžního jednání i normy zabývající se správní a trestní odpovědností, vyplývající z porušení předpisů hospodářské soutěže.

UWG je koncipován velmi odlišně oproti úpravě nekalé soutěže českého OZ. Kromě správních a trestněprávních ustanovení a tradičně německého prvního paragrafu vytyčujícího účel

¹⁵⁴ MENEBRÖCKER, Carsten. In GÖTTING, Horst-Peter, NORDEMANN, Axel (ed). *UWG Handkommentar*,... Rn. 175-177 (§7 UWG)

¹⁵⁵ OHLY, Ansgar In OHLY, Ansgar, SOSNITZA, Olaf (ed). *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*..., Rn. 45 (§7), 78a (§7),

a smysl zákona, je UWG v podstatě výsledkem kombinace části nekalosoutěžního práva, jak jej známe z OZ a českého zákona o ochraně spotřebitele. Vezmeme-li v úvahu harmonizační snahy Evropské unie v otázkách ochrany spotřebitele a práva nekalé soutěže, kdy nakonec právě český zákon o ochraně spotřebitele je přímým výsledkem transpozice směrnic¹⁵⁶ (obdobně jako úprava klamavé reklamy), pak se tato odlišnost nejvíce jeví jako příliš překvapující.

Porovnáme-li český zákon o ochraně spotřebitele a některá ustanovení UWG, pak si nelze nevšimnout, že jde o takřka identická ustanovení. Několik velmi podobných ustanovení bychom nepochybně našli, pokud bychom porovnali i z. o ochraně spotřebitele a český OZ. Zde je na místě podotknout, že z. o ochraně spotřebitele upravuje pouze vztah podnikatel – spotřebitel, narozdíl od UWG, který aplikaci předpisu na podobný vztah neomezuje. Německé právo obecně nerozlišuje jednání mezi podnikateli a jednání mezi podnikatelem a spotřebitelem.¹⁵⁷

5.2 Generální klauzule

Česká právní úprava definuje nekalou soutěž a rovněž ji zakazuje. Nekalá soutěž je v české právní úpravě definována třemi základními znaky a to: jednáním v hospodářském styku, rozporem s dobrými mravy a způsobností způsobit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům.

Německá generální klauzule nezakazuje nekalou soutěž, nýbrž nekalosoutěžní obchodní jednání. Obchodním jednáním se zde má na mysli v podstatě jakékoliv jednání související s odbytem zboží nebo služeb. Nekalost ve smyslu německého práva se skládá ze dvou dispozic, tou první je porušení předpisu, který je (i mimo jiné) určen k ochraně trhu v zájmu ostatních účastníků trhu, a za druhé, takové porušení je způsobil tyto účastníky citelně poškodit.

Generální klauzule je v německé úpravě, stejně jako v české, deliktem ohrožovacím, tzn. že pro naplnění její skutkové podstaty postačí, pokud újma reálně hrozila, přičemž není nutné, aby k újmě opravdu došlo. Poměrně podstatným rozdílem je fakt, že zatímco česká právní úprava hovoří pouze o „újmě“, v případě německého práva se vyžaduje újma volně přeložená jako citelná, tedy o újmu kvalifikovaného charakteru. Z toho lze dovodit, že jde-li o samotný znak újmy, bude aplikace německé generální klauzule dopadat na užší počet případů.

Pokud jde o výčet osob, jimž má být nekalosoutěžním jednáním způsobena újma, pak jej nenajdeme v generální klauzuli samotné, nýbrž ve specifikaci oné výše komentované „protiprávnosti“ (Rechtsbruch). Takové osoby jsou specifikovány sice rozdílně, avšak natolik široce, že i v případě německé právní úpravy lze dojít k závěru, že jde v podstatě o všechny myslitelné osoby, stejně jako v případě české právní úpravy.

¹⁵⁶ Zejména směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005. Úř. věst. L 149/22, 11. 6. 2005

¹⁵⁷ BORNKAMM, Joachim, FEDDERSEN, Jörn, In KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb...*, Rn. 1.3 (§5 UWG)

Tím nejpodstatnějším rozdílem je však v německé úpravě absence porušení „dobrých mravů soutěže“. Na místo takto dovozené protiprávnosti zde stojí protiprávnost plynoucí z porušení zákona, jehož smyslem je chránit zájmy osob účastnících se hospodářského styku a jež reguluje tržní prostředí. Přestože česká právní úprava o porušení zákona výslovně nehovoří, je výkladem dosahován, alespoň pokud jde o porušení právního předpisu, obdobný výsledek jako v případě německé právní úpravy. Právní teorie dochází totiž k závěru, jež koresponduje s německou právní úpravou, tedy že porušením dobrých mravů je každé porušení zákona, jež se přímo či nepřímo dotýká jednání v hospodářském styku. Porušení takového zákona je však pouze částí obsahu „dobrých mravů soutěže“. Ve zbytku zůstávají dobré mravy pořád oním blíže neurčeným, obecným a nepsaným okruhem pravidel. Proto docházím v tomto ohledu k závěru, že česká právní úprava připouští, ve srovnání s tou německou, velmi výrazně širší aplikaci generální klauzule. Dále lze vyvodit závěr, že německá generální klauzule je díky absenci neurčitého právního pojmu více v souladu s principem právní jistoty.

Výrazný praktický dopad tohoto rozdílu nepředpokládám. Nepochybně připouští formulace české generální klauzule skrze „dobré mravy soutěže“ širší aplikaci a zavádí možnost zvýšené právní nejistoty. Na druhou stranu však otevírá možnost pro soudcovské dotváření práva, což lze vzhledem k neustálému vývoji soutěžních jednání, vnímat jako pozitivní, pro soutěžitele i zákazníky.

5.3 Reklama a zkoumané reklamní praktiky

UWG stejně jako OZ neobsahuje svojí speciální definici reklamy. Oba právní systémy však vycházejí ze společného základu, a to ze směrnice Evropského parlamentu a rady o klamavé a srovnávací reklamě¹⁵⁸. Zatímco v Německu došlo k doslovnému převzetí textu, český zákonodárce reklamu doplnil o další alternativní znaky. I přesto však obě skutkové podstaty v podstatě dopadají na totožný okruh případů.

Zatímco česká právní úprava obsahuje speciální skutkovou podstatu klamavé reklamy, v německém UWG nic takového nenajdeme. Místo ní najdeme pouze odstavec s názvem „Irreführende geschäftliche Handlungen“, což lze volně přeložit jako „klamavá jednání v hospodářském styku“, resp. použít českou právní terminologií a odstavec přeložit jako „klamavé konání“, neboť jde o odstavec identický jako §5 z. o ochraně spotřebitele.

Toto „klamavé konání“ podle §5 UWG je vskutku totožné s §5 z. o ochraně spotřebitele. Významným rozdílem je rozšíření možnosti hypotézy této právní normy o ovlivnění i o „ostatní účastníky trhu“, čímž dopadá na stejný okruh osob, jako skutková podstata klamavé reklamy podle

¹⁵⁸ Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006. Úř. věst. L 376/21, 27. 12. 2006, čl. 2 a)

českého OZ. Ve zbylých znacích se §5 UWG od §2977 OZ opět nijak zásadně neliší, což ovšem není vůbec překvapivé, neboť ke stejnému závěru bychom museli dojít i srovnáním §5 z. o ochraně spotřebitele (neomezeném na jednání vůči spotřebiteli a §2977 OZ o klamavé reklamě. Nakonec i dle §2 odst. 1, písm. o) z. o ochraně spotřebitele se obchodní praktikou rozumí mimojiné i obchodní sdělení včetně reklamy.

Skrze konstrukci UWG je zjevné, že klamavé reklamy se lze dopustit i neuvedením určitých znaků. Navzdory odst. 2 §2977 OZ, na základě kterého je klamavost reklamy posuzována vzhledem k údajům, jež reklama obsahuje, nelze dle mého názoru dojít k opačnému přístupu, neboť obecné ustanovení odstavce 1 nepřímě vymezuje klamavost jako „způsobilost klamat podáním nebo jakýmkoliv jiným způsobem“.

Tato úvaha je však bez výraznějšího významu, neboť i v případě, že by nebylo možné klamat neuvedením údaje podle §2977 OZ, bylo by možné takové jednání posuzovat podle generální klauzule. Nesplněním informační povinnosti dle §5a z. o ochraně spotřebitele by mělo za důsledek porušení dobrých mravů soutěže.

Přítomnost trestních ustanovení v UWG se může zdát překvapivé, nicméně v kontextu německého trestního práva, které není kodifikováno v jednom právním předpise, poměrně standardní. V českém právním řádu je srovnávací a klamavá reklama taktéž trestná, a to podle §248 TZ. Vzhledem k tomu, že tato práce není zaměřena na srovnávání trestních aspektů reklamy, omezím se pouze na konstatování, že jednání zakládající v ČR trestný čin porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže, nevylučuje odpovědnost podle ustanovení o hospodářské soutěži v UWG, zatímco v německém právu ano.

Srovnávací reklama je v obou právních řádech upravena takřka totožně. Úpravy se liší pouze v tom, že zatímco česká právní úprava taxativně stanoví případy, kdy je reklama přípustná, UWG stanoví, kdy nepřípustná není. Jde však o tentýž výčet případů. Obě úpravy vychází totiž z téže, výše zmíněné směrnice, která regulaci srovnávací reklamy stanoví pro všechny státy jednotně bez možnosti se od této úpravy odchýlit.

Německý zákonodárce převzal směrnici doslova. Naproti tomu český zákonodárce vypustil ustanovení dovolující srovnávací reklamu, v případě, kdy nevede k záměně. Z tohoto však nelze dovozovat žádný podstatný rozdíl, neboť na obdobné případy pamatuje zvláštní skutková podstata §2981 OZ o vyvolání nebezpečí záměny. Tento závěr však není nijak překvapivý, neboť dle směrnice o srovnávací a klamavé reklamě je národní regulace členských států v této věci dána jednotně bez možnosti odchylky.

Ani v české ani v německé právní úpravě nenalezneme zvláštní ustanovení týkající se zlehčující reklamy. Shodně jsou tyto případy posuzovány skrze ustanovení o srovnávací reklamě.

Dle českého práva je možné tento případ posoudit navíc i podle ustanovení o zlehčování, dosahovala-li by difamace způsobená reklamou vyšší intenzity.

Pokud jde o komentovanou literaturu, tak ta se v obou případech shoduje, že každá srovnávací reklama je z povahy věci do jisté míry zlehčující. Je to však ona míra, která rozhoduje o přípustnosti, či nepřípustnosti. Zajímavým se jeví v německé právní literatuře všeobecně akceptovaný názor, dle kterého je v pořádku vyzdvihovat pozitivní vlastnosti svého produktu a tím znázorňovat nedostatky produktu srovnávaného, zatímco v opačném případě, tedy zdůrazňování nedostatků cizího produktu, s úmyslem znázornění pozitiv produktu vlastního, už je nepřípustné a je hodnoceno jako zlehčující srovnávací reklama.

I v tomto případě neexistuje ani v jednom zkoumaném právním řádu skutková podstata nepřípustného product placementu zakotvená v tradičně soutěžněprávním předpise. Avšak i zde se projevují harmonizační snahy Evropské unie, tzn. i zde narazíme na takřka totožnou právní úpravu. Zakazuje-li §7 RStV product placement, aby jej vzápětí v §15 téhož předpisu v určitých případech povolil, pak jde o totožnou úpravu, která je v českém právním prostředí k nalezení v §10 z o audiomedialních službách.

Stejně tak v obou právních řádech platí povinnost upozornit diváka na product placement na začátku a na konci pořadu, jako i v případě přerušení reklamou. Shoda platí i ohledně výjimky, kdy takový pořad nebyl vyroben na zakázku dotčeného provozovatele audiovizuální služby. V takovém případě není třeba na product placement upozorňovat reklamou.

Pokud jde o product placement týkající se cigaret a tabákových výrobků, resp. léčivých přípravků, které jsou z. o audiomedialních vizuálních službách bez dalšího zakazány, pak ten je německým právem naprosto ignorován, tzn. lze vyvodit závěr, že je povolen.

Závěr

Tato práce se zabývala porovnáním právní úpravy Spolkové republiky Německo a právní úpravy České republiky. Předmětem srovnání byla zejména klamavá a srovnávací reklama, včetně jejího podtypu, tzn. reklamy zlehčující. Kromě těchto standardních případů reklamy, jsem se zaměřil na zvláštní druh reklamy, tzv. product placement, neboli umístění produktu. Tyto reklamní praktiky byly srovnávány v kontextu soutěžního práva.

Jako v případě každé práce tohoto typu bylo nutné nejdříve přistoupit k popisu vybrané právní úpravy a jejímu rozboru. Tato fáze byla následována stádiem samotného srovnání, na jehož základě jsem došel k několika zjištěním, jejichž souhrn se pokusím obsáhnout v této závěrečné kapitole.

Dle mého názoru lze zásadní rozdílnost spatřovat v odlišném důvodu nekalosti. Zatímco v německém soutěžním právu je nekalost založena porušením právního předpisu, jehož smyslem je chránit zájmy osob účastnících se hospodářského styku a jež reguluje tržní prostředí, v českém právním řádu je nekalost založena porušením „dobrých mravů soutěže“. Přestože lze „porušení dobrých mravů soutěže“ dovozovat z porušení obsahově stejného zákona, jakého má na mysli německý UWG, zůstává pojem „dobrých mravů soutěže“ pojmem neurčitým, jež se odvolává na kulturní, společenské a mravní normy nepsaného charakteru. Německá generální klauzule je proto mimo svého dopadu na užší okruh společenského jednání, klauzulí důrazněji respektující princip právní jistoty.

Zajímavou odlišnost spatřuji v německém přístupu k průměrnému spotřebiteli a určení klamavosti. Německé soudy vycházejí z evropské doktríny průměrného spotřebitele, avšak v určitých případech, kdy jej není možné stanovit, resp. v případě pochybností, jsou oprávněny přistoupit k jeho určení skrze dotazníkový průzkum.

Pomineme-li nekalost a kvótu klamavosti, pak jde-li o účinky právní úpravy, nevykazují srovnávané právní normy jakýkoli rozdíl. Rozdílnost lze pouze spatřovat v odlišném legislativně technickém provedení směrnic Evropské unie, jež regulují reklamu a jednání vůči spotřebiteli. Zatímco v českém právním řádu byl vytvořen zákon o ochraně spotřebitele a právní normy zabývající se ochranou hospodářské soutěže byly včleněny do občanského zákoníku, německý zákonodárce přistoupil k transpozici směrnic zásadně odlišným způsobem.

UWG, německý zákon regulující hospodářskou soutěž, je pokud jde o skutkové podstaty nekalosoutěžního jednání v porovnání s OZ velmi omezený. Obsahuje pouze ustanovení týkající se agresivního, klamavého a omisivního klamavého chování, které jsou doplněny o srovnávací reklamu a nepřiměřené obtěžování. Zatímco ustanovení o srovnávací reklamě je totožné vůči příslušnému ustanovení OZ, zbylé skutkové podstaty jsou naproti tomu totožné vůči §5a-b z. o ochraně spotřebitele (kromě dotěrného obtěžování) s tím rozdílem, že ochranu neomezují pouze na spotřebitele, jako je tomu v případě českého z. o ochraně spotřebitele.

UWG tak například neobsahuje speciální ustanovení o klamavé reklamě jako český OZ a přesto postihuje stejná jednání jako je tomu v případě české právní úpravy. Nekalost je v takovém případě dovozována právě na základě ustanovení o klamavém jednání, neboť za jednání je nutno považovat i jakoukoli formu reklamy. Ke stejnému závěru však je nutné dojít i na základě z. o ochraně spotřebitele.

Co se týče zlehčující reklamy, pak ta je považována oběma právními řády pouze za podtyp srovnávací reklamy, jejíž úprava je v obou zemích identická. Stejná situace nastává v případě product placementu. Ani zde nenalezneme speciální nekalosoutěžní podstatu. Nekalost je za

určitých podmínek, tedy shodně při porušení veřejnoprávní úpravy, postihována na základě obecného ustanovení generální klauzule.

Úprava práva hospodářské soutěže a práva na ochranu spotřebitele jsou jedněmi z hlavních témat, na něž se soustředí harmonizační snahy Evropské unie. Ani reklama, která z povahy věci stojí na pomezí těchto dvou právních odvětví, nebyla zásahů Evropské unie ušetřena. Právě naopak, reklama je na evropské úrovni, zejména skrze směrnice, velmi silně regulována. Je však na zákonodárci členských států, jak tyto směrnice budou provedeny do národních právních řádů.

Směrnice, jako normativní právní akt Evropské unie, stanoví pouze výsledek, jehož má být dosaženo. Forma a prostředky, kterými bude takového výsledku na národní úrovni dosaženo, je ponechán na volbě členského státu. Není proto překvapující závěr, že se srovnávané právní řády, pokud jde o jejich účinky, nijak zásadně neliší. Rozdílnost spočívá pouze v odlišném legislativně technickém provedení těchto směrnic. Úroveň harmonizace právní úpravy reklamy a product placement lze proto alespoň v kontextu práva hospodářské soutěže považovat za velmi pokročilé, ne-li dokonce dokončené.

Docházím proto k závěru, že má v úvodu zvolená pracovní hypotéza, předpokládající minimální odlišnosti obou právních řádů, je tímto potvrzena. Srovnávané hmotněprávní úpravy samozřejmě vykazují určité odlišnosti, nicméně jde v podstatě o systematické odchylky natolik marginálního charakteru, že dle mého názoru nelze spekulovat o odlišném uplatňování práva. Jako možný návrh na další zkoumání, se vybízí komparace procesněprávních předpisů soutěžního práva, které budou, dle mého názoru, značně rozdílné.

Seznam použitých zdrojů

Knižní zdroje

- EKEY, L. Friedrich a kol. *Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2009
- ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. 1. vyd. Ostrava : Sagit, 2012
- ERBS, Georg, KOHLHAAS, Max (ed). *Strafrechtliche Nebengesetze. Kommentar*. 39. Vydání. München: Verlag C.H.Beck, 2016
- FEZER, Karl-Heinz (ed). *Markenrecht – Kommentar. Díl – 1*. 4. Vydání. München: C.H.Beck, 2009
- GÖTTING, Horst-Peter, NORDEMAN, Axel (ed). *UWG Handkommentar*. 3. Vydání. Baden-Baden: Nomos, 2016
- HEERMANN, Peter, SCHLINGLOFF, Jochen (ed). *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*. 2. Vydání. München: C.H.Beck, 2014
- HIMMELSBACH, Gero. *Wettbewerbsrecht - Ansprüche, Verfahren, Taktik, Muster*. 4. Vydání. München: C.H.Beck, 2014
- HRUDA, Ondřej. *Srovnávací reklama*. 1. Vydání, Praha: C. H. Beck, 2015.
- HULMÁK, Milan a kol. *Komentář k Občanskému zákoníku – 6. díl*. 1. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2014
- KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy)*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1996
- KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb. Kommentar – 13. díl*. 3. Vydání. München: Verlag C.H.Beck, 2017
- KÖHLER, BORNKAMM, FEDDERSEN (ed). *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb. Kommentar – 13. díl*. 34. Vydání. München: Verlag C.H.Beck, 2016
- KOTLER, Philip a kol. *Grundlagen des Marketing*. Hallbergmoos: Pearson, 2016
- KUBŮ, Lubomír a kol. *Teorie práva I*. 1. vydání. Olomouc: vydavatelství Univerzity Palackého, 2003
- MUNKOVÁ, Jindřiška. *Právo proti nekalé soutěži*. 3. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2008
- OHLY, Ansgar, SOSNITZA, Olaf (ed). *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar*. 7. Vydání. München: C.H.Beck, 2016

- ONDREJOVÁ, Dana. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014
- PEPELS, Werner. *Marketing-Lexikon*. 2. Vydání. München: C. H. Beck, 2002
- PUFF, Alexandra. *Product Placement (Die rechtlichen Aspekte der Produktplatzierung)*. 1. Vydání. Baden-Baden: Nomos, 2009
- ROZEHNAL, Aleš a kol. *Obchodní právo*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014
- ROZEHNAL, Aleš. *Mediální právo*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007
- SCHWARTMANN, Rolf. *Praxisbandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht*. 3. Vydání. Heidelberg: C.F.Müller, 2014
- VEČERKOVÁ, Eva. *Nekalá soutěž a reklama (Vybrané kapitoly)*. 1. Vydání. Brno: Masarykova Univerzita, 2005

Články v odborných časopisech

- HAJN, Petr. Generální klauzule proti nekalé soutěži dle NOZ. *Rekodifikace a Praxe*, 2013, č. 9
- ONDREJOVÁ, Dana. Klamavá reklama v (novém) občanském zákoníku. *Právní rádce*, 2015, č. 5
- KÖHLER, Helmut. *Irreführende vergleichende Werbung*. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2013, roč. 115, č. 8
- RIGEL, Filip. Judikatura NSS: Reklama, teleshopping a product placement. *Soudní rozhledy*. 2016, č. 7-8
- HRUDA, Ondřej. Podmínky přípustnosti srovnávací reklamy a klamavá srovnávací reklama. *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 11-12
- PATĚK, Daniel. Nad aktuální podobou práva proti nekalé soutěži (nejen) v občanském zákoníku. *Obchodněprávní revue*. 2016, č. 3

Právní předpisy

- Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254)
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245)
- Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 (BGBl. I S. 582)

- RsTV (Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien) in der Fassung des zwölften Staatsvertrags zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (12. RÄStV)
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005. Úř. věst. L 149/22, 11. 6. 2005
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006. Úř. věst. L 376/21, 27. 12. 2006, čl. 2 a)
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/65/ES ze dne 11. prosince 2007. Úř. věst. L 332/27, 18. 12. 2007
- Směrnice Evropského parlamentu a rady 2005/29/ES ze dne 11. Května 2005. Úř. věst. L 149/22, 11. 6. 2005, čl. 6
- Směrnice Evropského Parlamentu a Rady 97/55/ES ze dne 6. října 1997, kterou se mění směrnice 84/450/EHS o klamavé reklamě tak, aby zahrnovala srovnávací reklamu, Úř. Věst. L 290
- Směrnice Rady ze dne 10. září 1984 č. 84/450/EHS o sbližování právních a správních předpisů členských států týkajících se klamavé reklamy, 31984L0450
- Vyhl. MZV 64/1975 Sb., parizska umluva
- Z. č. 132/2010 Sb. o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání
- Z. č. 231/2001 Sb. o provozování rozhlasového a televizního vysílání
- Z. č. 40/1995 Sb. o regulaci reklamy
- Z. č. 634/1992 Sb. o ochraně spotřebitele
- Z. č. 89/2012, občanský zákoník

Judikáty

- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2016, sp. zn. 3 As 176/2015 - 37
- Rozhodnutí BGH ze dne 2. října 2003, sp. Zn. I ZR 252/01
- Rozhodnutí BGH ze dne 20. 1. 1961, sp. Zn. I ZR 79/59, bod III/2
- Rozhodnutí BGH ze dne 26. února 2009, sp. zn. I ZR 219/06
- Rozhodnutí BGH ze dne 29. Dubna 2010, sp. zn. I ZR 99/08
- Rozhodnutí BGH ze dne 3. prosince 1954 – I ZR 262/52
- Rozhodnutí BGH ze dne 6. dubna 2006, sp. Zn. I ZR 123/03
- Rozhodnutí BGH ze dne 7. Července 2011, sp. Zn. I ZR 173/09
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 15. ledna 2007, sp. zn. NS 32 Odo 1464/2006

- Rozhodnutí OGH Hamm ze dne 16. Června 2009, sp. Zn. 4 U 44/09
- Rozhodnutí OLG Düsseldorf ze dne 9. Zář 2008, sp. Zn. 20 U 123/08
- Rozhodnutí OLG Saarbrücken ze dne 18. října. 2016, sp. Zn. 1 U 670/05
- Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze VS, sp. zn. 3 Cmo 1336/94
- Rozsudek Evropské soudního dvora ze dne 5. května 2009, Thomas Rotter vs. Úřad pro harmonizaci na vnitřním trhu (OHIM), T 449/07, bod 33
- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 16. 7. 1998, ve věci C-210/96, Gut Springenheide GmbH and Tusky v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. listopadu 2003, sp. zn. 29 Odo 106/2001
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 4. 2008, sp. zn. 32 Cdo 139/2008
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. října 2014, sp. zn. 8 As 28/2013-54, bod 27
- Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 19. Dubna 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA proti Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-384/05, Sb. rozh. s. I-3152, bod 42.
- Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 3. Dubna 2014, „4finance“ UAB proti Valstybinė vartotojų teisių apsaugos tarnyba, C-515/12, bod 21-22
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15. 1. 2007, sp. zn. 32 Odo 1464/2006

Internetové zdroje

- Marktforschung.de. Product placement [online]. Marktforschung.de, 24. října 2008 [cit. 18. prosince 2016]. Dostupné na <http://www.marktforschung.de/wiki-lexikon/marktforschung/?tx_drwiki_pi1%5Bkeyword%5D=Product%20Placement>.
- NAVRÁTIL, Petr. *Generální klauzule nekalé soutěže* [online]. www.prf.cuni.cz [cit. 10. února 2009]. Dostupné na <<http://www.prf.cuni.cz/petr-navratil-1404046065.html>>.
- Důvodová zpráva k z. č. 89/2012 ze dne 3. února 2012, str. 579. Dostupné na <http://is.muni.cz/el/1441/podzim2013/SC4BK_ZSP1/um/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf?lang=en>.

- KRŮTA, Petr. *Srovnávací reklama v praxi*. [online]. elaw.cz, 6. března 2013 [cit. 12. července 2016]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/clanek/srovnavaci-reklama-v-praxi>>.
- De.jure.org Rechtsinformationssysteme Gmbh. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* [online]. De.jure.cz. [cit. 6. října 2016]. Dostupné na <<https://dejure.org/gesetze/UWG>>.
- MOLNÁROVÁ, Gabriela. „LETADLO, KTERÉ NIKDY NEDOLETÍ ANEB JAK RYCHLE NEZBOHATNOUT“ [online]. www.epravo.cz, 4. Listopadu 2001 [cit. 22. října 2016]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/letadlo-ktre-nikdy-nedoleti-aneb-jak-rychle-nezbohatnout-14605.html>>.
- VILHELMOVÁ, Lucie. Model tzv. průměrného spotřebitele [online]. www.epravo.cz 12. září 2013 [cit. 25. září 2016]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/model-tzv-prumerneho-spotrebitele-92188.html>>.

Anotace/Anotation

Anotace

Tato práce se zabývá komparací právní úpravy vybraných reklamních praktik v rámci nekalé soutěže. Srovnávány byly právní řády České republiky a Spolkové republiky Německo. Práce je rozdělena do pěti kapitol. První kapitola představuje právní komparatistiku jakožto pro tuto práci použitou vědeckou metodu. Kapitola druhá vymezuje srovnávané právní instituty. Následující text je pak rozdělen na text zabývající se českou právní úpravou a text zabývající se úpravou německou, přičemž každý z nich sleduje podobnou systematiku. Nejdříve je popsána generální klauzule, následuje reklama, klamává reklama, srovnávací reklama, reklama zlehčující a nakonec product placement. Závěrečná kapitola obsahuje označení a analýzu rozdílů mezi oběma zkoumanými právními úpravami.

Anotation

This thesis focuses on the comparison of regulation of chosen advertisement practices in relation to competition law. Legal systems compared are those of the Czech Republic and the Federal Republic of Germany. This thesis consists of five chapters. The first chapter introduces the legal comparison as a research method used in this thesis. The second chapter defines compared terms. Following text is divided into parts analyzing the Czech regulation and German regulation, while both of these parts are equally systematically organised. At first, there is a general clause described, followed by advertisement, false advertisement, comparative advertisement, abusive advertisement and product placement. The last chapter of this thesis describes the major differences between said legal systems and analyses them.

Klíčová slova/Keywords

Klíčová slova

Soutěžní právo, Česko-Německá komparace, Reklama, Klamavá reklama, Srovnávací reklama, Zlehčující reklama, Product Placement, Generální klauzule, Reklamní praktiky, Průměrný spotřebitel

Keywords

Competition law, Czech-German comparison, Advertisement, False advertisement, Comparative advertisement, Debasive advertisement, Product Placement, General clause, Advertising practices, Average customer