

Nad novou úpravou srovnávací reklamy

Mgr. Josef Kotásek, Ph. D.¹

I. Úvod

Jedním z důkazů postupujícího sblížení práva ČR s právem ES je i nová úprava srovnávací reklamy v obchodním zákoníku². Zcela nové ustanovení § 50a ObchZ je odpovědí českého práva na některé požadavky evropské směrnice o klamavé a srovnávací reklamě³. Podobně jako evropská směrnice i naše právní úprava připouští srovnávací reklamu, pokud vyhovuje stanoveným podmínkám.

V českém právu tím dochází k zásadnímu obrátu. Dosavadní stanoviska ke srovnávací reklamě byla totiž povětšinou negativní. Aprobaci kritické srovnávací reklamy doposud bránila (a nelze ovšem vyloučit, že i nadále brání) definice zlehčování v ustanovení § 50 odst. 2, které zakazuje použití pravdivých údajů o poměrech, výrobcích nebo výkonech jiného soutěžitele, pokud jsou způsobilé tomuto soutěžiteli přivodit újmu. Pouze v případě, kdy soutěžitel byl k takovému jednání okolnostmi donucen (oprávněná obrana), by takové jednání přípustné bylo (a není pak dokonce považováno vůbec za nekalou soutěž). Soutěžitel hodnotící úspěšnost či neúspěšnost druhého soutěžitele a srovnávající se s produktem jiného konkurenčního soutěžitelce se o tuto licenci povoleného použití pravdivých údajů opřít většinou nemohl.

Závěry judikatury ke kritizující srovnávací reklamě nemohly být proto jiné, než jak vyplývá například z rozhodnutí Vrchmího soudu v Praze číslo jednací 3 Cmo 820/95⁴:

„Nic nebrání soutěžiteli, aby ve své reklamě představil svůj produkt v co nejlepší světlo, bude však obvykle porušením dobrých mravů soutěže využít k tomu srovnání s produkty konkurenčního soutěžitelce subjektu, a navíc jen v jednom či několika znacích (zde v ceně). Je přitom až na výjimky nerozhodné, zda údaje o nabídce druhého soutěžitele jsou či nejsou pravdivé (viz § 45 odst. 3 a § 50 odst. 2 ObchZ). Pro zachování dobrých mravů soutěže je třeba, aby soutěžitel ponechal plně volbu mezi nabídkami soutěžitelů na veřejnosti, potenciálních zájemců o nabízené služby a případné srovnání přenechal jim, event. k tomu oprávněným třetím osobám.“

¹ Příspěvek vznikl i díky podpoře získané v programu CEEPUS (CZ – 104).

² Zákon č. 513/1991 Sb. v platném znění; dále jen obchodní zákoník nebo ObchZ.

³ Směrnice 84/450/EHS o klamavé a srovnávací reklamě (ve znění směrnice 97/55/ES), dále v textu jen „směrnice“. Její (pracovní) překlad lze získat např. na stránkách Rady pro reklamu: www.rpr.cz.

⁴ O této problematice podrobněji v textu příspěvku.

⁵ Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže, Vydání první. Praha, C. H. Beck 2000, s. 93.

Srovnávací reklama ovšem nemusí mít pouze podobu kritizujícího porovnávání s domněle horší konkurencí; vyskytuje se i její parazitní varianta, která bývá označována jako opěrná srovnávací reklama. V ní primárně nejde ani tak o srovnání jako takové, cílem je spíše postavit vlastní výrobek do lichotivého kontextu s renomovaným výrobkem a přizvít se tak na jeho pověst. Takové cíle může sledovat např. reklama typu *like/love*, známá z USA (a zde různě posuzovaná), což je reklama na kopii známého výrobku operující s heslem: „If you like... (známý originální produkt), you'll love“ (kopii).

V zahraničí byly případy opěrné srovnávací reklamy zpravidla posuzovány jako parazitování na pověsti⁶ a lze předpokládat, že postoje naší judikatury by byly obdobné (takové jednání by mohlo eventuálně naplnit i další skutkové podstaty nekalé soutěže, např. vyvolávání nebezpečí záměny, klamavé označování zboží a služeb atd.).

II. Co lze považovat za srovnávací reklamu?

V ustanovení § 50a odst. 1 ObchZ je srovnávací reklama definována jako jakákoliv reklama, která výslovně nebo i nepřímou identifikuje jiného soutěžitele anebo zboží nebo služby nabízené jiným soutěžiteli.

Text zcela odpovídá znění čl. 2a směrnice, který srovnávací reklamu (z obavy, že by mohl být opomenut některý druh srovnávací reklamy, zejména parazitní varianta) pojímá velmi široce.

Rozhodujícím a vlastně jediným znakem srovnávací reklamy je identifikace soutěžitele (resp. jeho zboží nebo služeb). Ustanovení § 50a ObchZ je formulováno objektivně; postačuje tedy i zcela nezamýšlená nebo nechtěná individualizace určitého subjektu v jinak anonymní masě soutěžitelů, výrobků nebo služeb.

Výslovné uvedení firmy soutěžitele nebo značky jeho zboží či služeb přitom není nutné. Soutěžitel může být identifikován i jinak než přímo.

Identifikaci může nahraovat např. samotná struktura trhu. Ilustrativní je v tomto směru případ posuzovaný německým nejvyšším soudem koncem osmdesátých let⁷. V reklamním spotu na pepsi-colu byl prezentován test, v němž jednotliví účastníci se zavazánými očima ochutnávali několik colových limonád a ke svému překvapení vybrali jako nejchutnější nápoj ze všech právě pepsi-colu. Vzhledem k oligopolní struktuře trhu tohoto druhu nápojů bylo zřejmé, že jednou ze srovnávaných limonád musela být i coca-cola.

Identifikace může vyplynout nejen z obsahového ztvárnění reklamy, ale i z jejích okolností (např. z načasování reklamního sdělení, které zřejmě reaguje na předchozí kampaň konkurence).

⁶ Podrobněji k této problematice Munková, J.: Právo proti nekalé soutěži. Komentář. Vydání první. Praha, C. H. Beck 1996, s. 71.

⁷ Scherer, I.: Partielle Verschlechterung der Verbrauchersituation durch die europäische Rechtsvereinheitlichung bei vergleichender Werbung?, WRP č. 2/2001, s. 95.

Za srovnávací nelze podle mého názoru považovat v zásadě ty reklamy, kde se vlastní výrobek srovnává s „běžným prostředkem“ – obvykle u bezduchých reklam na prací prostředky. Jde o abstraktní srovnání, u něhož zpravidla nedochází k identifikaci jiného soutěžitele či jeho výrobku. P. Hájň však v této souvislosti upozorňuje na možnost, že onen „tradiční“ mycí prostředek bude symbolizován obalem, jehož tvar je typický jen pro produkt určitého soutěžitele.⁸ Pak je soutěžitel ne přímo identifikován a půjde o srovnávací reklamu.

Ani tzv. vnitřní srovnání, v němž jsou srovnávány rozdílné vlastnosti vlastních (předchozích a nových) výrobků a ostatní soutěžitelé nejsou vůbec zmíněni, nebude srovnávací reklamou v zákonném smyslu.

Složitější bude situace u tzv. systémových srovnání. Při nich jsou zpravidla ozřejmovány přednosti nových, technicky pokročilejších výrobků spotřebiteli srovnáním s výrobky tradičními.⁹ Hlavním znakem systémových srovnání je komparace nikoliv s konkrétním výrobcem či soutěžitelem, nýbrž srovnání druhů výrobků (např. „klasické“ krytí s betonovou apod.) či různých způsobů výroby nebo pracovních postupů. Příkladem může být inzerát německého provozovatele myčky aut, ve kterém se objevilo heslo: „Ja zur Autowäsche mit weichen Textil – Nein zu Kratzern im Lack.“¹⁰ Reklama naznačovala, že kartáčové mytí může způsobovat škrábance v laku, zatímco mytí za pomoci proužků textilu je vůči laku šetrnější.

Pokud bychom tento případ posuzovali skrze nové ustanovení § 50a odst. 1 ObchZ, můžeme konstatovat, že se o srovnávací reklamu v daném případě zřejmě nejedná. Jako ostatně u všech případů posuzovaných z pohledu právní úpravy nekale soutěže, i zde budou rozhodovat konkrétní okolnosti případu; zdánlivě systémovým srovnáním může samozřejmě docházet ke zprostředkované identifikaci jiného soutěžitele z pohledu adresátů reklamy. Pokud však nebude reklamou alespoň odvozeně určen konkrétní soutěžitel (skupina provozovatelů zařízení s kartáčovým mytím bude příliš velká a pro spotřebitele indiferentní), nebude splněna definice srovnávací reklamy ve smyslu § 50a odst. 1 ObchZ. Tím samozřejmě není vyloučeno naplnění jiných nekalesoutěžních postupů uvedených v § 44–52 ObchZ (například klamavé reklamy).

Srovnávací reklama v pojetí 50a odst. 1 ObchZ se významně odchyluje od běžného (obecného) chápání komparativní reklamy. Srovnávací reklama totiž nemusí vůbec srovnávat. O obsahu samotného reklamního sdělení zákon nic neříká; nepředpokládá se, že by se soutěžitel také měl negativně nebo pozitivně vymezovat vůči konkurenci.

Definici srovnávací reklamy tak bude splňovat nejen neškodící výzva spotřebitelům, aby srovnali nabízený produkt s výrobkem určitého konkrétního soutěžitele („Srovnajte náš ceník s ceníkem společnosti X“), ale i neutrální konstatování nebo pouhá

⁸ Hájň, P.: Soutěžní chování a právo proti nekale soutěži, Brno, Masarykova univerzita 2000, s. 214.
⁹ Blíže k tomu Hájň, P.: Soutěžní chování a právo proti nekale soutěži, Brno, 2000, s. 213; z německé literatury viz např. Emmerich, V.: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. vydání, Mníchov, C. H. Beck, s. 110.

¹⁰ Plaß, G.: Die gesetzliche Neuregelung der vergleichenden Werbung, NJW č. 40/2000, s. 3163.

zmínka o jiném soutěžiteli či jeho výrobku anebo službě. Příklad takové reklamy (která by dříve nebyla považována za srovnávací) uvádí například S. Wirth¹¹: „Von Wolfsburg Bis Turin 1 Million Mal Verkauft – Mazda 626.“ Z pohledu běžného (západního) spotřebitele jsou uvedením svých hlavních produkčních míst nepřímou identifikování dva konkurenční výrobci japonského producenta (Volkswagen a Fiat). Nedochází zde k vlastnímu srovnání, reklama neuvádí např. odbyt konkurence, pouze výpně naznačuje, že milionový prodej byl dosaženo v konkurenci s nimi. Uvedená reklama současně poslouží i jako dobrý příklad toho, jak i zdánlivě neutrální údaj v sobě obsahuje částec-ku hodnocení – a do jisté míry tak opravňuje širokou definici srovnávací reklamy v nové úpravě.

Z ní lze konečně dovodit i tento závěr: Některé skutkové podstaty nekale soutěže (typicky např. zlehčování či parazitování na pověsti) budou v podstatě nepoužitelné, respektive budou nepoužitelné „samy o sobě“. Například právě zlehčování jako takové bude po novele aplikováno vždy jen „oklikou“ skrze srovnávací reklamu [na základě § 50a odst. 2 písm. e) ObchZ] a společně s dalšími podmínkami přípustnosti.

III. Kdy je srovnávací reklama přípustná?

Srovnávací reklama přináší jistě mnoho pozitivních efektů – větší transparentnost na trhu, více informací pro spotřebitele a více soutěže vůbec. Je s ní však spojeno nebezpečí, že bude zneužita. Reklama může být totiž provedena neobjektivně, srovnávání mohou být zcela nepodstatné (pro soutěžitele však lichoťivé) vlastnosti či úplně nesourodé produkty; spotřebitel může být oklamán a jiný soutěžitel zlehčován nebo může být pod rouškou srovnání parazitováno na jeho pověsti.

V souladu se směrnicí je srovnávací reklama přípustná jen za splnění určitých podmínek. Ty jsou vymezeny poměrně přísně, což vedlo P. Hájň¹² ke konstatování, že spíše než pro „povolení srovnávací reklamy byla poskytnuta přesnější kritéria pro její potírání“. Již letný pohled do zákona skutečně brzdi optimistické předpovědi o brzkém rozšíření srovnávací reklamy. K radikálnímu obratu naší reklamní praxe a k velkému zostření konkurenčního boje zřejmě nedojde. Jak vyplývá i z následujícího textu, bude rezervovanost praxe zcela pochopitelná.

Obchodní zákoník považuje srovnávací reklamu za jednu z forem nekale soutěže¹³ a jako takovou ji zakazuje (§ 44 odst. 2 písm. g), aby vzápětí přece jen připustil tu její variantu, která obstojí před katalogem osmi kumulativních podmínek (§ 50a odst. 2 ObchZ).

¹¹ Wirth, S. M.: Vergleichende Werbung in der Schweiz, den USA und der EG, Zürich, Schulthess Verlag, s. 8.

¹² Hájň, P.: Soutěžní chování a právo proti nekale soutěži, Brno, Masarykova univerzita 2000, s. 213.

¹³ Dikce § 44 odst. 2 písm. g), kde je – ač měl zákonodárce jistě na mysli pouze nepřipustnou variantu srovnávací reklamy – zakázána srovnávací reklama jako taková, není příliš šťastná.

§ 1 Zákaz klamavé srovnávací reklamy

Srovnávací reklama je předně podle § 50a odst. 2, písm. a) přípustná jen pokud není klamavá. Klamavá reklama je upravena v § 45 ObchZ. Obchodní zákoník nedefinuje klamavost konkrétně u srovnávací reklamy, nýbrž jen odkazuje na všeobecně aplikovatelné ustanovení § 45 ObchZ.

Klamavost se u srovnávací reklamy může týkat vlastní nabídky soutěžitele, jehož výrobky nebo služby reklama podporuje, nabídky jiného soutěžitele (konkurence) i výsledku srovnání.

Podobně jako je tomu ve vztahu klamavé reklamy k ostatním nekalosoutěžním praktikám, bude klamavá srovnávací reklama i zde plnit úlohu jakési „malé generální klauzule“ vzhledem k ostatním podmínkám v § 50a odst. 2. Bude tedy často „zachytávat“ ty případy, jež nebude možno podřadit pod následující ustanovení § 50a odst. 2 ObchZ.

Zajímavý příklad klamavé srovnávací reklamy pochází ze Spojených států z počátku osmdesátých let¹⁴. Žalovaný nechal provést rozsáhlý spotřebitelský test, ve kterém měli konzumenti srovnávat chuť jeho „lehčí“ cigarety (*Triumph*) s cigaretami žalobce značky (*Merit*).

Přibližně 40 % respondentů hodnotilo jako lepší chuť *Merit*, 24 % z nich považovalo obě cigarety za chuťově stejné a zbylých 36 % tvořili příznivci značky *Triumph*. Takto získané výsledky (z nichž vyplývá převaha příznivců *Merit*) byly v reklamní kampani žalovaného prezentovány se sloganem „*National Taste Test Winner*“ a „*an amazing 60% said 3 mg Triumph tastes good or better than 8 mg Merit*“. Jde o dokonale ukázkou manipulace se statistickými údaji, neboť z testu jasně vyplývá převaha příznivců cigaret značky *Merit* – při podobné „práci“ s výsledky průzkumu by *Merit* dosáhl na 4 % lepšího výsledku.

Bez ohledu na to, že šířeny byly pravdivé údaje, byly výsledky testu prezentovány klamavým způsobem. Z pohledu českého práva by se jednalo o šíření klamavých údajů ve smyslu § 45 odst. 3 ObchZ: „*Klamavým je údaj sám o sobě pravdivý, jestliže vzhledem k okolnostem a souvislostem, za nichž byl učiněn, může uvést v omyl.*“

O klamavosti a jejím určování platí to, co se uvádí u klamavé reklamy obecně. V české judikatuře jsou klamavé nekalosoutěžní praktiky posuzovány z pohledu „průměrného zákazníka“¹⁵. Jelikož tato problematika se srovnávací reklamou přímo nesusouví, odkazuje se zde dále na příslušnou odbornou literaturu¹⁶.

¹⁴ Případ Philip Morris Incorporated, v. Loew's Theatres, Inc.; cit. dle Wirth, S. M.: *Vergleichende Werbung in der Schweiz, den USA und der EG*, Zürich, Schulthess Verlag, s. 165.

¹⁵ Viz např. rozhodnutí Vrhelného soudu v Praze č. j. 3 Cmo 813/93 a dále rozhodnutí stejného soudu č. j. 3 Cmo 513/95 (obě publikovány in Macek, J.: *Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže*, Vydání první, Praha, C. H. Beck 2000, s. 150 a 166).

§ 2 Předmět srovnání

S klamavostí srovnávací reklamy úzce souvisí i další konkretizující požadavky obchodního zákoníku uvedené v § 50a odst. 2 písm. b) a c), jimiž má být dosaženo věcného a objektivního srovnání.

Jestliže dochází ke srovnání (což, jak bylo uvedeno výše, není ovšem dle pojetí srovnávací reklamy nutné) má se především srovnávat srovnatelné. Podle písm. b) lze srovnat jen zboží nebo služby uspokojující stejné potřeby nebo určené ke stejnému účelu. Z důlky zákona předně vyplývá, že srovnat lze jen zboží nebo služby. Předmětem komparace proto nesmí být např. rasa, konfese, rodninné poměry, politické názory, sexuální orientace, povahové vlastnosti soutěžitele apod.

Srovnání zboží nebo služeb je dále možné, jen pokud jsou jimi uspokjovány stejné potřeby, resp. pokud jsou zboží či služby určeny ke stejnému účelu. V zásadě vždy bude přípustné srovnání identických produktů, resp. masových produktů, které se odlišují jen v minimální míře (standardní počítačové disky). To bude zpravidla platit i pro zboží stejného druhu.

Z materiálního hlediska však mohou být srovnány i velmi rozdílné výrobky, jestliže je lze – s ohledem na potřeby, které uspokjovují a účel, který plní – považovat za substituty.

§ 3 Způsob srovnání

Zatímco předchozí ustanovení dává odpověď na otázku, co může být předmětem srovnávací reklamy, mří podmínka v písm. c) k tomu, jakým způsobem má být srovnání provedeno a jakých znaků srovnávaného zboží či služeb si má reklamní sdělení všimnout. Ustanovení § 50a odst. 2 písm. c) sehrává přitom mezi ostatními podmínkami přípustnosti klíčovou roli.

Srovnávací reklama musí objektivně srovnávat jen takové znaky daného zboží nebo služeb, které jsou pro ně podstatné, relevantní, ověřitelné a reprezentativní; zpravidla musí být srovnání ve více znacích, mezi něž může patřit i cena; jen výjimečně lze připsat srovnání v jediném znaku, splňuje-li takové srovnání v plné míře všechny uvedené podmínky.

Zákon předepisuje, aby srovnávané znaky byly mj. podstatné, relevantní a reprezentativní. Uvedená adjektiva se významově překrývají a lze očekávat, že je bude upřesňovat judikatura. Část zahraniční literatury zde hovoří o legislativním pleo-

¹⁶ Z domácí literatury např. Hájtn, P. in kol.: *Obchodní zákoník s komentářem*, I. díl, CODEX 2000, s. 119, resp. Hájtn, P.: *Souěžní chování a právo proti nekalé soutěži*, Brno, Masarykova univerzita, s. 148; ze zahraničních knižních publikací např. Kroker, E. R.: *Irreführende Werbung. Die Rechtsprechung des EuGH, VdEh, Orac 1998*, z článků viz např. Spätgens, K.: *Irreführende Werbung – Verbraucherleitbild – Marktforschung*, WRP č. 9/2000, s. 1023 nebo Kemper/Rosenow: *Der Irreführungsbegriff auf dem Weg nach Europa*, WRP č. 4/2001, s. 370.

nasmu, část se (s nemalými obtížemi) pokouší dát jednotlivým požadavkům určitý obsah a podle toho je rozlišuje¹⁷.

Bude rovněž zajímavé sledovat, jak přistoupí naše praxe k výkladu ověřitelnosti srovnávaného znaku. Je zřejmé, že neměřitelné či neověřitelné znaky – např. ty, které závisí na osobním vkusu každého konzumenta (např. estetická hodnota výrobku či chuťové hodnocení nápoje), nemohou být ve srovnání uváděny. Cílem úpravy je vyloučit blíže neargumentovanou kritiku spočívající jen na subjektivních soudech.

Český zákonodárce se rozhodl upravit v písm. c) podmínky přípustnosti cenového srovnání podrobněji, než je tomu v evropské směrnici. Zde najdeme příslušné ustanovení v jednoznačném znění: (c) *it objectively compares one or more material, relevant, verifiable and representative features of those goods and services, which may include price* (zduřaznil autor).

Tvůrci obchodního zákoníku vycházejí z toho, že srovnání by mělo zpravidla spočívat ve více znacích, mezi kterými se může objevit i cena. Vychází se z odůvodněné myšlenky, že samotná cena může mít malou vypovídací hodnotu, pokud se výrobky kvalitativně značně odlišují. Naproti tomu jen výjimečně má být povoleno srovnání v jediném znaku, přičemž v takovém případě musí srovnání v „plné míře splňovat všechny uvedené podmínky“ (jako kdyby snad v předchozím případě muselo být požadavkům právní normy vyhověno jen zčásti).

Dle mého názoru zde odklon od směrnice nebyl nutný. Nejen kvůli slovnímu balastu (některá se zde nic jiného, než co bylo uvedeno ve směrnici a u čtenáře může vzniknout oprávněný dojem, že někte zákonový text, ale jakousi metodickou a výkladovou příručku). Závažnější je skutečnost, že se již můžeme setkat s (nesprávným) výkladem, že pokud srovnání spočívá v jediném znaku, nemůže být tímto znakem cena, neboť tu zákon výslovně připouští jen u víceznakového srovnání (argumentum ex silentio). Takový závěr odporuje záměru zákonodárce, podle kterého měla být „podmínka uvedení a bodu c) jen poněkud podrobněji rozvedena, než je tomu ve směrnici“.

§ 4 Zákaz vyvolání nebezpečí záměny

Podle § 50a odst. 2 písm. h) nesmí srovnávací reklama vést k vyvolání nebezpečí záměny na trhu mezi tím, jehož výrobky nebo služby reklama podporuje, a soutěžitелеm nebo mezi jejich podniky, zbožím nebo službami, ochrannými známkami, firmami nebo jinými zvláštními označeními, která se pro jednoho nebo druhého z nich stala příznačnými.

Tato podmínka bude zpravidla bezpečně splněna u tzv. kritické srovnávací reklamy, pro kterou je typické vyzdvihování předností, jež naopak konkurenční výrobek po-

¹⁷ Podrobněji např. Eck/Itkas: Neue Grenzen vergleichender Werbung, WRP, č. 3/99, s. 270; Pfaff, G.: Die gesetzliche Neuregelung der vergleichenden Werbung, NJW č. 40/2000, s. 3163; Koffhof, J.: Neue Maßstäbe für vergleichende Werbung, Betriebs-Berater č. 44/1998, s. 2217.

strádá. Soutěžitel zde pravidelně důsledně dbá na to, aby k vyvolání nebezpečí záměny nedošlo, neboť jinak by reklama prospívala i konkurenčnímu produktu, resp. by se negativní sdělení obrátilo vůči původci reklamy.

Jak však ukazují zkušenosti s tzv. *opěrnou srovnávací reklamou*, je srovnání někdy podáno způsobem, který by mohl vést k vyvolání nebezpečí záměny. Na tyto případy dopadá citované ustanovení.

§ 5 Srovnávací reklama: přípustná/nepřípustná?

Jak vyplývá z důvodové zprávy k úpravě srovnávací reklamy¹⁸, má být nově ustanovení § 50a ObchZ výsledkem víceméně doslovného přepisu směrnice, ba dokonce bylo „*mnohádne důležitě použít v textu stejné obraty*“. Český zákonodárce zvolil při harmonizaci naší úpravy s evropskou jednoduchou metodu: doslovné opisování směrnice. Takový postup nemusí vést vždy k dobrému výsledku, zejména když při něm není dostatečně zohledněn dosavadní právní kontext. Nejlepším příkladem takového neorganického zásahu je dle mého názoru bohužel ustanovení § 50a odst. 2 písm. e). Lze očekávat, že právě toto ustanovení bude činit největší obtíže.

Podle § 50a odst. 2 písm. e) ObchZ je srovnávací reklama přípustná jen pokud nelinehčuje podnik, zboží nebo služby soutěžitele ani jeho ochranné známky, firmu či jiná okolnosti, které se jej týkají.

Jak již bylo uvedeno v úvodu tohoto příspěvku, je však zlehčování v § 50 ObchZ pojmáno nejen jako šíření nepravdivých údajů o soutěžiteli a jeho výkonech, ale ve druhém odstavci citovaného ustanovení také jako uvedení a rozšiřování údajů pravdivých, pokud jsou způsobilé přivodit soutěžiteli újmu.

Představme si nyní pro ilustraci reklamu soutěžitele – prodejce spotřební elektroniky, který inseruje určité zboží (např. konkrétní hi-fi soupravu) a srovnává se s cenovými, záručními a dodacími podmínkami konkurence. Ta prodává úplně stejný produkt za vyšší cenu, poskytuje kratší záruku a nenabízí dodávku zboží do domu zdarma. Dopady (pravdivého) reklamního sdělení jsou zřejmé – reklama pochopitelně bude způsobila přivodit újmu konkurenci, která není schopna nabízet výrobek za lepších podmínek.

Zatímco jde v evropském právu o akceptovaný důsledek srovnání, jenž přispívá k vyšší transparentnosti trhu a k žádoucímu zvýšení soutěže vůbec, vzniká v českém právu otázka, zda je taková reklama vůbec přípustná. Jde o důsledek definice zlehčování v § 50 odst. 2: toto ustanovení totiž nebylo novelou obchodního zákoníku (zák. č. 370/2000 Sb.) výslovně dotčeno. Až na výjimečné případy oprávněné obrany je totiž nerozhodné, zda jsou údaje o nabídce druhého soutěžitele pravdivé či ne; v zásadě rozhoduje jen to, zda jsou údaje způsobilé přivodit soutěžiteli újmu (a to jistě každé kritické srovnání způsobilé je).

¹⁸ Publikovaná na adrese www.psp.cz, stav k 10. 3. 2000.

Podle striktního výkladu pojmu „nezlechčuje“ v § 50a odst. 2 písm. e) bychom nakonec mohli dospět k závěru, že přípustná je pouze tzv. opětá srovnávací reklama, tedy reklama, která konkurenční výrobek či službu hodnotí pozitivně a poté se jen postaví do určité lichořivé souvislosti s tímto výrobkem či službou (samozřejmě za dodržení všech dalších podmínek přípustnosti srovnávací reklamy).

Pokud by naznačené pojetí převážilo (a to nelze vyloučit), byl by to tristní výsledek. Nejenže by se nezdařil záměr zákonodárce, který samozřejmě chtěl srovnávací reklamu připustit i v její kritizující podobě, takový výklad by popíral smysl dalších podmínek v § 50a odst. 2 ObchZ. – uvedeným např. v písm. b) a c). Na uvedený rozpor bylo přitom v odborné literatuře márně upozorňováno ještě před novelou¹⁹.

Nesoulad mezi § 50 odst. 2 ObchZ a § 50 ObchZ lze poněkud alibisticky přejít s tím, že její vyšší judikatura²⁰. Vyšší soudy však budou moci reagovat až s určitým zpožděním; navíc lze jen odhadovat, jak se s naznačeným rozporem vypořádají. S ohledem na náš reklamní průmysl, který potřebuje (a nejen on) jasná pravidla již dnes, se jako vhodnější řešení jeví novelizace obchodního zákoníku (ostatně se několik novel v současné době připravuje²¹). Nabízí se přitom dvě možnosti, jak celý problém vyřešit. Za ideální a systémově považují vypuštění celého ustanovení § 50 odst. 2 ObchZ²².

Druhá varianta spočívá v tom, že by dané ustanovení obecně platilo i nadále, pouze by se neaplikovalo pro účely srovnávací reklamy. S ohledem na širokou definici srovnávací reklamy by to fakticky stejně znamenalo škrtnutí § 50²³ odst. 2 ObchZ, proto se jako lepší jeví varianta první.

§ 6 „Šampaňská klauzule“

Srovnávací reklama bude dále podle § 50a odst. 2 písm. f) přípustná, jen pokud se vztahuje u výrobků, pro které má soutěžitel oprávnění užívat chráněné označení původu, vždy jenom na výrobky se stejným označením původu. Šampaňské bude možno srovnávat jen s jiným šampaňským atp. Komparativní reklama bude v takových případech nepřípustná, a to i kdyby soutěžitel ve srovnání výslovně uvedl, že srovnávané výrobky

¹⁹ Např. D. Raus k navrhovanému znění § 50a ObchZ poznamenal: „Nebude-li v případě přijetí navrhovaného § 50a ObchZ vypuštěn či změněn § 50 odst. 2 ObchZ, bude navíc zajímavé, jak se zejména aplikací praxe vypořádá se spolehu existencí dvou protichůdných pravidel obsažených v těchto dvou ustanoveních. Těžko totiž polemizovat s tvrzením, že i objektivní a pravdivá srovnávací reklama má způsobilost přivodit újmu jinému soutěžiteli“ (Raus, D.: Reklama klamavá a reklama srovnávací v komunitární a české soutěžní legislativě, Právní rozhledy č. 7/2000, s. 293).

²⁰ Takto např. Kotásek, J.: Srovnávací reklama po novele obchodního zákoníku, Obchodní právo č. 1/2001, s. 6.

²¹ Viz např. návrhy chystaných „euronovel“ publikované na internetových stránkách Ministerstva spravedlnosti (www.justice.cz).

²² Podobně – byť v poněkud jiné souvislosti – i Raus, D.: Reklama klamavá a reklama srovnávací v komunitární a české soutěžní legislativě, Právní rozhledy č. 7/2000, s. 294.

jsou různého označení původu. Možnosti ke srovnání se shora uvedenými produkty jsou tedy poměrně mizivé.

Z pohledu evropského práva je zajímavé, že příslušné ustanovení (čl. 3a odst. 1 písm. f) bylo do směrnice 97/55/ES doplněno na žádost Francie. V zahraniční odborné literatuře je předmětem velmi ostré kritiky pro svou nesystémovost²⁴ (v německá literatuře se emfaticky hovoří o „hrůchu“ či přímo o „neštěstí“). Jak uvádí R. Sack²⁵, pět členských států Evropské unie výslovně odmítlo převzít „šampaňskou klauzuli“ do svého právního pořádku s odůvodněním, že identická ochrana je již zajištěna Nařízením Rady 2081/92 (čl. 13).

§ 7 Zákaz parazitního srovnávání

Srovnávací reklamou nesmí dojít k nepoctivému těžení z dobré pověsti spjaté s ochrannou známkou soutěžitele, jeho firmou či jinými zvláštními označeními, která se pro něj stala příznačnými, anebo z dobré pověsti spjaté s označením původu konkurenčního zboží.

Zde nacházíme klíčové ustanovení pro opětnou srovnávací reklamu. Předpokladem je, že ochranná známka, firma či jiné zvláštní označení požívá dobrou pověst. Kromě toho musí být těžení z dobré pověsti nepoctivé. Ide o specifickou úpravu parazitního soutěže, která odpovídá požadavkům evropské směrnice a oproti parazitování na pověsti upravené v § 48 ObchZ je formulováno mírněji.

§ 8 „Parťemová klauzule“

Podle ustanovení § 50a odst. 2 písm. h) nesmí srovnávací reklama nabízet zboží nebo služby jako napodobení nebo reprodukci zboží nebo služeb označovaných ochrannou známkou, obchodním jménem²⁶ nebo firmou. Zakazuje se tedy reklama přiznaných imitací zboží či služeb označených ochrannou známkou či firmou.

Do evropské směrnice bylo zmíněné ustanovení doplněno pod nátlakem Francie, která si od toho slíbvala ochranu svého kosmetického průmyslu před levnými imitacemi. Literatura to také okamžitě ironicky glosovala označením „parťemové klauzule“.

²⁴ Blüze Eck/Itas. Neue Grenzen vergleichtender Werbung, WRP, č. 3/99, s. 270.

²⁵ Sack R.: Vergleichende Werbung nach der UWG-Novelle, WRP č. 4/2001, s. 332.

²⁶ Odkaz na „obchodní jméno“ je výsledkem ovidivního formálního pochopení. Jak je zřejmé z původního návrhu novely obchodního zákoníku, jenž byl zpřístupněn na internetu (www.psp.cz), stav k 10. 3. 2000), pracovalo se s „obchodním jménem“ původně také ještě v § 50a odst. 2 písm. d), e) a g) ObchZ. V této ustanovení byla provedena oprava, bohužel „obchodní jméno“ dokázalo přežít ještě v § 50a odst. 2 ObchZ dokonce vedle „firmy“.

Ze společných ustanovení novely (článek VII, bod 3.) vyplývá, že jestliže právní předpisy užívají pojem „obchodní jméno“, rozumí se tím podle povahy věci „obchodní firma“ nebo „firma, jméno a příjmení fyzické osoby nebo název právnické osoby“.

Na rozdíl od české úpravy je znění směrnice v této části méně jednoznačné. Zákonnodárce se zde zpronevěřil svému pojetí implementace jako doslovné kopie evropské směrnice, ovšem jde o odklon, který lze dle mého názoru hodnotit pozitivně.

Ustanovení písm. h) zní takto:

„(h) it does not present goods or services as imitations or replicas of goods or services bearing a protected trade mark or trade name“

Na první pohled tedy není jasné, zda směrnice hovoří o prezentaci vlastních nebo cizích výrobků či služeb (nehovoří na rozdíl od našeho obchodního zákoníku o nabídce, nýbrž jen o obecné o prezentaci a ta se může týkat právě i cizích výrobků a služeb).

Vznikl zde proto interpretační problém, proti komu zákaz reklamy s příznakem imitací a napodobením míří. Velmi lapidárně řečeno – je adresátem citovaného ustanovení výrobce, který v reklamě svůj výrobek prezentuje jako imitaci zboží či služeb označovaných ochrannou známkou nebo firmou – anebo je jím myšlen výrobce, který je takto napodobován a tuto skutečnost uvádí o cizím výrobku?

Že druhá varianta nepostrádá racionální jádro, lze demonstrovat na následujícím příkladu: U mnoha výrobků se po vypršení jejich patentové ochrany běžně objevují na trhu podobné produkty (generika). „Originálnímu“ výrobci by se tak bránilo v tom, aby označoval výrobky novic na trhu jako imitace nebo reprodukcce (tyto výrazy totiž mají z pohledu spotřebitele povětšinou negativní význam). V rámci srovnávací reklamy by tak byl chráněn každý nový soutěžitel před podobnými znevažujícími údaji.

Pro správnost první varianty však hovoří systematika katalogu podmínek, za kterých je srovnávací reklama přípustná. Proti zlehčování je soutěžitel chráněn již skrze ustanovení písm. e). Za adresáta evropské směrnice je proto většinou považován výrobce imitace. Takový byl konečně i záměr Francie, původce sporné „parfémové klauzule“. Vyskytují se ovšem i opačné názory²⁶.

Znění § 50a odst. 2 písm. h) ObchZ směrnici zcela neodpovídá. Přesná dikce („nabízet“) znamená příklon k naznačené první variantě a současně brání importu výkladových obtíží, které ustanovení vyvolalo v zemích, jež směrnici opravdu přejaly doslova²⁷.

Obchodní zákoník tedy v § 50a odst. 2 písm. h) brání tomu, aby jiný soutěžitel využil v reklamě cizího značkového výrobku jako určitého „tažného koně“, který by mu prostředkovatelně umožnil informovat o svém zboží poměrně jednoduchým a zejména nenákladným způsobem – totiž odkazem na všeobecně známý výrobek, jehož vlastnosti (typicky vůně parfému) jsou mezi spotřebiteli všeobecně známy. Úpravu lze chápat jako zvláštní rozvedení podmínky uvedené v písm. g), pamatující na nepoctivé těžení z dobré pověsti.

²⁶ K argumentaci např. Scherer, I.: Partielle Verschlechterung der Verbrauchersituation durch die europäische Rechtsvereinheitlichung bei vergleichender Werbung?, WRP č. 2/2001, s. 94–95.
²⁷ Pro srovnání: v nové slovenské úpravě (§ 4 odst. 2 písm. g) z č. 147/2001 Zb.) byl použit výraz „neprezentuje“. Podobně je tomu i polské úpravě (viz např. Wiszniewska, I.: Novellierung des polnischen Gesetzes über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, GRUT Int. č. 3/2001, s. 241).

IV. Zvláštní nabídky

V § 50a odst. 3 konečně řeší obchodní zákoník v souvislosti se srovnáním otázku, která má však význam i z obecnějšího pohledu. Jde o problematiku tzv. zvláštních nabídek. Jakékoliv srovnání odkazující na zvláštní nabídku musí jasně a jednoznačně uvést datum, ke kterému tato nabídka končí, nebo musí uvést, že bude ukončena v závislosti na vyčerpání zásob nabízeného zboží nebo služeb.

Jestliže soutěžitel operuje při srovnání se zvláštními nabídkami (speciální prodějná akce, výprodej apod.), stihají jej určité informační povinnosti. Srovnání bude v těchto případech přípustné jen tehdy, jestliže ho současně doprovází informace o dnu, ke kterému zvláštní nabídka končí, nebo – pokud je v ní uvedeno, že nabídka bude ukončena v závislosti na vyčerpání zásob nabízeného zboží nebo služeb – uvedením této skutečnosti (typicky: „nabídka platí až do vyčerpání našich zásob“).

Jestliže nabídka ještě „nezačala působit“, musí soutěžitel uvést navíc den, od kterého platí zvláštní cena, příp. jiné speciální podmínky. Pojem „nezačala působit“ je poněkud nejasný. Nabídka totiž působí, i když ještě neplatí – spotřebitelé mohou např. odkládat spotřebu a čekat na avizovanou zvláštní akci. Zákonnodárce měl samozřejmě na mysli, že nabídka neplatí v době srovnání (tak to ostatně uvádí i evropská směrnice).

V praxi se možná objeví případy, kdy se (nejen) u srovnávací reklamy objeví údaj „jen do vyprodání zásob“, přičemž ony zásoby budou představovat fakticky jen několik kusů zboží. Inzerovaná položka tak bude velmi rychle vyprodána, do prodeje však budou – přilákání výhodnou nabídkou – přicházet další zákazníci, kteří event. zakoupí jiné zboží.

Jestliže můžeme z pohledu průměrného spotřebitele oprávněně očekávat vyšší dávkovou pohotovost (nikoliv jen několik kusů, které byly během půlhodiny vyprodány), lze potom takovou reklamu podle okolností hodnotit jako klamavou podle § 45 odst. 3. (Tím spíše to samozřejmě platí pro případy, kdy již v době speciální nabídky soutěžitel nemá zboží k dispozici vůbec.) Pokud by se tohoto nekalosoutěžního jednání dopustil soutěžitel při srovnání, jednalo by se o nepřípustnou klamavou srovnávací reklamu podle § 50a odst. 2 písm. a).

Problematika zvláštních nabídek by si jistě zasloužila i úpravu obecnějšího charakteru (nikoliv jen v souvislosti se srovnáním), neboť při prezentaci zvláštních nabídek stejné pravidla není odkazováno na konkurenci.

SBORNÍK

z konference

ČESKÉ OBCHODNÍ PŘEDPRAVNAMI EVROPSKÉ UNIE

19.-21. dubna 2001

PRÁVNICKÁ FAKULTA
MASARYKOVY UNIVERZITY V BRNĚ

elsa

Evropská asociace studentů práva
BRNO

Vydavatel:

Evropská asociace studentů práva BRNO
Právnická fakulta Masarykovy univerzity
Veveří 70

611 80 Brno
elsa@law.muni.cz

elsa

Evropská asociace studentů práva BRNO

za podpory



Ministry of the Republic



Právnická fakulta



Právnická fakulta

Konrad
Adenauer
Stiftung