



MASARYKOVA UNIVERZITA PRÁVNICKÁ FAKULTA

Dana Ondřejová, David Sehnálek

VLIV PRÁVA EVROPSKÉ UNIE NA ČESKOU REGULACI NEKALÉ SOUTĚŽE A NEKALÝCH OBCHODNÍCH PRAKTIK

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

IURIDICA
Editio Scientia

vol. 570

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY
MASARYKOVY UNIVERZITY

řada teoretická, Edice Scientia
svazek č. 570

**VLIV PRÁVA EVROPSKÉ UNIE
NA ČESKOU REGULACI NEKALÉ SOUTĚŽE
A NEKALÝCH OBCHODNÍCH PRAKTIK**

Dana Ondřejová, David Sehnálek

Masarykova univerzita
Brno 2016

Vzor citace

Ondřejová, Dana ; SEHNÁLEK, David. *Vliv práva Evropské unie na českou regulaci nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik*. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2016. 315 s. Spisy Právnické fakulty MU, řada teoretická, edice Scientia, sv. č. 570. ISBN 978-80-210-8398-1.

CIP - Katalogizace v knize

Ondřejová, Dana

Vliv práva Evropské unie na českou regulaci nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik / Dana Ondřejová, David Sehnálek. --1. vydání. -- Brno: Masarykova univerzita, 2016. 315 stran. – Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická, Edice Scientia, svazek č. 570. ISBN 978-80-210-8398-1 (brož.)

346.545* 347.132.14:339.192* (437.3)* (048.8:082)*

- Evropská unie
- nekalá soutěž
- nekalé obchodní praktiky
- Česko
- kolektivní monografie

346 – Hospodářské právo [16]

Publikace je výstupem projektu „Vliv práva Evropské unie na českou regulaci nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik“ č. 14-20147S a byla zpracována za finanční podpory Grantové agentury České republiky.

Recenzent:

doc. JUDr. PhDr. Miroslav Slašťan, PhD.

© 2016 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-8398-1

OBSAH

O autorech.....	9
Úvodem.....	11
I VYMEZENÍ PRÁVOMOCI EVROPSKÉ UNIE V OBLASTI NEKALÉ SOUTĚŽE A NEKALÝCH OBCHODNÍCH PRAKTIK A VZÁJEMNÉ INTERAKCE MEZI PRÁVEM UNIJNÍM A ČESKÝM	15
I.1 Pojetí nekalé soutěže a souvisejících otázek v právu unijním a českém.....	15
I.2 Pravomoc Evropské unie regulovat nekalou soutěž a nekalé obchodní praktiky.....	17
I.2.1 Negativní vymezení působnosti Evropské unie v oblasti nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik judikaturou Soudního dvora EU.....	19
I.2.2 Pozitivní přístup k úpravě nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik.....	24
I.2.3 Metoda harmonizace vnitrostátního práva v oblasti nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik.....	32
I.2.4 Dílčí závěr.....	34
I.3 Ovlivňování a interakce unijní úpravy nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik s právem vnitrostátním.....	36
I.3.1 Vlivy unijního práva nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik na právo vnitrostátní.....	36
I.3.2 Obrácená diskriminace jako nezamýšlený důsledek judikatury Soudního dvora EU.....	42
I.3.3 Reakce vnitrostátního práva na problém obrácené diskriminace.....	46
I.3.4 Dílčí závěr.....	49
II NEKALÁ SOUTĚŽ V EVROPSKÉ A S NÍ SOUVISEJÍCÍ ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ	51
II.1 Působnost unijní úpravy nekalé soutěže.....	52
II.1.1 Dílčí závěr.....	56
II.2 Klamavá reklama podle směrnice 2006/114 a občanského zákoníku.....	57
II.2.1 Vymezení reklamy a reklamy klamavé.....	58
II.2.2 Kritéria posuzování klamavosti reklamy.....	64
II.2.3 Vymezení referenčního kritéria pro posouzení klamavosti reklamy.....	68
II.2.4 Dílčí závěr.....	70

II.3	Srovnávací reklama podle směrnice 2006/114 a občanského zákoníku	71
II.3.1	Úvodem k evropské a české koncepci právní úpravy srovnávací reklamy	71
II.3.2	Definice srovnávací reklamy	75
II.3.2.1	<i>Definice srovnávací reklamy podle českého a evropského práva – posouzení kompatibility</i>	75
II.3.2.2	<i>Srovnávací reklama bez faktického srovnání?</i>	77
II.3.2.3	<i>Srovnávací reklama, která neoznačuje konkrétního soutěžitele (jeho zboží nebo služby)?</i>	79
II.3.2.4	<i>Podmínky kladené na dovolenou srovnávací reklamu</i>	81
II.3.3	Výhledy de lege ferenda v evropské regulaci srovnávací reklamy.....	102
II.3.4	Dílčí závěr	103
II.4	Perspektivy vývoje unijního práva na ochranu proti nekalé soutěži a vliv na české právo	104
II.4.1	Ochrana obchodního tajemství v unijní a české úpravě nekalé soutěže.....	104
II.4.2	Úprava nekalých obchodních praktik v potravinářském dodavatelském řetězci v unijním právu.....	109
II.4.3	Dílčí závěr	112
III	NEKALÉ OBCHODNÍ PRAKTIKY V EVROPSKÉ A ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ	115
III.1	Vnější a vnitřní meze směrnice 2005/29	117
III.1.1	Vnější meze úplné harmonizace.....	119
III.1.2	Vnitřní meze úplné harmonizace	122
III.1.3	Dílčí závěr	125
III.2	Působnost směrnice 2005/29 (právní úpravy nekalých obchodních praktik podle zákona o ochraně spotřebitele)	126
III.2.1	Osobní působnost směrnice 2005/29 (právní úpravy nekalých obchodních praktik podle zákona o ochraně spotřebitele)	126
III.2.2	Věcná působnost směrnice 2005/29 (právní úpravy nekalých obchodních praktik podle zákona o ochraně spotřebitele)	130
III.2.3	Dílčí závěr	131
III.3	Kvalifikace jednání podnikatele jako nekalé obchodní praktiky podle směrnice 2005/29 (zákon o ochraně spotřebitele).....	132
III.3.1	Dílčí závěr	136
III.4	Generální klauzule nekalých obchodních praktik podle směrnice 2005/29 (zákon o ochraně spotřebitele).....	136
III.4.1	Aplikovatelnost a význam generální klauzule nekalých obchodních praktik	136

III.4.2	Jednotlivé podmínky generální klauzule nekalých obchodních praktik.....	139
III.4.3	Tzv. nepojmenované nekalé obchodní praktiky (nekalé obchodní praktiky podle generální klauzule)	145
III.4.4	Dílčí závěr	147
III.5	Tzv. malé generální klauzule nekalých obchodních praktik podle směrnice 2005/29 (zákona o ochraně spotřebitele)	148
III.5.1	Klamavé obchodní praktiky podle směrnice 2005/29 (zákona o ochraně spotřebitele).....	150
III.5.1.1	<i>Klamavá jednání</i>	150
III.5.1.2	<i>Klamavá opomenutí</i>	160
III.5.2	Agresivní obchodní praktiky podle Směrnice 2005/39 (zákona o ochraně spotřebitele).....	166
III.5.2.1	<i>Obtěžování</i>	169
III.5.2.2	<i>Donucování</i>	171
III.5.2.3	<i>Nepatřičné ovlivňování</i>	171
III.5.3	Dílčí závěr	172
III.6	Tzv. černá listina nekalých obchodních praktik (<i>per se</i> zakázané obchodní praktiky).....	173
III.6.1	Klamavé obchodní praktiky podle tzv. černé listiny směrnice č. 2005/29/ES.....	174
III.6.2	Agresivní obchodní praktiky podle tzv. černé listiny směrnice č. 2005/29/ES.....	189
III.6.3	Dílčí závěr	198
IV	HLEDISKO PRŮMĚRNÉHO SPOTŘEBITELE A ZVLÁŠŤ ZRANITELNÉHO SPOTŘEBITELE JAKO MĚŘÍTKO PRO POSOUZENÍ NEKALOSTI OBCHODNÍCH PRAKTIK PODNIKATELE	201
IV.1	Obecně k potřebě ochrany spotřebitele (k jeho zranitelnosti)	201
IV.2	K modelu tzv. průměrného spotřebitele	205
IV.2.1	Hledisko průměrného spotřebitele jako měřítko pro konstatování nekalosti.....	205
IV.2.2	Dílčí závěr	209
IV.3	K modelu tzv. zvlášť zranitelného spotřebitele.....	209
IV.3.1	Obecně ke zvláštní zranitelnosti spotřebitele.....	209
IV.3.2	K aplikačním podmínkám ochrany zvlášť zranitelného spotřebitele podle článku 5 směrnice 2005/29 (§ 4 zákona o ochraně spotřebitele)	212
IV.3.3	Využitelnost kritéria zvlášť zranitelného spotřebitele v právu proti nekalé soutěži a reklamním právu	218
IV.3.4	Kritéria vymezující zvlášť zranitelného spotřebitele	219
IV.3.4.1	<i>Obecně ke kritériím vymezujícím zvlášť zranitelného spotřebitele</i>	219

IV.3.4.2 „Slabost“ jako kritérium pro kvalifikaci zvlášt' zranitelného spotřebitele.....	223
IV.3.4.3 „Věk“ jako kritérium pro kvalifikaci zvlášt' zranitelného spotřebitele.....	234
IV.3.4.4 „Důvěřivost“ jako kritérium pro kvalifikaci zvlášt' zranitelného spotřebitele.....	243
IV.3.5 Dílčí závěr.....	247
V MEZINÁRODNĚPRÁVNÍ ASPEKTY NEKALÉ SOUTĚŽE A NEKALÝCH OBCHODNÍCH PRAKTIK.....	251
V.1 Veřejnoprávní prosazování směrnice 2005/29 a směrnice 2006/116 ve věcech s unijním prvkem.....	254
V.1.1 Dílčí závěr.....	261
V.2 Soukromoprávní prosazování nekalé soutěže ve věcech s mezinárodním prvkem.....	262
V.2.1 Mezinárodněprávní příslušnost soudů ve věcech nekalé soutěže.....	262
V.2.1.1 Určení soudiště dle nařízení Brusel I bis ve věcech nekalé soutěže.....	264
V.2.1.2 Určení soudiště dle nařízení Brusel I bis ve věcech nekalé soutěže v prostředí internetu.....	269
V.2.1.3 Určení soudiště dle nařízení Brusel I bis ve věcech nekalých obchodních praktik.....	271
V.2.2 Rozhodné právo ve věcech nekalé soutěže.....	274
V.2.3 Dílčí závěr.....	277
Závěr.....	279
Summary.....	285
Literatura a další použité zdroje.....	293
Seznam zavedených zkratk.....	313

O AUTORECH

JUDr. Dana Ondřejová, Ph.D. (* 1980) absolvovala magisterský studijní program, obor právo a právní věda, rigorózní řízení z oboru mezinárodní právo soukromé a obchodní a doktorský studijní program z oboru obchodní právo na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. Je odbornou asistentkou na Katedře obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, kde přednáší a vede semináře z obchodního práva pro studenty bakalářského, magisterského i doktorského studia. Je advokátkou (partnerkou LEGALITÉ advokátní kancelář, s. r. o.) a působí jako rozhodce Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR. Dlouhodobě se specializuje zejména na oblast práva proti nekalé soutěži, práva nekalých obchodních praktik, právních aspektů reklamy, závazkového a směnečného práva. Pravidelně přednáší na odborných seminářích pro veřejnost a vědeckých konferencích a publikuje v odborných právnických časopisech. Je členkou redakční rady časopisu Soukromé právo (Wolters Kluwer, a. s.). Je spoluautorkou například tzv. velkého komentáře k občanskému zákoníku (HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část. § 2055 – 3014. Komentář.* Praha: C. H. Beck, 2014), učebnice „Nástin obchodního práva“ (Masarykova univerzita, 2014) a „Obchodní smlouvy. Závazky v podnikání“ (C. H. Beck, 2015) a dalších, autorkou monografie „Národní šampioni a hospodářská soutěž“ (LINDE Praha, 2007), „Právní prostředky ochrany proti nekalé soutěži“ (Wolters Kluwer, 2010), „Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář.“ (C. H. Beck, 2014), „Průvodce uzavíráním smluv po rekodifikaci“ (Wolters Kluwer, 2015) a „Porušení závazkového práva jako nekalá obchodní praktika nebo nekalá soutěž“ (C. H. Beck, 2016).

JUDr. David Sehnálek, Ph.D. (* 1979) absolvoval magisterský studijní program, obor právo a právní věda, rigorózní řízení z oboru teorie práva a doktorský studijní program z oboru mezinárodní právo soukromé na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. Je odborným asistentem na Katedře mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, kde

přednáší a vede semináře z práva Evropské unie pro studenty bakalářského, magisterského i doktorského studia. Je samostatným advokátem, v rámci své advokátní činnosti se zaměřuje na závazkové a spotřebitelské právo a spory s mezinárodním prvkem. Je externím členem Justičnéj Akadémie Slovenskej republiky, přednáší též na vědeckých konferencích a publikuje v odborných časopisech. Je spoluautorem odborné knihy „One or Many? The Law and Structure of the European Union and the United States“ (East Hall Press, 2011), odborné monografie „Vybrané otázky působení práva EU ve sféře českého právního řádu“ (Muni PRESS, 2011), spoluautorem učebnice „Právo Evropské unie“ (Leges, 2013), spoluautorem kolektivní monografie „Evidence in Contemporary Civil Procedure“ (Intersentia, 2015) a autorem monografie „Vnější činnost Evropské unie perspektivou práva unijního a mezinárodního“ (Masarykova univerzita, 2016).

Jednotlivé kapitoly zpracovali autoři takto:

Dana Ondřejová:

- kapitola II.3
- část III s výjimkou kapitol III.1 a III.5
- část IV

David Sehnálek:

- část I
- část II s výjimkou kapitoly II.3
- kapitoly III.1 a III.5
- část V

ÚVODEM

Právní úprava nekalé soutěže, která má na našem území tradici již od první republiky, prošla v uplynulých letech zásadním vývojem. Ke změnám v jejím obsahu došlo z důvodů, které lze z perspektivy českého práva považovat za vnitřní, ale též z důvodů vnějších. Proces vnitřních změn byl vyvolán rekodifikací českého soukromého práva a s tím související proměnou či alespoň uzpůsobením řady právních institutů. Ty sice z předchozí úpravy byly převzaty mnohdy bez viditelnějších změn, přesto však ovlivněny byly, a to zejména v rovině jejich výkladu a zároveň též pokud jde o jejich hodnotové ukotvení. Vnější změny zapříčinilo právo Evropské unie (zejména směrnice 2006/114) a s ním úzce související proces europeizace českého soukromého práva. Ani tyto změny, které vyústily v aktuálně účinnou právní úpravu, nelze považovat za uspokojivé, když zejména u srovnávací reklamy uspěl český zákonodárce s kompatibilitou se směrnicí 2006/114 toliko částečně.

Pro oblast právní úpravy nekalých obchodních praktik platí, že právní úprava je relativně nová, nezavršila ještě deset let od nabytí účinnosti. I tato oblast však již doznala změn, a to zejména z důvodu nedostatečné a nepřesné implementace práva Evropské unie (směrnice 2005/29). V současné době lze považovat českou právní úpravu nekalých obchodních praktik za kompatibilní s evropskou.

Proces europeizace českého práva přitom dosud není ukončen, naopak dynamicky i nadále probíhá. V oblasti úpravy nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik je patrný zřetelný postupný posun těžiště právní úpravy z roviny vnitrostátní do sféry práva Evropské unie. Impulzy pro přijímání úpravy na úrovni Evropské unie vychází přímo z unijního práva, zejména ve vazbě na fungování svobody pohybu zboží a svobody pohybu služeb, jakož i z potřeby chránit slabší smluvní stranu v rámci politiky ochrany spotřebitele. V tomto kontextu je mimořádně významné provést identifikaci rozsahu pravomoci Evropské unie, jelikož se tím zároveň vymezí prostor pro úpravu vnitrostátní. Této problematice bude věnována první část publikace.

Unijním právem již je regulována oblast klamavé a srovnávací reklamy, ve vztahu ke spotřebitelům jsou unijním právem upraveny též nekalé obchodní praktiky. Evropská unie dále v nedávné době přijala novou legislativu upravující nekalosoutěžní aspekty ochrany obchodního tajemství, která nyní bude postupně implementována do vnitrostátního práva. Zároveň byla iniciována diskuze, jejímž výsledkem by mělo být přijetí unijní legislativy rozšiřující principy ochrany před některými nekalými obchodními praktikami také na oblast vztahů mezi podnikateli. Této úpravě, jakož i trendům a jejímu dalšímu vývoji proto bude v této publikaci věnována potřebná pozornost. Zároveň je nezbytné problematiku uchopit v mezinárodním srovnání, jelikož se ukazuje, že přístupy jednotlivých států k implementaci unijních směrnic jsou v oblasti nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik různé.

Harmonizace vnitrostátního práva právem Evropské unie dává vzniknout „styčným a třecím plochám“. Ty se projevují v plné míře zejména v procesu interpretace a aplikace vnitrostátního práva přijatého v důsledku implementace unijního směrnicevého práva. Tato publikace proto úpravu Evropské unie ve sledované oblasti podrobuje analýze a srovnává s úpravou přijatou k jejímu provedení v českém právu. Zkoumány proto budou podrobně směrnice 2005/29 a směrnice 2006/114, a dále to, jak byl proveden jejich přenos do občanského zákoníku a zákona o ochraně spotřebitele. Zároveň ale bude podrobně analyzována relevantní judikatura Soudního dvora EU a českých vrcholných soudů, protože jen tak může být v plné míře objasněno, zda byla implementace unijních standardů provedena zcela a správně.

Svoboda pohybu zboží a postupující harmonizace vnitrostátního hmotného práva právem Evropské unie usnadňuje přeshraniční transakce. Rozvoji obchodu dále napomáhá elektronizace služeb a intenzivnější využívání internetu. Problémy, které v minulosti bylo možno řešit takřka výlučně nebo alespoň většinou na národní úrovni, nyní získávají mezinárodní charakter. Problematika nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik proto musí být zkoumána též z perspektivy mezinárodního práva soukromého a procesního. I zde je přítom zřetelný vliv práva Evropské unie, které národní kolizní a procesní normy nahradilo vlastní unifikovanou unijní úpravou. Otázkám přeshraničního prosazování práva na ochranu proti nekalosoutěžnímu

jednání bude věnována závěrečná část publikace. V této části budou identifikovány nástroje obrany proti nekalosoutěžnímu jednání s přeshraničním dopadem a určení rozhodného práva a místa sudiště.

Publikace je určena především odborníkům z akademické sféry, cílem je její využití pro výzkumné a teoreticko-právní účely. Vhodná je ale též pro odborníky z advokátní či soudní praxe a pracovníky dozorových orgánů nad oblastí nekalých obchodních praktik.

Brno, listopad 2016

Dana Ondřejová

David Sehnálek

I VYMEZENÍ PRAVOMOCI EVROPSKÉ UNIE V OBLASTI NEKALÉ SOUTĚŽE A NEKALÝCH OBCHODNÍCH PRAKTIK A VZÁJEMNÉ INTERAKCE MEZI PRÁVEM UNIJNÍM A ČESKÝM

I.1 Pojetí nekalé soutěže a souvisejících otázek v právu unijním a českém

Právní úprava nekalé soutěže a nekalých obchodní praktik je obsažena jak v právu českém, tak i v právu Evropské unie. Důvody pro to, aby nekalá soutěž a nekalé obchodní praktiky vůbec byly právem uchopeny a regulovány přitom budou osvětleny v rámci následujících kapitol při výkladu jednotlivých institutů.¹ Otázkou, kterou budeme řešit zde, je, na jaké úrovni má být tato úprava přijata. V úvahu přichází úprava právem vnitrostátním nebo právem Evropské unie. Zvážena musí být jednak vhodnost, účelnost a výhody úpravy společné na straně jedné, ve srovnání s přednostmi diverzifikované regulace přizpůsobené specifickým a potenciálně rozdílným potřebám jednotlivých členských států Evropské unie na straně druhé. Neméně významným problémem v této souvislosti ovšem je existence pravomoci tuto problematiku právem Evropské unie regulovat, respektive rozsah této pravomoci. Sebelepší argument pro úpravu společnou by totiž nemohl obstát, pokud by pro přijetí takové úpravy chyběl nezbytný právní základ v právu Evropské unie, především pak v zakládacích smlouvách.²

¹ V rámci dílčích kapitol budou upřesněny konkrétní důvody, které vedly Evropskou unii k přijetí zkoumané právní úpravy. Problém je ovšem nutně vnímat též v širších teoretických, filosofických a politickoprávních rovinách. Úprava této problematiky je otázkou citlivého hodnotového nastavení, jelikož i dobře míněná snaha chránit hodnotu jednu (např. spotřebitele či nekalou soutěží dotčené podnikatele), se může projevit nechtěným a nezamýšleným zásahem do hodnoty jiné, neméně významné (např. autonomie vůle). V odborné literatuře je tato problematika velmi dobře uchopena a vysvětlena, zatímco rozbor zde v této publikaci by nebyl systémový, neboť s nosným tématem souvisí jen zprostředkovaně, a v rámci omezeného prostoru by nedosáhl potřebné hloubky a kvality. Více k této problematice proto viz BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2016, s. 23 a násl.

² Smlouva o Evropské unii a Smlouva o fungování EU.

Pozornost zasluhuje alespoň obecné osvětlení pojmů, které budeme dále v textu používat, a institutů, jimiž se budeme zabývat. Nekalá soutěž totiž představuje část práva, jejíž uchopení je problematické. Máme-li hledat určitou obecnou shodu o významu tohoto pojmu, lze patrně vyjít z Pařížské úmluvy na ochranu průmyslového vlastnictví,³ jejíž široká členská základna⁴ naznačuje, že základní představy mezi státy o tom, co je obsahem nekalé soutěže, jsou totožné. Tato úmluva definuje nekalou soutěž ve svém článku 10 bis odst. 2) jako každou „...*soutěžní činnost, která odporuje poctivým zvyklostem v průmyslu nebo v obchodě.*“ Na tuto obecnou definici (generální klauzuli) navazuje v odstavci následujícím výčet konkrétních (typových) praktik, které zahrnují činy, jež by mohly jinému způsobit záměnu, poškodit jeho pověst anebo klamat veřejnost. Obdobný přístup, tedy definování obecné klauzule a následná specifikace typových skutkových podstat lze nalézt též ve vnitrostátních právních rádech včetně toho českého, s tím, že se tyto úpravy zpravidla liší jen konkrétností těchto výčtů.⁵ V rámci hmotného práva Evropské unie má ale tento pojem odlišný význam z důvodů spočívajících v omezené pravomoci Evropské unie regulovat nekalou soutěž.

Unijní právo totiž nereguluje nekalou soutěž obecně obdobně jako právo české. Jeho součástí není generální klauzule srovnatelná s výše citovaným článkem 10bis Pařížské úmluvy na ochranu průmyslového vlastnictví či § 2976 odst. 1 OZ⁶ a upravuje jen některé vybrané praktiky, které souvisí s vnitřním trhem a Evropská unie má pravomoc je regulovat. Zároveň je jako součást unijního práva na ochranu proti nekalé soutěži vnímána i část práva, která v tradičním vnitrostátním pojetí jeho součástí není a systematicky bývá řazena do práva spotřebitelského. Slovo „součást“ přitom možná

³ Úmluva na tomto místě nemůže být rozebrána podrobně. Odkazujeme proto na odbornou literaturu. Viz např. DE VREY, R. W. *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families: a Comparative Study of English, German and Dutch Law in Light of Existing European and International Legal Instruments*. BRILL, 2006, s. 12 a násl.

⁴ WIPO uvádí 176 smluvních stran, Česká republika je jednou z nich. [online] [cit. 1. 10. 2016].

⁵ Srov. DYER, A. *Unfair Competition in Private International Law. Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1988, Vol. 211, s. 389.

⁶ Dle tohoto ustanovení je generální klauzule vymezena takto: „*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.*“ Definice je tedy podobná té z Pařížské úmluvy svou obecností a širokým záběrem.

není zcela na místě a vhodnější by bylo hovořit o velmi úzce spjatém „doprodu“ . Výsledkem je situace, kdy se unijní úprava s tou vnitrostátní částečně překrývá a částečně rozchází a použití termínu „nekalá soutěž“ u ní není na místě, jelikož by se jednalo o přílišné zjednodušení.

Úprava nekalé soutěže je v právu Evropské unie obsažena ve směrnici 2006/114, která reguluje klamavou a srovnávací reklamu. Se související úpravou se lze setkat též v předpisech dalších, těžiště toho, co upravují, ale leží mimo vlastní oblast nekalé soutěže, a proto do unijního rámce její úpravy nejsou řazeny.⁷ S ohledem na svůj obsah je ale obvykle s problematikou nekalé soutěže dávána do souvislosti úprava nekalých obchodních praktik obsažená ve směrnici 2005/29, jež je ovšem systematicky vzato spíše součástí práva na ochranu spotřebitele. V konečném důsledku to ale znamená, že použití pojmu „nekalá soutěž“ ve vztahu k právu Evropské unie může být samo o sobě zavádějící, neboť nevystihuje přesně omezený záběr její regulace. Proto i dále v textu bude termín nekalá soutěž používán při vědomí jeho limitovaného obsahu v právu Evropské unie a z důvodu přesnosti bude tam, kde to bude na místě, používáno též doplnění o nekalé obchodní praktiky.

I.2 Pravomoc Evropské unie regulovat nekalou soutěž a nekalé obchodní praktiky

Hospodářská soutěž je v primárním právu upravena v článcích 101 až 109 Smlouvy o fungování EU. Zde je však regulovaná pouze její veřejnoprávní část⁸, která nekalou soutěž nezahrnuje a nemůže proto sloužit jako právní základ vlastní normotvorné činnosti Evropské unie v oblasti nekalé soutěže. Regulace nekalé soutěže⁹ nadto nemá v právu Evropské unie status ani některé z jejích sektorových politik. Politika ochrany spotřebitele obsažená

⁷ Problematiky nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik se nepřímo dotýká např. směrnice 2000/31 (směrnice o elektronickém obchodu) či směrnice 2006/123 (směrnice o službách na vnitřním trhu), směrnice 2009/22/ES (směrnice o žalobách na zdržení se jednání v oblasti ochrany zájmů spotřebitelů).

⁸ V českém právu je veřejnoprávní větev soutěžního práva upravena zejména v zákoně č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (tzv. kartelové právo).

⁹ Uvedené platí i v širším pojetí na oblast pokrytou směrnicí o nekalých obchodních praktikách v té části, která spadá do spotřebitelského práva.

v článku 169 Smlouvy o fungování EU má sice k této problematice blízko, právním základem však být nemůže, a to hned ze dvou důvodů. Ochrana spotřebitele je totiž právní úpravou nekalé soutěže sledována¹⁰, ale jen jako jeden z triády chráněných zájmů, společně s ochranou soutěžitelů a veřejného zájmu na zachování určité „kvality soutěže“. Toto pojetí nekalé soutěže proto přesahuje rámec článku 169 Smlouvy o fungování EU, který tak není dostatečným právním základem pro obecnou regulaci nekalé soutěže v jejím vnitrostátním pojetí, tedy i v části přesahující právní ochranu spotřebitele jako takového. Extenzivní přístup v tom smyslu, že prostřednictvím ochrany zájmů soutěžitelů jsou v konečném důsledku chráněni i spotřebitelé, zde není na místě. Druhým důvodem je skutečnost, že článek 169 Smlouvy o fungování EU sám o sobě pravomoc Evropské unie harmonizovat vnitrostátní právo členských států nezakládá, respektive tak činí jen ve velmi omezené míře. Jeho dosah se totiž omezuje jen na podpůrnou činnost Evropské unie, kdy vlastní určování standardů i nadále zůstává v pravomoci členských států.¹¹ Má-li být nekalá soutěž nějak regulována, pak je to možné jen na základě obecného ustanovení článku 114 Smlouvy o fungování Evropské unie, tedy v rámci úpravy fungování vnitřního trhu, nebo prostřednictvím článku 352 Smlouvy o fungování EU v rámci výkonu subsidiárních pravomocí.¹² V praxi je využívána možnost první, jak ostatně dokládají preambule jednotlivých směrnic přijatých v této oblasti.

Identifikace právního základu v primárním právu Evropské unie přitom není samoúčelná. Určuje totiž rozsah, v jakém může být Evropská unie činná.

¹⁰ Což ostatně dokazuje i odkaz na tuto politiku v nástrojích Evropské unie, které nekalou soutěž a nekalé obchodní praktiky regulují. Viz např. explicitní odkaz na článek 169 SFEU v odst. 1 směrnice o nekalých obchodních praktikách či řada odkazů obecných v preambuli směrnice o klamavé a srovnávací reklamě.

¹¹ Což dokazuje i znění článku 169 odst. 2 písm. b) Smlouvy o fungování EU, podle které Unie může přijímat k ochraně spotřebitele *opatření, která podporují, doplňují a sledují politiku členských států*. Nenahrazují ji tedy. Opačný závěr dovozuje Mak, která možnost harmonizace připouští. Rozebírá sice předlisabonskou úpravu článku 169 SFEU, ta ale v zásadě zůstala ve sledovaném rozsahu stejná. V její prospěch v současné době svědčí výslovné zařazení politiky ochrany spotřebitele mezi sdílené pravomoci v článku 4 odst. 2 písm. f) Smlouvy o fungování EU, jakkoliv ani to fakticky změnu oproti předlisabonskému stavu nepředstavuje. Srov. MAK, V. Review of the consumer acquis: Towards maximum harmonization? *European Review of Private Law*, 2009, Vol. 1, s. 64.

¹² Přijetí aktu na základě tohoto ustanovení ovšem komplikuje požadavek jednomyslného rozhodování v Radě.

Z absence výslovné úpravy lze proto dovodit, že Evropská unie v současné době nemůže regulovat nekalou soutěž jako takovou, ale pouze nastavovat parametry fungování vnitřního trhu intraunijního obchodu zbožím a službami, a v rámci nich upravovat otázky úzce související, kam některé, ale rozhodně ne všechny instituty z oblasti nekalé soutěže mohou patřit.

Základem pravomoci Evropské unie regulovat nekalou soutěž je tedy článek 114 Smlouvy o fungování EU. Nekalé obchodní praktiky, přestože spadají do oblasti spotřebitelského práva, jsou upravovány na stejném právním základě. Toto ustanovení umožňuje přijímat opatření ke sblížování ustanovení právních a správních předpisů členských států, jejichž účelem je vytvoření a fungování vnitřního trhu. Výklad tohoto ustanovení přitom musí být prováděn v kontextu restriktivní judikatury Soudního dvora EU. Ne vždy se to ovšem Evropské unii skutečně daří, jak ostatně dokazuje „přebujelá“ legislativa upravující ochranu spotřebitele, u níž je existence pravomoci Evropské unie mnohdy přinejmenším sporná. Důraz je totiž kladen až příliš na spotřebitele jako takového, a nikoliv na přeshraniční obchod a hospodářskou soutěž, což platí též pro úpravu nekalých obchodních praktik. V oblasti nekalé soutěže zatím Evropská unie uplatňuje spíše restriktivní přístup, kdy těžiště úpravy této problematiky zůstává i nadále v právu vnitrostátním.

1.2.1 Negativní vymezení působnosti Evropské unie v oblasti nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik judikaturou Soudního dvora EU

Materiální důvody založení pravomoci Evropské unie regulovat nekalou soutěž a nekalé obchodní praktiky, a to prostřednictvím obecné úpravy vnitřního trhu, jsou velmi dobře demonstrovatelné na judikatuře Soudního dvora EU. Liberalizace obchodu se zbožím na základě článku 34 Smlouvy o fungování EU totiž pro členské státy znamenala nutnost vzájemně si uznávat své standardy, byť se jejich obsah lišil a přesto, že neodpovídaly vlastním představám daného státu o tom, jak by dotčené právní vztahy měly být regulovány. Tento požadavek byl výslovně formulován ve známém rozhodnutí *Cassis de Dijon*,¹⁵ v němž sice Soudní dvůr EU vyložil článek 34 Smlouvy o fungování EU tak, že členskými státy je chránit důležité hodnoty, jakou je např. ochrana

¹⁵ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 20. února 1979. *Rewe-Zentral AG proti Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*. Věc 120/78.

spotřebitele, poctivého obchodního styku, a to včetně obrany proti nekalé soutěži,¹⁴ ale zároveň tuto možnost omezil řadou v praxi obtížně splnitelných požadavků.¹⁵ Vnitrostátní předpis regulující nekalou soutěž nebo chránící spotřebitele se proto mohl stát přípustnou překážkou obchodu v rámci vnitřního trhu. Tím došlo judikaturou Soudního dvora EU k negativnímu vymezení působnosti Evropské unie v oblasti, která se týkala nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik a zároveň svobody pohybu zboží a služeb.

Důsledky rozhodnutí ve věci *Cassis de Dijon* se naplno projeví v oblasti nekalé soutěže a s ní související ochraně spotřebitele před nekalými obchodními praktikami v případech *Mars*¹⁶ a *Estée Lauder*.¹⁷ Případ *Mars* se týkal nekalosoutěžní praktiky výrobce, která spočívala v označení v potenciálně klamavém označení obalu výrobku. Obal dotčeného zboží výrazným barevným pásem indikoval zvětšení výrobku, aniž by bylo zjevné, zda zůstává zachována původní cena a způsobem, z něhož mohlo být dovozováno, že zvětšení objemu zboží odpovídá velikosti zvýrazněného pásu, ten však byl podstatně větším a zabíral i nezvětšenou část výrobku. V rozhodnutí *Estée Lauder* byl primárně dotčen spotřebitel a to praktikou, jež spočívala v potenciálně zavádějícím respektive klamavém označení kosmetického zboží způsobem, který mohl při širokém výkladu naznačovat jeho lékařské účinky. Ty však dotčená kosmetika přirozeně neměla.¹⁸ Soudní dvůr EU k oběma případům přistoupil způsobem, který byl vytyčen v rozhodnutí *Cassis de Dijon*, tedy v konečném důsledku nikoliv ve prospěch zajištění ochrany soutěže a spotřebitele v míře, jaká byla v daném státě (v obou

14 Srov. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 9. července 1997. *Konsumentombudsmannen (KO) proti De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) a TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 a C-36/95)*. Spojené věci C-34/95, C-35/95 a C-36/95, odst. 46.

15 Další důvody viz ŠÍŠKOVÁ, N. a kol. *Evropské právo 2. Jednotný vnitřní trh*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 28.

16 Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 6. července 1995. *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. proti Mars GmbH*. Věc C-470/93.

17 Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 2. února 1994. *Verband Sozialer Wettbewerb eV proti Clinique Laboratoires SNC a Estée Lauder Cosmetics GmbH*. Věc C-315/92.

18 Souvislost byla v Německu dovozována použitím označení zboží jménem „Clinique“ jehož výslovnost je podobná výslovnosti slova „Klinik“, které je nezpochybnitelným označením nemocnice. Viz stanovisko generálního advokáta - Gulmann - 29 září 1993. *Verband Sozialer Wettbewerb eV proti Clinique Laboratoires SNC a Estée Lauder Cosmetics GmbH*. Věc C-315/92.

případech v Německu) považována za potřebnou, ale ve prospěch svobody pohybu zboží a přeshraničního obchodu.

V rozhodnutí Soudního dvora EU Keck a Mithouard,¹⁹ které se týkalo francouzského zákazu prodeje zboží se ztrátou, Soudní dvůr EU dopady případu Cassis de Dijon usměrnil stejně, jako i dřívější tzv. dassonvillskou definicí²⁰ pojmu „opatření s obdobným účinkem“. Skutkový stav spočíval v tom, že obchodníci B. Keck a D. Mithouard byli trestně stíháni za to, že v rozporu s ustanoveními článku 1 francouzského zákona č. 63-628 ze dne 2. července 1963, novelizovaného článkem 32 nařízení č. 86-1243 ze dne 1. prosince 1986 prodávali kávu a pivo za nižší ceny, než byla jejich skutečná kupní cena.²¹ Příklad se tedy netýkal zboží jako takového, jako tomu bylo ve věcech rozebíraných výše, ale „způsobu jeho prodeje“. Zaměřen byl na činnost obchodníka a způsob, jakým jedná v hospodářské soutěži. Soudní dvůr EU toto specifikum reflektoval a oblast marketingových akcí a tzv. prodejních modalit vyloučil když konstatoval, že *„v rozporu s tím, jak bylo do současné doby rozhodováno, použití vnitrostátních právních předpisů, které omezují či zakazují některé způsoby prodeje, na výrobky pocházející z jiných členských států, nemůže narušovat přímo, nebo nepřímo, skutečně, nebo potenciálně obchod mezi členskými státy ve smyslu pravidla formulovaného v rozhodnutí Dassonville za předpokladu, že jsou tyto právní předpisy použitelné na všechny dotčené subjekty provozující svou činnost na vnitrostátním území, a pokud postihují stejným způsobem, právně i fakticky, uvádění tuzemských i zahraničních výrobků pocházejících z jiných členských států na trh.“*

Rozhodnutí Keck a Mithouard bylo mimořádně významné pro členské státy a význam má i z pohledu této publikace.²² Otevřelo totiž členským

¹⁹ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 24. listopadu 1993. Trestní řízení proti Bernardu Keckovi a Danielu Mithouardovi. spojené věci C-267/91 a C-268-91.

²⁰ Opatření s obdobným účinkem jako množstevní omezení dovozu zakázané článkem 34 SFEU byla definována velmi extenzivně rozhodnutím Dassonville. Soudní dvůr EU zde dovodil, že *„[v]šeckrou obchodní právní úpravu členských států, která by mohla at' přímo, nebo nepřímo, skutečně, nebo potenciálně narušit obchod uvnitř Společenství, je třeba považovat za opatření s účinkem rovnocenným množstevním omezením.“* Viz rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 11. července 1974. Procureur du Roi proti Benoît a Gustave Dassonville. Věc C-8/74, odst. 5.

²¹ Ibidem, odst. 2.

²² Je ovšem nutné také přiznat, že případy, ve kterých by Soudní dvůr EU skutečně použil výjimku podle rozhodnutí Keck a Mithouard, jsou výjimečné. Nicméně existují a případ Keck a Mithouard je proto stále aktuální. Srov. stanovisko generálního advokáta Szpunara ze dne 2. června 2016. Deutsche Parkinson Vereinigung eV proti Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV. Věc C-148/15 odst. 23.

státům prostor pro vytváření vlastní úpravy nekalých obchodních praktik, ale i regulaci reklamy. Tato možnost samozřejmě nepřichází v úvahu v oblasti již harmonizované unijním právem.²³ V duchu tohoto rozhodnutí totiž tato vnitrostátní legislativa nebyla zakázána článkem 34 Smlouvy o fungování EU.²⁴ Tím ovšem vytvořily podmínky pro rozdílná vnitrostátní řešení ochrany před nekalým jednáním podnikatelů, což následně vedlo k problémům při přeshraničním obchodování v rámci vnitřního trhu. Případ Keck a Mithouard členskými státy rovněž poskytl ochranu před žalobami ze strany podnikatelů.²⁵ Zájem na volném pohybu zboží byl totiž prosazován jak Evropskou unií, tak i jednotlivci, byť konkrétní motivy byly na obou stranách nepochybně různé. Lze totiž konstatovat, že zisk, či úspěch v hospodářské soutěži nebyl tím, co by Unii vedl k prosazování svobod vnitřního trhu vůči členským státům.

Případ Keck a Mithouard byl dále Soudním dvorem EU rozvíjen a usměrňován, a to postupně především v rozhodnutí De Agostini²⁶ a v rozhodnutí Gourmet. Případ De Agostini se týkal švédského zákazu reklamy určené dětem mladším 12 let. Švédská společnost De Agostini, jež tvoří součást italské skupiny Istituto Geografico De Agostini, tento vnitrostátní předpis dle švédských úřadů porušila zejména tím, že propagovala ve švédských televi-

23 Přesněji řečeno tento prostor potvrdilo, jelikož již existoval před tímto rozhodnutím. Rozhodnutí Keck a Mithouard ale potvrdil, že článek 34 Smlouvy o fungování EU do oblasti regulace obchodních praktik nezasahuje.

24 Generální advokát Bobek hovoří o trendu „*plíživého uplatňování volného pohybu*“, kdy před vnitrostátními soudy členských států bylo argumentováno dopady na obchodování ohledně všech možných vnitrostátních opatření upravujících způsob uvádění výrobků na trh, aniž by ale skutečným účelem těchto vnitrostátních opatření bylo regulovat dané zboží jako takové. Objektem úpravy totiž byl způsob jeho uvádění na trh. Viz stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 7. července 2016 Nacelnik Urzędu Celnego I w Ł. proti G. M. a M. S. Věc C-303/15, odst. 61.

25 Generální advokát Maduro k tomu a k výkladu článku 34 SFEU trefně uvádí, že: „*Příslušníci Společenství nemohou z tohoto ustanovení vyzvozat absolutní právo na hospodářskou či obchodní svobodu. Ustanovení Smlouvy o volném pohybu zboží totiž mají za cíl zajistit, že bude odstraněno rozdělení vnitrostátních trhů, a to tím, že výrobcům a spotřebitelům poskytnou možnost plně využívat výhod vnitřního trhu Společenství, a nikoli podporovat všeobecnou deregulaci vnitrostátních ekonomik.*“ Stanovisko generálního advokáta Póiares Maduroze dne 30. března 2006. Alfa Vita Vassilopoulos AE (C-158/04) a Carrefour Marinopoulos AE (C-159/04) proti Elliniko Dimosio a Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon. Spojené věci C-158/04 a C-159/04. Odst. 37.

26 Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 9. července 1997. Konsumentombudsmannen (KO) proti De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) a TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 a C-36/95). Spojené věci C-34/95, C-35/95 a C-36/95.

zích svůj časopis *Allt om Dinosaurier!* („*Vše o dinosaurech*“), který je tištěn v Itálii a publikován v různých jazycích v dalších členských státech Evropské unie.²⁷ Generální advokát vyšel z účinku, který švédská legislativa měla na dovážené zboží, prakticky mu totiž bránila ve vstupu na trh, dovedl proto, že tato legislativa představuje opatření podle článku 34 Smlouvy o fungování EU. Konstatoval ovšem, že zákaz uniká, neboť je ospravedlněno kategorickým požadavkem ochrany malých dětí, které dosud nemají schopnost rozlišit mezi reklamou a fakty. Naproti tomu Soudní dvůr EU konstatoval, že úplný zákaz reklamy je regulací způsobu prodeje a tudíž nespadá pod dosah článku 34 Smlouvy o fungování EU, ledaže by se v řízení před vnitrostátním soudem ukázalo, že má diskriminační účinky vůči dováženému zboží. Generální advokát tedy testoval, zda opatření může omezit možnost vstupu na trh, zatímco Soudní dvůr EU vycházel z podstaty opatření.²⁸

Testování, zda je určité opatření členského státu způsobilé omezit vstup na trh Soudní dvůr EU přece jen zavedl, a to v rozhodnutí *Gourmet*, které se týkalo obecného švédského zákazu reklamy na alkoholické produkty s výjimkou reklamy určené profesionálům z oboru. Podmínky stanovené případem *Keck a Mithouard* zde byly doplněny o podmínku další, v rámci níž je omezení možnosti vstupu na trh ověřováno. Zároveň ale Soudní dvůr EU na rozdíl od rozhodnutí *De Agostini* otevřeně označil opatření spočívající v úplném zákazu reklamy za opatření, které vstupu na trhu brání. Případ *Gourmet* lze ovšem rovněž interpretovat tak, že rozhodnutí *Keck a Mithouard* nemění a nedoplňuje, ale jen zpřesňuje, pokud jde o již existující podmínku použitelnosti vnitrostátního opatření na všechny dotčené subjekty a stejným způsobem.²⁹

²⁷ Další ustanovení švédského práva byla dotčena tím, že časopis obsahoval jako přílohu modely dinosaurů, ty však bylo možné zkompletovat pouze tehdy, pokud byla pořízena celá příslušná série časopisu, celkové náklady resp. velikost série však z reklamy nijak nevyplyvaly, vyhodnocen byl proto jako klamavá reklama.

²⁸ SNELL, J. *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship Between the Freedoms* 2002. Oxford University Press, s. 118.

²⁹ KEIRSBLICK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 57.

I.2.2 Pozitivní přístup k úpravě nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik

Případy *Cassis de Dijon*, *Mars* a *Estée Lauder*, *Keck* a *Mithouard* a další demonstrují, jak rozdíl v představách členských států o tom, jakým způsobem má být hospodářská soutěž regulována, mohou negativně ovlivňovat obchod v rámci vnitřního trhu. Zároveň z těchto rozhodnutí vyplývá význam hodnot, jako je ochrana spotřebitele či férové soutěže na straně jedné, a zájem na volném obchodu na straně druhé. Zatímco volný obchod je chráněn unijním právem, konkrétní pravidla ochrany důležitých hodnot byla dlouho předmětem práva vnitrostátního. Judikaturu Soudního dvora EU je proto nutné vnímat jako snahu nalézt mezi oběma systémy rovnováhu. Náročnost tohoto úkolu je dobře demonstrovatelné právě na příkladu reklamy. Je to totiž především reklama, co je hlavním nástrojem, který umožňuje obchodníkům bez ohledu na jejich velikost informovat o své existenci a informovat spotřebitele o službách, které nabízejí. Reklama proto podporuje hospodářskou soutěž, neboť je prostředkem, kterým se hospodářské subjekty snaží spotřebitele přesvědčit, aby využili spíše jejich služeb než služeb jejich konkurentů. Tím přispívá k naplnění cíle Evropské unie spočívající ve vytvoření vnitřního trhu.³⁰ Zároveň ale reklama může být snadno zneužita k újmě jiného soutěžitele nebo spotřebitele, a proto ji nelze zcela neregulovat. Excesivní regulace se ovšem následně může stát překážkou intraunijního obchodu a tedy i hospodářské soutěže.

Legislativa členských států, která takovou překážkou je, přitom nemusí být nutně za tímto účelem omezovat intraunijní obchod přijata. Může totiž sledovat účel, který byl zákonodárcem v dané zemi myšlen v zásadě dobře, kdy motivací nebylo ovlivňovat svobodu pohybu zboží či služeb, ale chránit hodnoty v dané zemi považované za významné. I tak ale platí, že rozhodující je účinek takové úpravy na obchod uvnitř Evropské unie, ať již skutečný, nebo potenciální.³¹ Mezi onu “dobře míněnou legislativu” nekalá soutěž a v širším pojetí též ochrana spotřebitele prostřednictvím zákazu nekalých obchodních praktik zcela jistě spadá. Pochopitelná je proto jen malá

³⁰ Stanovisko generálního advokáta Bota ze dne 8. září 2016. *Openbaar Ministerie* proti *Lucu Vanderborgh*tovi. Věc C-339/15, odst. 89.

³¹ Stanovisko generálního advokáta Légera ze dne 5 října 2006. Komise Evropských společenství proti *Italské republice*. Věc C-110/05, odst. 32.

ochota členských států z těchto standardů slevovat. V konečném důsledku tak mnohdy jediným řešením pro dotčené výrobce a dovozce bylo domáhat se svých práv cestou řízení soudního, což je ovšem varianta pomalá a nákladná, a především kauzistická a nesystémová.

Systémovým řešením v těchto případech naproti tomu je **eliminace zjištěných překážek obchodu** prostřednictvím společné právní úpravy. To může ospravedlňovat ingerenci ze strany Evropské unie a náhradu národních standardů úpravou společnou.³² Je s tím ovšem spojena řada problémů. Nutné je totiž správně identifikovat a vyhodnotit širší záběr regulace unijním právem, následně zvolit vhodný nástroj úpravy a konečně též zajistit nezbytnou reflexi požadavků unijního práva v právu vnitrostátním. Z uvedeného snad jen volba nástroje nečiní v praxi větších problémů. Dlužno dodat, že regulace sledované problematiky sekundárním právem Evropské unie nutně nezabývá výše uvedenou judikaturu jejího významu. Unijní regulace totiž jen stěží může obsáhnout veškeré problémy, k nimž v praxi dochází. Závěry dovozené v judikatuře Soudního dvora proto budou mít i nadále své místo v oblastech sekundárním právem nepokrytých.

Pokud jde o záběr regulace, není ustanovení článku 114 Smlouvy o fungování EU příliš návodné. Nutný je proto jeho výklad prostřednictvím s ním spjaté judikatury Soudního dvora EU. V rozhodnutí *Tabáková reklama*³³ bylo dovozeno, že toto ustanovení umožňuje přijmout Evropské unii určitou legislativu tehdy, pokud z důvodu rozdílu existujících mezi vnitrostátními právními předpisy vznikají či existují překážky volného pohybu zboží i služeb nebo se takové překážky mohou pravděpodobně objevit. Naproti tomu prostá rozdílnost národních úprav sama o sobě překážkou není a tudíž

³² Přijetí legislativy Evropskou unií znamená pro členské státy direktivní zásah „shora“, tedy ze strany nadřazené autority, který musí přijmout. Alternativou by bylo horizontální koordinace mezi členskými státy, která však není příliš efektivní nástrojem. Přijímání společné úpravy na úrovni Evropské unie rovněž znamená společnou diskusi členských států a jejich konsens, nebo alespoň souhlas kvalifikované většiny z nich při hlasování v Radě, je tak v konečném důsledku odrazem jejich sdílené suverenity, jejíž rozbor ale přesahuje možnosti této publikace. Pokud jde o sdílenou suverenitu, odkazujeme např. na HAMULÁK, O. *Integrovaná Evropa a suverenita České republiky*. 1. vyd. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2013, 132, s. Mechanismy rozhodování v Radě osvětluje ZBIRAL, R. *Teorie a praxe vyjednávání v Radě Evropské unie*. Mezinárodní politologický ústav Masarykovy univerzity, Brno, 2008, 215 s.

³³ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 5. října 2000. Spolková republika Německo proti Evropskému parlamentu a Radě Evropské unie. Věc C-376/98. Odst. 96.

pravomoc Evropské unie regulovat oblast nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik nezakládá,³⁴ a stejně tak ji nezakládání ani riziko překážek abstraktních. Na základě analyzovaného ustanovení lze dále přijmout legislativu tehdy, mají-li být odstraněny znatelná narušení hospodářské soutěže.³⁵ Logicky proto platí, že tam, kde se určitá úprava nekalé soutěže bude týkat záležitostí ryze vnitrostátních, kde soutěž mezi členskými státy prakticky neexistuje, nelze dovozovat pravomoc Unie danou problematiku regulovat. A konečně, podle Soudního dvora EU článek 114 SFEU je přípustným právním základem, má-li být předejito výskytu překážek obchodu vyplývajících z nestejnorodého vývoje vnitrostátních právních předpisů.³⁶ Tyto požadavky demonstrují širší (až bezbřehost) rozsahu pravomoci Evropské unie v pojetí Soudního dvora EU.³⁷

Veškerá činnost Evropské unie při výkonu pravomocí dle článku 114 Smlouvy o fungování EU musí rovněž vyhovět *principům subsidiarity a proporcionality*.³⁸ Obsahem principu subsidiarity je požadavek přijímat v Evropské unii legislativu na co možná nejnižší úrovni.³⁹ Preferována je tedy úprava vnitrostátní před úpravou unijní všude tam, kde je to dostačující k dosažení sledovaného cíle. Problém nicméně spočívá v tom, jak se subsidiaritou pracuje sama Evropská unie. Článek 114 Smlouvy o fungování EU je přes omezení vyplývající z rozhodnutí Tabáková reklama vykládán velmi široce a ve skutečnosti ve prospěch regulace na úrovni unijní. Domníváme se totiž, že v současnosti nedochází při posuzování zohlednění požadavku subsidiarity k dostatečné reflexi toho, kde se nachází *těžiště problému*, jež

³⁴ Ibidem, odst. 99.

³⁵ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 11. června 1991. Komise Evropských společenství proti Radě Evropských společenství. Věc C-300/89, odst. 23.

³⁶ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 8. června 2010. The Queen, na žádost Vodafone Ltd a další proti Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform. Věc C-58/08, odst. 33.

³⁷ Podrobněji ke kritice rozhodnutí Tabáková reklama a Vodafone v tomto pojetí viz WEATHERILL, S. The Consumer Rights Directive: How and why a quest for „coherence“ has (largely) failed, *Common Market Law Review*. 2012, 4, s. 1307 a násl.

³⁸ Viz článek 5 Smlouvy o Evropské unii.

³⁹ Rozumí se tím na nižší úrovni z páru Evropská unie vs. členský stát. Článek 5 odst. 3 proto nemůže být chápán tak, že unijní právo nařizuje členským státům sledovat totéž hledisko a preferovat regulaci na úrovni místní, poté regionální a až v případě nutnosti ústřední. Otázka volby úrovně v rámci státu je totiž jeho vnitřní záležitostí stojící zcela mimo dosah unijního práva.

má být na základě ustanovení článku 114 Smlouvy o fungování EU regulován.⁴⁰ Zcela konkrétním příkladem je oblast upravená v současné době ve směrnici o nekalých obchodních praktikách, potažmo celé unijní spotřebitelské právo.

Empiricky vzato má směrnice o nekalých obchodních praktikách dopad na vztahy, které se **většinou** realizují pouze na vnitrostátní úrovni. Přeshraniční spory, kde by tato směrnice měla smysl, s ohledem na právní základ jejího přijetí, představují naproti tomu pouze okrajovou záležitost, se kterou se běžný advokát ani soudy v praxi často nesetkávají. Těžšíste problému proto leží ve sféře vnitrostátní a s ohledem na subsidiaritu by dle našeho soudu pravomoc Evropské unie vůbec neměla být založena. Ve skutečnosti tomu tak ale není. Pokud se podíváme blíže na odůvodnění přijetí této směrnice, zjistíme, že problém je spatřován v rozdílnosti právních předpisů a s tím spojenými překážkami a nejistotou, „*jaké vnitrostátní předpisy se uplatňují na nekalé obchodní praktiky poškozující ekonomické zájmy spotřebitelů.*“ Směrnice dále pokračuje a dodává, že „*[t]yto překážky zvyšují náklady podniků při využívání svobod vnitřního trhu, zejména pokud se chtějí zapojit do přeshraničního uvádění na trh, reklamních kampaní a podpory prodeje. Takové překážky rovněž vyvolávají nejistotu spotřebitelů ohledně jejich práv a podkopávají jejich důvěru ve vnitřní trh.*“⁴¹ S takovým odůvodněním však lze jen těžko souhlasit. Tvrzená nejistota ohledně obsahu úpravy je totiž uspokojivě eliminována prostřednictvím (unijních) pravidel mezinárodního práva soukromého.⁴² Excesivní regulací hmotného práva ze strany Evropské unie proto dochází k popření smyslu a účelu politiky jiné unijní politiky, do jejíhož rámce, jak bude dále vysvět-

⁴⁰ Podle Weatherilla je v současné době prakticky nemožné si představit situaci, kdy by Evropská unie měla pravomoc regulovat určitou problematiku a zároveň porušovala princip subsidiarity. WEATHERILL, S. The Consumer Rights Directive: How and why a quest for „coherence“ has (largely) failed, *Common Market Law Review*. 2012, 4, s. 1310.

⁴¹ Preambule směrnice 2005/29 odst. 4.

⁴² S ohledem na volbu nástroje - směrnici, která předpokládá úpravu vnitrostátním právem, jež z povahy věci může být rozdílná, dále na fakt, že v řadě členských států již tato problematika v nějaké míře regulována byla, tudíž bude obtížné zajistit diskontinuitu interpretací a aplikační praxe, a konečně, že přístup implementované úpravě ze strany soudů a úřadů bude poplatný též právnímu myšlení a usuzování typickému pro právo dané země, je eliminace právní nejistoty víc přáním, než realitou. Nutno ovšem přiznat, že pravidla mezinárodního práva soukromého nejistotu rovněž eliminují jen částečně. Vedou totiž k určení rozhodného práva a soudiště, ale již nic nevypovídají o standardu aplikovatelné právní úpravy tedy o tom, co dotčené jednotlivce, podnikatele, skutečně zajímá.

leno, pravomoc v oblasti nekalé soutěže rovněž spadá. Empiricky je pak prokazatelné, že běžný spotřebitel, ale i malý či střední podnikatel, zahraniční úpravu vůbec nezná, nezná totiž ani úpravu vlastní, a proto v té cizí těžko může spatřovat překážku obchodu. Nadto, právní úprava bývá jen zřídka hlavním rozhodujícím faktorem ovlivňujícím jednání zákazníka a motivem pro uskutečnění přeshraniční transakce. V praxi se totiž ukazuje, že mnohem větší význam může mít např. cena, či pověst druhé strany.⁴³ Naopak faktickou překážkou přeshraničních transakcí bude jazyk, či delší dodací lhůta, případně problémy spojené s uplatňováním odpovědnosti z vadného plnění na dálku,⁴⁴ a zde sebelépe harmonizovaná úprava nepomůže.

Popsaný přístup přitom není ojedinělý, naopak demonstruje ideové nastavení Evropské unie ve vztahu k regulaci vybraných institutů soukromého práva obecně. Potřeba „činit dobro“ prostřednictvím společné regulace i za cenu extenzivního přístupu k chápání rozsahu vlastní pravomoci, a to na úkor diverzity a soutěže mezi vnitrostátními právními úpravami, je na straně Evropské unie velmi silná. Cenou, kterou za to platíme, ale je to, že se eliminací národních úprav připravujeme o myšlenkové bohatství, rozmanitost různých přístupů, jakož i možnost testovat je v praxi.⁴⁵ Dalo by se přitom namítat, že tato ztráta je členskými státy akceptována, jelikož s ohledem na jejich zapojení při hlasování v Radě vyjadřují přijaté směrnice jejich shodu a vůli upravovat nekalou soutěž určitým způsobem. Tento argument však dle našeho soudu nemůže obstát, neboť opomíjí fakt, že v Radě může být hlasováno většinou a souhlas tak nemusí nutně být souhlasem všech členských států, jakož i skutečnost, že Rada je orgánem úřednickým, politickým, jehož složení se může změnit, zatímco již přijatá legislativa zůstane platnou. Rada nadto nemůže, a to ani i při jednomyslném souhlasu měnit primární právo a rozšiřovat pravomocí Evropské unie.

⁴³ Jen tak lze vysvětlit masivní využívání čínských webových obchodů, na jejichž činnost je ujnijní regulace nedostatečná. Nízká cena nabízeného zboží je pro spotřebitele rozhodujícím a naprosto převažujícím kritériem.

⁴⁴ Argument vzdálenosti platí obecně, i v rámci jednoho státu. Od určité vzdálenosti přestává být z pohledu spotřebitele rozhodné, kde konkrétně sídlí prodávající. Fakticky totiž pro něj zcela přestává být dostupný.

⁴⁵ K myšlence tohoto druhu „soutěže“ mezi právními řády členských států a úlohou, kterou zde hraje právo Evropské unie, viz SEHNÁLEK, D. Evoluční teorie a právo (státní a ujnijní). *Sociální studia*. Masarykova univerzita, 2015, roč. 12, č. 2, s. 107–118.

Vrátíme-li se zpět k nosné linii této části publikace, pak můžeme konstatovat, že úprava sledované problematiky se samozřejmě neomezuje jen na regulaci vnitřního trhu. Nekalá soutěž a nekalé obchodní praktiky jsou Evropskou unií dotčeny též v rámci úpravy politiky justiční spolupráce v občanských věcech. Právním základem je proto ustanovení článku 81 Smlouvy o fungování Evropské unie. Právní nástroje přijímané na jeho základě se omezují jen na stanovení kolizního řešení a určení pravidla pro stanovení mezinárodní pravomoci soudů členských států Evropské unie. Tato politika je proto v zásadě hodnotově neutrální pokud jde o určení toho, jak mají být standardy nekalé soutěže a s tím souvisící ochrana spotřebitele nastaveny.

Pravomoc Evropské unie naproti tomu nezahrnuje oblast správní a procesní. Evropská unie přesto i do této domény členských států zasahuje, ovšem jen nepřímou. Platí totiž, že právní úprava, která by v praxi nebyla prosazována, by postrádala jakýkoliv praktický význam a smysl. Členské státy proto jsou povinny zavést mechanismy správní kontroly a soudního vynucování v rozsahu nezbytném pro účinné uplatňování pravidel přijatých Unií na základě článku 114 Smlouvy o fungování EU.⁴⁶ Mají přitom volnost, pokud jde o volbu prostředků i jejich úpravu, neboť harmonizace či dokonce unifikace této problematiky na základě ustanovení o vnitřním trhu je vyloučena a nemůže být dovozena ani extenzivním výkladem dotčených ustanovení. Jednotlivci tak sice mají jistotu, že se v různých členských státech budou moci domáhat svých práv, jež jim jsou založena v důsledku implementace unijní legislativy, fakticky se ale bez kvalifikované právní pomoci neobejdou, jelikož úprava jednotlivých institutů bude potenciálně odlišná.

Věcný záběr pravomoci Evropské unie v oblasti regulace nekalé soutěže musí reflektovat rozsah svěřených pravomocí. V konečném důsledku to znamená, že unijní úprava z povahy věci nemůže být komplexní obdobně, jako je tomu v případě úpravy národní. Jestliže tedy český občanský zákoník obsahuje generální klauzuli vymezující nekalou soutěž obecně, není obdobný přístup v případě unijní úpravy kompetenčně přípustný. Právní úprava Evropská unie se proto v současné době omezuje na sektorový přístup, regulována a zakázána je klamavá reklama, nedovolená srovnávací reklama, nekalé

⁴⁶ Srov. např. článek 11 a článek 12 směrnice o nekalých obchodních praktikách a článek 7 směrnice o klamavé reklamě.

obchodní praktiky, ochrana nezveřejněného know-how a obchodních informací před neoprávněným získáním, použitím a zveřejněním. Unijní úprava tak na straně jedné nepokrývá celý rozsah nekalé soutěže, jak jí rozumí české právo, na straně druhé ji věcně přesahuje a zasahuje též do dalších oblastí regulace českým právem, jakou je například právo na ochranu spotřebitele či potenciálně též právo duševního vlastnictví.⁴⁷

Unijní úprava nekalé soutěže je tedy kodifikovaná, fragmentovaná, bez jednotícího prvku obdobného obecnému nastavení mantinelů soutěže generální klauzulí nekalé soutěže (§ 2976 odst. 1 OZ). Jednotící roli proto hrají principy, na nichž je unijní úprava založena. Ve všech unijních oblastech je zřetelný projev principu svobody podnikání. Svoboda podnikání by totiž nebyla materiálně myslitelná v případě, pokud by právo nijak nepostihovalo protisoutěžní jednání. Ochrana podnikání může být v unijním právu zajišťována buď dotčenými podnikateli přímo, nebo zprostředkovaně prostřednictvím obrany ze strany organizací hájícími zájmy spotřebitelů. Dalším identifikovatelným principem prostupujícím přímo či nepřímo celou zkoumanou unijní úpravou je princip férové a výkonové soutěže⁴⁸ Jak v případě klamavé a zakázané srovnávací reklamy, tak i nekalých obchodních praktik, získává podnikatel výhodu nezaslouženě jednáním, které nemá oporu v jeho schopnosti lépe využít zdroje, které má k dispozici. Společným principem prostupujícím obě úpravy je princip ochrany spotřebitele. Spotřebitel je chráněn přímo směrnicí 2005/29 i nepřímo přes regulaci jednání obchodníků. Zřetelná je dále orientace unijního zákonodárce na kvalitu soutěže, spíše než na její kvantitu. V unijní úpravě je dále zřetelný projev principu technologické neutrality, kdy stávající úprava je nastavena tak, že nic nebrání jejímu použití v prostředí elektronických komunikací.

⁴⁷ Dlužno dodat, že omezený přístup k regulaci a sektorové zaměření nelze vnímat jako slabinu či nedostatek unijní regulace. Jde totiž o perspektivu. Z dnešního pohledu považujeme existenci komplexní úpravy za samozřejmou, obecná úprava ochrany nekalé soutěže je ovšem relativně nový koncept, který dlouho nebyl vlastní ani řadě vyspělých států. Srov. DYER, A. *Unfair Competition in Private International Law. Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1988, Vol. 211., s. 383.

⁴⁸ VEČERKOVÁ, Eva. *Nekalá soutěž a reklama: (vybrané kapitoly)*. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 129.

Nástrojem unijní regulace jsou směrnice, jež jsou s ohledem na princip subsidiarity a princip proporcionality preferovaným řešením před nařízeními.⁴⁹ Výjimkou je samozřejmě oblast mezinárodního práva soukromého, kde je z povahy věci nařízení vhodnějším prostředkem regulace. S ohledem na použitý nástroj předpokládá unijní úprava doprovod a doplnění ze strany národního práva.⁵⁰ Dlužno dodat, že volba směrnic odpovídá tomu, jak Evropská unie vykládá svou pravomoc regulovat problematiku nekalé soutěže. Vedlejším důsledkem jejich použití je ovšem expanze činnosti Evropské unie a dopad její regulace do ryze vnitrostátních vztahů, tzn. bez vazby na vnitřní trh. Domníváme se proto, že nařízení by byly lepším nástrojem úpravy, neboť by je bylo možno zacílit jen na vztahy a situace s unijním prvkem, čímž by se lépe a v souladu se subsidiaritou ponechala možnost členským státům upravovat si své vnitřní záležitosti.⁵¹ Právní úprava nekalé soutěže ale i nekalých obchodních praktik je svou povahou pro regulaci nařízením vhodná, regulována je totiž činnost. Dotčené osoby přitom mají možnost cílit a zaměřovat svou činnost buď na trh vnitrostátní či zahraniční, a společně s tím se přizpůsobovat buď standardu místnímu, nebo společnému. Případné odpovědnostní důsledky již mohou být ponechány úpravě národním právem, které by ovšem muselo respektovat požadavky účinnosti a ekvivalence s obdobnými situacemi vnitřními. V praxi by samozřejmě docházelo ke konvergenci úpravy s unijním rozměrem s úpravou vnitrostátní, jako tomu dochází například v oblasti hospodářské soutěže. Jednalo by se však o stav mimoprávní, faktický a nevynucený Evropskou unií.

⁴⁹ Odst. 6 protokolu (č. 30) o používání zásad subsidiarity a proporcionality (1997) stanovil: „*Měla by být zvolena co nejjednodušší forma činnosti Společenství, která umožňuje uspokojivé dosažení cíle opatření a jeho účinné prosazení. Společenství přijímá právní předpisy pouze v nezbytné míře. Za jinak stejných podmínek by se směrnicím měla dávat přednost před nařízeními a rámcovými směrnicím před podrobnými opatřeními.*“ Reálný rozdíl mezi nařízením a směrnicí úplně harmonizující určitou problematiku stejně, jako je tomu v případě směrnice 2005/29 je ovšem prakticky zanedbatelný.

⁵⁰ K požadavkům na doprovod a doplnění unijních standardů vnitrostátním právem viz KŘEPELKA, F. *Přenos, doprovod a zohlednění evropského práva českým právem*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita - Právnická fakulta, 2010, 125 s.

⁵¹ Pouze mimochodem uvádíme, že ve Spojených státech je ochrana nekalé soutěže zajišťována federálním právem (Federal Trade Commission Act) a prosazována federální institucí (Federal Trade Commission).

I.2.3 Metoda harmonizace vnitrostátního práva v oblasti nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik

Směrnice přijaté Evropskou unií k regulaci nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik mají rozdílný charakter, pokud jde o metodu harmonizace. Zatímco směrnice 2005/29 o nekalých obchodních praktikách harmonizuje vnitrostátní právo úplně (úplná, resp. *maximální harmonizace*),⁵² směrnice 84/450 o klamavé reklamě úplný standard stanoví jen v oblasti reklamy srovnávací, zatímco reklama klamavá je upravena pouze prostřednictvím stanovení minimálního standardu ochrany (*minimální harmonizace*). Členské státy mají možnost přijmout úpravu klamavé reklamy se standardem vyšším (minimální harmonizace), což u výše uvedených oblastí úplné harmonizace možné není.

S přístupem v podobě minimální harmonizace jsou ovšem rovněž spojeny kompetenční problémy související s podmínkami, které musí být splněny, aby mohlo dojít k aktivaci unijní pravomoci sledovanou oblast regulovat. Je-li touto podmínkou rozdílnost vnitrostátních úprav, a výše jsme konstatovali, že ano, jelikož právě ona může být překážkou obchodu nebo vést k narušení hospodářské soutěže, pak minimální standard řeší tento problém jen jedním směrem. Dostatečně vysoký minimální standard sice může vyřešit problémy naznačené výše při rozboru rozhodnutí Cassis de Dijon, Estée Lauder a Mars, nemůže ale v konečném důsledku bezezbytku zajistit funkčnost vnitřního trhu. Pokud totiž státy plně využijí možnosti přijmout přísnější právní úpravu, vytvoří překážky obchodu nové, čímž unijní regulace ztratí na svém významu z pohledu článku 114 Smlouvy o fungování EU.⁵³ Přiznává to ostatně i sama Evropská unie, a to v preambuli směrnice 2005/29 v bodě 5. Důvodem, proč byla zvolena metoda úplné harmonizace, je totiž fakt, že v případě klamavé reklamy členské státy možnosti ponechat si nebo

⁵² S výjimkou finančních služeb a nemovitostí, kde členské státy mohou v souladu s článkem 3 odst. 9 a preambule odst. 9 směrnice 2005/29 zavést v harmonizované oblasti opatření, které obsahují více omezení nebo požadavků než jaké jsou požadovány touto směrnicí.

⁵³ Tento problém lze překonat zavedením povinnosti uznávání standardů v harmonizované nebo koordinované oblasti, toto řešení však svědčí jen svobodám vnitřnímu trhu. Nereaguje ale na potřebu státu prosazovat vyšší standard ochrany, kterou logicky bude požadovat ve všech situacích, ne jen čistě interních, kde svobody dotčeny nejsou. Problém obrácené diskriminace (rozebrán bude dále v této kapitole) není řešen vůbec.

nově přijmout rozsáhlejší ochranu spotřebitele skutečně využily. Důsledkem ale jsou citelné rozdíly v právních úpravách jednotlivých členských států a tedy i překážky obchodu v rámci vnitřního trhu.⁵⁴ S minimální harmonizací je nadto spojen i problém budoucích změn vnitrostátního práva přijatého nad rámec minimálního standardu. Členské státy si totiž musí uvědomovat, že z pohledu kompetenčního je tato oblast plně ve sféře jejich vlivu. Přesto i zde se mohou projevit dopady unijního práva v situacích, kdy by měly být uplatňováním či změnami dotčeny základní principy práva Evropské unie.⁵⁵

Pakliže jsme výše konstatovali, že maximální harmonizace znamená, že směrnice 2005/29 a částečně pro oblast srovnávací reklamy též směrnice 2006/114 harmonizuje vnitrostátní právo úplně, neměli jsme tím na přirozeně mysli přístup, který by znamenal uzavřenost této právní úpravy.⁵⁶ Pro vnitrostátní právo to proto znamená možnost upravit i otázky směrnicemi neregulované. V případě směrnice 2005/29 to znamená například možnost vztáhnout vnitrostátní úpravu přijatou na základě implementace též na vztahy mezi podnikateli, aniž by tím byla překročena maximální harmonizace. Stejně tak lze spotřebitele chránit v jiných oblastech mimo jeho ekonomických zájmů, na které směrnice nedopadá. Úplností je proto nutné rozumět nemožnost přijetí jiného než směrnicemi předvídaného standardu úpravy v rámci časové, osobní a věcné působnosti obou dotčených směrnic.⁵⁷ Členské státy si proto mohou ponechat nebo dokonce zavést novou vlastní legislativu sledující stejný účel jako obě sledované směrnice, ovšem jen za předpokladu, že bude přijata na odlišném právním základu.⁵⁸ Úplnou harmonizací tak nebude dotčena možnost postihovat směrnici upravené

⁵⁴ Viz odst. 3 a 4 směrnice 2005/29.

⁵⁵ Jako například princip právní jistoty (jenž je unijnímu právu vlastní stejně, jako právu vnitrostátnímu), který by mohl být dotčen změnami vnitrostátního „nadstandardu“ nečekanými, a v neprospěch dotčených jednotlivců apod.

⁵⁶ Tedy stav, který bychom snad mohli označit jako harmonizaci totální.

⁵⁷ Pokud tedy dnes již zrušená směrnice 97/7 o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených na dálku přijatá v oblasti ochrany spotřebitele požadovala pro spotřebitele zajistit možnost odstoupení od tzv. distančních smluv ve lhůtě alespoň 7 pracovních dnů, mohl členský stát přijmout úpravu přísnější a stanovit lhůtu delší. Úprava byla přijata v rámci působnosti směrnice, odlišným způsobem a přesto v souladu se směrnicí. V případě úplné harmonizace by možnost odchylky ze směrnice nevyplývala, a pokud by standard v ní obsažený členským státem nebyl převzat jak je, znamenalo by to porušení povinnosti směrnici řádně a včas implementovat do vnitrostátního práva.

⁵⁸ MAK, V. Review of the consumer acquis: Towards maximum harmonization? *European Review of Private Law*. 2009, vol. 1, s. 59–60.

jednání nástroji trestního práva, přestože ze směrnice samé taková možnost nevyplývá.⁵⁹ Zde na rozdíl od V. Maka upřesňujeme, že odlišným právním základem rozumíme to, jak je chápán právem unijním, a nikoliv vnitrostátním.⁶⁰ Opačné pojetí by totiž jen těžko mohlo zabránit obcházení unijních standardů právem vnitrostátním.

Podrobnější výklad k úplné harmonizaci a k důsledkům pro vnitrostátní právo bude v souvislostech proveden v části III, kapitole 1.

I.2.4 Dílčí závěr

Schopnost Evropské unie regulovat nekalou soutěž je limitovaná omezeným svěřením pravomoci ze strany členských států. Právo Evropské unie ani po přijetí Lisabonské smlouvy problematiku nekalé soutěže přímo nereguluje na úrovni primárního práva. Úprava sekundárním právem je kusá a pokrývá jen některé oblasti úzce související s funkčností vnitřního trhu. Stávající unijní úprava proto v oblasti hmotného práva věcně zahrnuje oblast klamavé a srovnávací reklamy. S touto problematikou úzce souvisí regulace nekalých obchodních praktik, jakkoliv v jejich případě o se skutečnou úpravu nekalé soutěže nejedná, když primárním cílem tohoto předpisu je ochrana spotřebitele. Krom věcné souvislosti je důvodem, proč právě tato úprava bývá v kontextu unijní úpravy nekalé soutěže zmiňována též fakt, že členské státy mohou nekalé obchodní praktiky unijním právem zakázané ve vztahu ke spotřebitelům, zakázat rovněž vůči podnikatelům.

Pravomoc Evropské unie regulovat nekalou soutěž může být vymezena dvojitým způsobem. Negativně prostřednictvím judikatury Soudního dvora EU vztahující se ke svobodě pohybu zboží a v omezené míře též svobodě pohybu služeb. Tato judikatura vymezuje dosah unijní úpravy vnitřního trhu a tím v konečném důsledku omezuje prostor členských států pro přijímání jejich vlastní úpravy nekalé soutěže či nekalých obchodních praktik v případě, kdy by mohla omezit funkčnost obou svobod.

Pozitivní přístup je představován přímou úpravou nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik unijním právem. Unijní úprava nekalé soutěže

⁵⁹ Ani nemůže, jelikož článek 114 Smlouvy o fungování EU není dostatečným právním základem pro harmonizaci vnitrostátního trestního práva.

⁶⁰ Ibidem.

je produktem přesvědčení, že rozdílnost právních úprav představuje překážku obchodu mezi členskými státy, a to jak na úrovni podnikatelů, tak i v případě jejich zákazníků. Neznalost právní úpravy zahraniční a předpoklad, že bude odlišná, má totiž představovat významný faktor ovlivňující jejich rozhodování a tom, odkud zboží či službu koupí. V mnoha případech tomu tak skutečně bude. Těžiště obchodu nicméně i nadále zůstává v rovině vnitrostátní, což ovšem unijní úprava nereflakuje. Řadu překážek pak unijní právo nedokáže odstranit vůbec. Limitujícím faktickým faktorem proto zůstává odlišný jazyk používaný v různých členských státech, delší dodací doby či praktické problémy spojené s reklamacemi zboží na větší vzdálenosti.

Výsledkem pozitivního přístupu není komplexní úprava problematiky nekalé soutěže v unijním právu, ale výběrová regulace otázek, kde je souvislost s přeshraničním obchodem nejpatrnější. Regulována je především klamavá a srovnávací reklama. V návaznosti na unijní úpravu nekalé soutěže jsou dále Evropskou unií upravována nekalé obchodní praktiky obchodníků, které jsou v rozporu s požadavky náležité profesionální péče a podstatně narušují nebo jsou schopny podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele. Rozbor této unijní úpravy bude předmětem zájmu následujících kapitol.

Nástrojem regulace jsou v současné době směrnice, zatímco nařízení se nepoužívají. Metoda harmonizace se liší v závislosti na upravované problematice. V oblasti klamavé reklamy je uplatněna harmonizace minimální ponechávající členským státům prostor pro úpravu vlastní, která v rámci harmonizované oblasti stanoví standardy od směrnice odlišné za předpokladu, že budou poskytovat vyšší resp. lepší ochranu chráněnému zájmu. Oblast srovnávací reklamy a nekalých obchodních praktik je harmonizována úplně, kde členské státy prostor pro vlastní přístupy a řešení až na dílčí výjimky nemají.

I.3 Ovlivňování a interakce unijní úpravy nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik s právem vnitrostátním⁶¹

I.3.1 Vlivy unijního práva nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik na právo vnitrostátní

Právo Evropské unie a právo české tvoří dvě oddělené a nezávisle existující sféry, oba systémy jsou propojeny a vzájemně se ovlivňují. V oblasti nekalé soutěže a nekalých obchodních praktiky jsou tyto interakce zřetelně patrné. Zapříčiněny jsou působením judikatury Soudního dvora EU vztahující se ke svobodám vnitřního trhu, a dále tím, že na úrovni evropského práva je úprava harmonizována směrnicemi, které musí být náležitým způsobem implementovány do vnitrostátního práva. Tím ale vliv směrnic nekončí, naopak přetrvává a ovlivňuje výklad harmonizované vnitrostátní úpravy. Vliv práva Evropské unie přitom bude znatelnější v oblasti harmonizované úpravy, nelze však přehlížet ani na interakce s úpravou, která harmonizací dotčena není. S ohledem na zajímavé problémy, které se mimo harmonizovanou oblast v souvislosti se vzájemnou interakcí unijního a vnitrostátního práva objevu, bude tato kapitola zaměřena především na oblasti české úpravy nekalé soutěže, zatímco harmonizovaná vnitrostátní úprava nekalých obchodních praktik v zákoně o ochraně spotřebitele bude stát stranou hlavní pozornosti. Sledováno bude hledisko české úpravy a dopadů unijní úpravy na ni.

Právní úprava nekalé soutěže je v českém právním řádu obsažena v ustanovení § 2972 a násl. OZ, který ji definuje v § 2976 odst. 1 OZ obecně a v odstavci druhém specificky prostřednictvím výčtu jednotlivých skutkových podstat. Tato úprava byla přejata z původního obchodního zákoníku a doznala rekodifikací spíše změn dílčích⁶², ve srovnání se zásadními koncepčními změnami v ostatních právních oblastech. S ohledem na uvedené lze konstatovat, že oblast regulace nekalé soutěže představuje relativně stabilní část české soukromoprávní úpravy. Tato stabilita je dále zdůrazněna

⁶¹ Tato kapitola vychází z SEHNÁLEK, D. Vliv práva Evropské unie na interpretaci občanského zákoníku a ustanovení o nekalé soutěži. *Obchodněprávní revue*, Nakladatelství C.H. Beck, 2016, roč. 2016, č. 11–12, s. 318–324.

⁶² K tomu blíže viz ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku*. Praha: C. H. Beck, 2014.

přetrvávajícím vlivem starší judikatury a odborné literatury, která je i nadále uplatňována při výkladu relevantních ustanovení. Zachován totiž zůstává význam a odkaz prvorepublikové judikatury. Z pohledu původu právní úpravy je možno stávající regulaci nekalé soutěže členit na vlastní a cizí, kdy cizí je představována ustanoveními, jež jsou výsledkem transpozice směrnice 84/450 o klamavé reklamě.

Podrobnější zkoumání dílčích změn a odlišných formulací, které by mohly při aplikaci nového občanského zákoníku vést k jiným právním řešením, než by tomu bylo bývalo za platnosti obchodního zákoníku, by bylo samo o sobě náročným a obsáhlým úkolem. Tento rozbor nicméně není v této kapitole potřebný. Podstatné je konstatování, že právní úprava nekalé soutěže, jež je obsažena v občanském zákoníku, zůstává z hlediska věcného relativně nezměněna. Slovo „relativně“ je přitom zcela namístě. Tato stabilita je totiž jen zdánlivá, protože ve skutečnosti obsahově (významově) k jistým a na první pohled ne příliš patrným změnám došlo. Důvody jsou vnitřní a vnější. Relativně nedotčena zůstala též úprava nekalých obchodních praktik v českém zákoně o ochraně spotřebitele.

Vnitřní důvody změn v tuzemské právní úpravě vyplývají z nového hodnotového a zásadového ukotvení českého soukromého práva, které je zjevně odlišné od předchozí úpravy. Jsou zde ovšem též **důvody vnější**. Ty mají svůj původ v právu Evropské unie a zprostředkovány jsou především judikaturou Soudního dvora EU. Samozřejmě je s ohledem na to, že ke vstupu České republiky do Evropské unie došlo již v roce 2004, nelze považovat za faktor, který by byl zcela nový. Z pohledu občanského zákoníku je ale nutné je reflektovat stejně, jako tomu bylo za úpravy předchozí. Především úprava nekalé soutěže přitom na tento unijní rozměr v pozadí ve svém textu nijak výslovně nereagovala, což je ovšem s ohledem na dobu a podmínky jejího vzniku v zásadě pochopitelné. Bylo by ale logické, kdyby se tato skutečnost s přijetím nové úpravy změnila. Zákonodárce však patrně v úpravě nekalé soutěže význam unijní úpravy odmítl přímo přiznat. Důvody budou níže vysvětleny. Problém nicméně spočívá v tom, že interpretace příslušných ustanovení tohoto zákona musí přesto být podřízena právu Evropské unie všude tam, kde to samo předpokládá, a tedy i tehdy, kdy to z textu

českého zákona výslovně nevyplývá.⁶³ Tento unijní faktor v pozadí nicméně není v novém občanském zákoníku jakkoliv přímo patrný, a proto může být v aplikační praxi stávající stav matoucí. Možným negativním důsledkem a projevem popsaného nedostatku právní úpravy nekalé soutěže totiž může být snazší opomenutí unijního práva při výkladu a aplikaci práva českého. Nejde přitom o problém marginální či jen teoretický. V praxi se to stává (občas) i soudům vrcholným, u nichž lze informovanost a potřebné znalosti nutné ke správnému zohlednění unijního práva při aplikaci práva českého předpokládat nejspíše.⁶⁴

⁶³ Důvodů je více, je to povinnost loajality v tom nejobecnějším pojetí, povinnost dodržovat unijní právo tak, jak bylo interpretováno Soudním dvorem EU v užším pojetí, jakož i projev tzv. nepřímého účinku unijního práva na právo české v pojetí nejúžším. Nepřímý účinek byl dovozen Soudním dvorem EU rozhodnutí ze dne 10. dubna 1984. Sabine von Colson a Elisabeth Kamann proti Land Nordrhein-Westfalen. Věc 14/83, kde konstatoval, že: „Vnitrostátnímu soudu přislouží vykládat a uplatňovat právní předpisy přijaté za účelem provádění směrnice v souladu s požadavky Společenství v celém rozsahu, v němž mu vnitrostátní právo poskytuje určitý prostor pro uvážení.“ Tato povinnost byla dále upřesňována v řadě rozhodnutí, zejména je nutné zmínit rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. prosince 1993. Teodor Wagner Miret proti Fondo de garantía salarial. Věc C-334/92, kde bylo rozhodnuto, že „Zásada konformního výkladu se musí použít zejména tam, kde národní soud dovodí jako v této věci, že již existující ustanovení národního práva vyhovují požadavkům směrnice.“ a konečně též rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 5. října 2004. Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) a Matthias Döbele (C-403/01) proti Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV. Spojené věci C-397/01 až C-403/01 dále upřesnil, „...že vnitrostátní soud, jemuž byl předložen spor probíhající vylučně mezi jednotlivci, je při použití ustanovení vnitrostátního práva přijatých za účelem provedení povinností stanovených směrnicí povinen přihlídnout k veškerým pravidlům vnitrostátního práva a vykládat je v co možná největším rozsahu ve světle znění, jakož i účelu této směrnice, aby tak mohlo být dosaženo rozhodnutí, které je v souladu s cílem jí sledovaným.“, Nepřímý účinek je označován též jako eurokonformní výklad směrnic, nebo i povinnost loajálního výkladu. Povinnost eurokonformního výkladu je velmi dobře řešoucí i zahraniční literaturou uchopena, v podrobnostech proto odkazujeme na specializovanou literaturu, viz např. BETLEM, G. Zásada nepřímého účinku práva Evropských společenství. *EMP*, 1997, č. 5, s. 15 a násl.; BOBEK, M., BRÍZA, P., KOMÁREK, J. *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 145. KRÁL, R. Přímý účinek směrnice ES a jeho současné meze. *Jurisprudence*. 2007, č. 6, s. 3–8; ŠEHNALEK, D. Povinnost a limity (euro)konformního výkladu vnitrostátního práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2008, roč. 16, č. 1, s. 8–15; STEHLÍK, V., HAMUŽÁK, O., JIRÁSEK, J., BONČKOVÁ, H., PETR, M. *Unijní právo před českými soudy*. Praha: Leges. 2014, s. 97. ISBN 978-80-7502-040-6; TÝČ, V. K aplikaci sekundárního práva ES v členských státech. *EMP*, 1999, č. 4, s. 31 a násl.; BETLEM, G. The principle of indirect effect of Community law. *European Review of Private Law. Kluwer Law International*. 1995, roč. 3, č. 1, s. 1–19; TIMMERMANS, C. W. A. Directives: their Effect within the National Legal Systems. *Common Market Law Review. Kluwer Law International*, 1979, roč. 16, č. 4, s. 534–535.

⁶⁴ Řada příkladů takového opomenutí či nesprávné aplikace unijního práva ve vztahu k právu českému je obsažena v publikaci STEHLÍK, V., HAMUŽÁK, O., JIRÁSEK, J., BONČKOVÁ, H., PETR, M. *Unijní právo před českými soudy*. Praha: Leges, 2014.

Již bylo konstatováno, že právo Evropské unie problematiku nekalé soutěže na úrovni primárního práva nijak přímo nereguluje, což nezměnila ani Lisabonská smlouva. Samostatné ustanovení vyhrazené nekalé soutěži ve zřizovacích smlouvách tedy chybí. Již bylo rovněž naznačeno, že problematika je v právu Evropské unie přeci jen obsažena, a to v právu sekundárním. Budeme-li zcela konkrétní, pak prostřednictvím sekundárního práva je ve sledované oblasti regulována problematika nekalých obchodních praktik a klamavé reklamy s tím, že směrnice 2006/114 se dotýká primárně vztahů mezi podnikateli navzájem (úprava srovnávací reklamy však dopadá také na vztahy mezi podnikateli a spotřebiteli), zatímco směrnice 2005/29 dopadá především na vztahy podnikatelů se spotřebiteli. Toto rozdělení je nicméně v konečném důsledku marginální, jelikož prostřednictvím ochrany spotřebitele je nepřímou zajišťována též ochrana ostatních podnikatelů.⁶⁵ Obě úpravy se tak věcně i svým účelem doplňují. Oba předpisy mají dále vzato z hlediska metodologického společné to, že přímo určují obsah, a tedy i standard vnitrostátní úpravy.

Výše uvedenými směrnici se nicméně dosah uniijního práva v oblasti nekalé soutěže nevyčerpává. Významnou roli též hraje judikatura Soudního dvora EU vykládající ustanovení zřizovacích smluv, jež regulují svobodu pohybu zboží a služeb.⁶⁶ V jejím pojetí totiž ustanovení článků 34 a 56 Smlouvy o fungování EU. Kde jsou obě svobody v základu regulovány, tvoří limity obsahu vnitrostátního práva, a to i v oblastech, které obchod

⁶⁵ Což ostatně i sama směrnice o nekalých obchodních praktikách v článku 8 reflektuje.

⁶⁶ K oběma svobodám vnitřního trhu pro potřeby tohoto článku přistupujeme společně. Základní principy jejich fungování tak, jak byly definovány Soudním dvorem EU, totiž skutečně stejné jsou. V odborné literatuře je tento ostatně jev označován jako konvergence svobod. Je však nutné pamatovat na to, že jde jen o sblížení principů fungování jednotlivých institutů, nikoliv o unifikaci přístupu k svobodám vnitřního trhu. Pokud bychom se tedy zaměřili na konkrétní podmínky dovořených omezení těchto svobod, zjistíme důležitou odlišnost, ty jsou však z pohledu zkoumaného problému nevýznamné. K problematice konvergence, unifikace a výjimek viz JANSSENS, Ch. *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*. Oxford Studies in European Law. Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 23–24. Na rozdíl mezi přístupy Soudního dvora EU k jednotlivým svobodám upozorňuje též TRYFONIDOU, A. *What cant the Court's response to reverse discrimination and purely internal situations contribute to our understanding of the relationship between the 'restriction' and 'discrimination' concepts in EU free movement law?* [online]. [cit. 1. 2. 2016], případně též SHUIBHNE, N. *The Coherence of EU Free Movement Law: Constitutional Responsibility and the Court of Justice*. Oxford Studies in European Law. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 34 a násl.

mezi členskými státy jako takový přímo neregulují. Jak dokazuje judikatura Soudního dvora EU, projevují se tato rozhodnutí i v oblasti nekalé soutěže tím, že omezují vnitrostátního zákonodárce a zapovídají autonomně si ve sféře vlastní pravomoci nastavit standardy ochrany nekalé soutěže, pokud by mohly negativně ovlivnit obchod se zbožím či službami mezi členskými státy. V oblasti regulace nekalých obchodních praktik je situace jednodušší, prostor pro vnitrostátní úpravu a tím i negativní působení unijního práva s ohledem na úplnou harmonizaci této problematiky není dán.

Vliv práva Evropské unie se neomezuje jen na pozitivní působení zajišťované harmonizací a tedy určováním konkrétních standardů vnitrostátní úpravy, nebo na působení negativní, jež vyplývá z judikatury a stanoví limity tomu, co vnitrostátní právo smí upravovat. Pro úplnost je nutné připomenout též další, tedy již třetí způsob ovlivňování českého práva právem unijním, který je ovšem odlišný od předchozích tím, že je pouze zprostředkovaný, skrytý a souvisí velmi úzce s vlivem prvním. V dosahu evropským právem harmonizované úpravy je totiž nutné veškeré vnitrostátní právo interpretovat eurokonformně, tedy v souladu s unijní úpravou, to přirozeně platí též pro občanský zákoník a výklad jeho harmonizovaných ustanovení o nekalé soutěži. Nutno zdůraznit, že český občanský zákoník v této souvislosti dílčí úpravu obsahuje, její pochopení však vyžaduje jistou míru fantazie a znalostí. Občanský zákoník totiž stanoví, že „[k]aždé ustanovení soukromého práva lze vykládat jenom ve shodě s Listinou základních práv a svobod a ústavním pořádkem...“⁶⁷ Z textu je patrné, že v něm sice absentuje výslovné připomenutí nutnosti eurokonformního výkladu občanského zákoníku, což nicméně objasňuje důvodová zpráva, když uvádí, že poukazuje-li se na „ústavní pořádek, plyne z toho, vzhledem k čl. 10 a 10a odst. 1 Ústavy, že výklad ustanovení soukromého práva musí být konformní i s právem Evropské unie.“⁶⁸ Absence výslovného odkazu na unijní právo, jako referenční rámec

⁶⁷ Viz § 2 odst. 1 OZ.

⁶⁸ Významné komentáře k občanskému zákoníku problematiku nijak více neosvětlují a pohybují se v tomto ohledu na úrovni samotné úrovni důvodové zprávy. Viz např. MELZER, F., TĚGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 77; ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*. Praha: Wolter Kluwer ČR, 2014, s. 16; LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1 – 654) - Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 40-41.

pro výklad občanského zákoníku na první pohled nevádí, tato povinnost totiž vyplývá přímo z práva Evropské unie a její případné zakotvení do vnitrostátního práva nemá než deklaratorní charakter. Obdobně by se však dalo argumentovat i v případě požadavku ústavněkonformního výkladu občanského zákoníku, neboť i ten je nutný bez ohledu na to, zda je občanským zákoníkem výslovně deklarován, či nikoliv. S ohledem na zásadu právní jistoty, jakož i s ohledem na požadavek srozumitelnosti právní úpravy jejím adresátům by však citované ustanovení mělo být explicitním. Obsahuje-li tedy občanský zákoník ustanovení definující jeho interpretační rámec, pak by tento rámec měl být definován úplně a ne jen částečně, neboť to není systémové řešení. Důvod je ostatně i praktický, když povinnost eurokonformního výkladu mnohdy není plně reflektována a respektována ani vrcholnými českými soudy, tím spíše proto nebude na závalu její zdůraznění.⁶⁹

Z výše uvedeného vyplývá, že dopad unijního práva v oblasti nekalé soutěže na právo vnitrostátní je v konečném důsledku trojí. Vnitrostátní právo je jednak unijním právem obsahově předurčeno prostřednictvím harmonizačních směrnic. Zde tedy unijní právo působí aktivně, když požaduje a zároveň též více či méně konkrétně stanoví standard vnitrostátní právní úpravy určené k přímé aplikaci. Za aktivní lze považovat též třetí způsob, kterým je povinnost eurokonformního výkladu českého práva, neboť i on je nástrojem ovlivňování obsahu vnitrostátní úpravy a zároveň prostředkem soudcovského překonávání nedostatků, které vznikly v procesu implementace dotčených směrnic. Naproti tomu druhý popsany způsob působení unijního práva je odlišný. Unijní úprava totiž jeho prostřednictvím stanovuje limity vnitrostátnímu právu, aniž by byl určen či požadován nějaký konkrétní standard úpravy. Zde je tedy působení pasivní, neboť z unijního práva vyplývá jen zákaz určité úpravy tehdy, byla-li by překážkou intraunijního pohybu zboží či služeb.

⁶⁹ Řada příkladů takového opomenutí či nesprávné aplikace unijního práva ve vztahu k právu českému je obsažena v publikaci STEHLÍK, V., HAMULÁK, O., JIRÁSEK, J., BONČKOVÁ, H., PETR, M. *Unijní právo před českými soudy*. Praha: Leges. 2014; LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1 – 654) - Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 40–41.

Podrobnějšímu zkoumání musí být podroben vliv druhý, právě zde totiž může docházet ke vzniku závažných problémů, a to z důvodů, které budou v této části vysvětleny. Z povahy věci přichází v úvahu pouze tam, kde dosud úprava nebyla plně harmonizována (tzn. mimo oblast vlivu prvního a třetího).

I.3.2 Obrácená diskriminace jako nezamýšlený důsledek judikatury Soudního dvora EU

Dle článku 34 Smlouvy o fungování EU jsou mezi členskými státy zakázána opatření s obdobným účinkem, jako jsou množstevní omezení dovozu. Judikatura Soudního dvora EU, zejména výše uvedené případy Mars a Estée Lauder, pojem opatření interpretovala tak, že zahrnuje též národní úpravu excesivně bránící dovozu zboží z důvodu nepřiměřené ochrany před nekalou soutěží či z důvodu návazné ochrany spotřebitele. Obdobně omezení poskytování služeb mezi podnikatelem poskytujícím služby a jejich příjemce z jiného státu jsou zakázány článkem 56 Smlouvy o fungování EU a opět - i toto ustanovení je nutné interpretovat tak, že zahrnuje též excesivní a nepřiměřené národní předpisy chránící před nekalou soutěží. Podstatný je z našeho úhlu pohledu fakt, že obě ustanovení Smlouvy o fungování EU shodně předpokládají pro svou aplikaci existenci unijního prvku. V prvním případě je vyjádřen spojením „mezi členskými státy“, v případě druhém se hovoří o „jiném členském státě“, než je stát příjemce služeb.⁷⁰ A contrario tedy platí, že není-li unijní prvek přítomen, pak se uvedená ustanovení neaplikují a tedy se ani nemohou uplatnit limity vyplývající pro právo vnitrostátní z práva unijního tak, jak jsou vymezeny judikaturou Soudního dvora EU.⁷¹

Z pohledu Evropské unie slouží články 34 a 56 Smlouvy o fungování EU v některých případech jako prostředky eliminace vnitrostátních standardů, které mohou narušit cíle sledované Evropskou unií. Z pohledu opačného

⁷⁰ Uvedené tvrzení platí též pro řadu dalších ustanovení, které mají vazbu na vnitřní trh a jeho úpravu ve Smlouvě o fungování EU. Pohyb mezi státy je potom klíčový pro jejich aktivaci. Srov. SHUIBHNE, N. N. *The Coherence of EU Free Movement Law: Constitutional Responsibility and the Court of Justice. Oxford Studies in European Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 117 a násl.

⁷¹ Uvedené tvrzení neplatí absolutně. Aplikace unijního práva totiž může být rozšířena prostřednictvím odkazu na něj v právu vnitrostátním. Viz rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. října 2012. PUNCH GRAPHIX PREPRESS BELGIUM NV proti Belgische Staat. Věc C-371/11. ECLI:EU:C:2012:647 odst. 27.

tato ustanovení sice nebrání členským státům přijímat právní úpravu např. právě v oblasti regulace nekalé soutěže, mohou však v některých případech⁷² vyloučit její aplikaci. Těmito případy ovšem nebudou situace, ve kterých nebude přítomen unijní prvek, zde se vnitrostátní úprava použije v plném rozsahu.⁷³

Praktickým důsledkem působení ustanovení o svobodě pohybu zboží a služeb na vnitrostátní právo proto může být jev označovaný jako tzv. **obrácená diskriminace**,⁷⁴ kdy přísné ochranné požadavky vnitrostátního práva dopadají jen na subjekty (resp. zboží a služby) v daném státě, ale s ohledem na unijní právo a vnitřní trh se neuplatní na zboží⁷⁵ či služby⁷⁶ pocházející z jiných členských států. Výše uvedená judikatura Soudního dvora EU opět naznačuje, že tento problém není jen teoretický. Pokud by v případech Mars a Estée Lauder zboží nepocházelo z jiného členského státu, unijní právo by nemohlo být aktivováno. V obou případech by dotčené společnosti byly patrně neúspěšné a své zboží by uvést na trh nemohly.

Popsaný problém obrácené diskriminace je těž politicky citlivý, a to právě proto, že negativně dotčení přísnou vnitrostátní úpravou jsou pouze podnikatelé daného státu a nikoliv již podnikatelé zahraniční. To by patrně nevadilo, pokud by dotčení podnikatelé nebyli prostřednictvím vnitřního trhu v postavení přímé konkurence. Realita a normalita právní se zde střetává s realitou ekonomickou. Nutno zdůraznit, že unijnímu právu takové

⁷² K jednotlivým důvodům viz např. ŠIŠKOVÁ, N. a kol. *Evropské právo 2. Jednotný vnitřní trh*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 28.

⁷³ V případě nekalých obchodních praktik, budou-li považovány za prodejní modalitky ve smyslu případu Keck a Mithouard, vyloučení aplikace vnitrostátního práva nepřichází v úvahu.

⁷⁴ K fenoménu obrácené diskriminace v ryze vnitrostátních vztazích viz např. TRYFONIDOU, A. Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe. *Legal Issues of Economic Integration*. (2008) 35, Issue 1, s. 43–67.

⁷⁵ Srov. např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. února 1987. Státní zastupitelství proti Arthuru Mathotovi. Věc 98/86. ECLI:EU:C:1987:89, v němž Soudní dvůr EU konstatoval: „Účelem článku 30 Smlouvy je odstranit překážky dovozu zboží a ne zajistit, aby zboží domácího původu požívalo vždy stejného zacházení ve srovnání se zbožím z dovozu. Rozdíl v zacházení s takovým zbožím, který není způsobilý omezit dovozy nebo marketing dováženého zboží, není tímto ustanovením zakázán.“ (vlastní překlad autora).

⁷⁶ Viz rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 21. října 1999. Peter Jägerskiöld proti Torolfu Gustafssonovi. Věc C-97/98. ECLI:EU:C:1999:515, odst. 41 až 45.

rozlišování nevádí a nebrání mu.⁷⁷ Nejde tedy o porušení unijních ústavních principů či hodnot. Zákaz diskriminace obsažený v článku 18 Smlouvy o fungování EU totiž nemůže být uplatněn, jelikož je použitelný jen v rámci zřizovacích smluv, a tedy ne na ryze vnitrostátní situace bez unijního prvku.⁷⁸ Text dotčených ustanovení článků 34 a 56 Smlouvy o fungování EU je ostatně jasný. Extenzivním gramatickým ani teleologickým výkladem dopad těchto ustanovení na vztahy bez unijního prvku dovodit nelze.

Vrátíme-li se zpět k harmonizované úpravě, zde problémy tohoto druhu nevznikají a z povahy věci běžně ani vznikají nemohou. Vnitrostátní úprava v členských státech je uvedena do souladu s unijní, lze tedy vcelku důvodně předpokládat, že rozdíly mezi jednotlivými členskými státy ve standardu regulace nebudou.⁷⁹ V konečném důsledku proto nemůže dojít ani k aktivaci ustanovení zřizovacích smluv výše popsaným způsobem, jelikož ta je zapříčiněna právě rozdílnými vnitrostátními standardy úpravy. Pokud jde o vliv na výklad, pak platí, že unijní právo sice i zde na harmonizovanou vnitrostátní úpravu působí, a to prostřednictvím nepřímého účinku, výklad však bude z logiky věci ovlivňován nerozdílně, tedy stejně jak v situacích ryze vnitrostátních, tak i tam, kde je unijní prvek skutečně přítomen. Výskyt obrácené diskriminace je proto vyloučený, či přinejmenším nepravděpodobný. Může se tedy zdát, že harmonizace unijním právem je žádoucí, neboť eliminuje možné rozdílné zacházení se situacemi, kde je unijní prvek s těmi, kde přítomen není a ospravedlňovat tak akci ze strany Evropské unie. Tento přístup by ovšem byl chybný, nerespektoval by totiž stávající míru svěření pravomoci Evropské unii regulovat nekalou soutěž. Řešení je proto myslitelné jen prostřednictvím práva vnitrostátního.

Shrme-li uvedené, pak pro orgán aplikující občanský zákoník platí, že musí v důsledku působení unijního práva reflektovat požadavky unijního práva jak v harmonizovaných oblastech (konformní výklad), tak i tam, kde

⁷⁷ Srov. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. února 1987. Státní zastupitelství proti Arthuru Mathotovi. Věc 98/86. ECLI:EU:C:1987:89, odst. 9.

⁷⁸ Opačný závěr by znamenal extenzivní výkon pravomoci Evropské unie tam, kde svěřeny nebyly. Rovněž by byl v rozporu s principem subsidiarity, z něhož jednoznačně vyplývá požadavek řešit tyto záležitosti na odpovídající úrovni, kterou je s ohledem na čistě vnitrostátní lokalizaci vztahu úroveň vnitrostátního práva.

⁷⁹ Vznik významnějších rozdílností tak lze potenciálně předpokládat jen tam, kde je úprava ve směrnici skutečně jen rámcová či tam, kde směrnice stanoví standard minimální.

úprava harmonizovaná není (neaplikace rozporných ustanovení vnitrostátního práva⁸⁰). V jistém smyslu lze proto též konstatovat, že unijní právo představuje skryté pojitko mezi českou úpravou novou a původní. V harmonizované oblasti je toto spojení silnější, a to prostřednictvím požadavku standardu úpravy vyplývajícího ze směrnice 84/450 o klamavé a srovnávací reklamě a směrnice 2005/29 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu. Tento standard musel být obsažen jak dříve v obchodním zákoníku, tak i dnes v zákoníku občanském. Pojitkem je též povinnost eurokonformního výkladu, i ona zajišťuje, že česká právní úprava bude uplatňována dle požadavků a cílů stanovených unijním právem, tedy potenciálně stejně jak před občanským zákoníkem, tak i po jeho přijetí. Zároveň platí, že pojmy a instituty používané v novém občanském zákoníku nemají ryze jen ten význam, který je jim v dosahu tohoto zákona a českého práva připisován, ale promítá se do nich i představa unijního práva a jeho autoritativního vykladače, tedy Soudního dvora EU.

Unijní úprava ovšem nijak neřeší nastíněný problém obrácené diskriminace. Jak jsme viděli výše, stejně tak jej neřeší ani naše úprava v novém občanském zákoníku. Jdeme-li do důsledků, pak možnost vzniku obrácené diskriminace v praktické rovině znamená, že určitý právní vztah může být v podmínkách nového občanského zákoníku posuzován českými soudy na jeho základě a v kontextu práva Evropské unie rozdílně, přestože veškeré dílčí prvky tohoto vztahu budou jinak zcela totožné. Posouzení totiž bude odviset od toho, zda půjde o ryze vnitrostátní situaci, či nikoliv. Otázkou je, zda tento důsledek žádoucí, či zdá má být tolerován a lze-li mu nějak předejít.

Z politického hlediska je obrácená diskriminace nežádoucí proto, že jde prakticky pokaždé k tíži tuzemského podnikatele, zboží či služby. Právně lze samozřejmě argumentovat tak, že už samotný unijní prvek je sám o sobě

⁸⁰ Z judikatury Soudního dvora EU upřednostnění jednoho či druhého řešení nevyplývá. Ztotožňujeme se proto se závěry Břízy a Bobka, které preferují variantu konformního výkladu vnitrostátního práva před jeho neaplikací v důsledku přednostní aplikace unijního práva, jakkoliv takový postup nemáme za absolutní a jediný správný. Z pohledu zásady právní jistoty a předvídatelnosti práva totiž může být za určitých okolností žádoucí pořadí obou metod převrátit. Platit to bude zejména tam, kde by požadavek nepřímého účinku mohl vést k tzv. tvrdému nepřímému účinku Srov. BŘÍZA, P., BOBEK, M. Vymáhání unijního práva v České republice. *Bulletin advokacie*. 2011, č. 12, s. 29. K tvrdému nepřímému účinku viz STEHLÍK, V., HAMUŽÁK, O., JIRÁSEK, J., BONČKOVÁ, H., PETR, M. *Unijní právo před českými soudy*. Praha: Leges, 2014.

dostatečně odlišujícím faktorem, a že tudíž o diskriminaci nemůže být uvažováno. Popřeme tím obrácenou diskriminaci jako takovou, přesněji řečeno její podstatu spočívající v rozdílném zacházení. Při tomto pojetí může být zacházení se vztahem s unijním prvkem a bez unijního prvku rozdílné, neboť přítomnost či absence unijního prvku jsou dostatečně relevantní odlišností. Pak totiž i oba posuzované vztahy jsou vztahy odlišnými.

S tímto závěrem se nicméně neztotožňujeme. Nevidíme totiž rozumný důvod pro to, aby určité nekalosoutěžní jednání bylo v českých zemích přípustné jen kvůli tomu, že se jej dopustil zahraniční podnikatel, či proto, že se týká zahraničního zboží či služby, zatímco v případě vnitrostátního vztahu takové jednání zakazovat. Z pohledu praktického by akceptace tohoto přístupu byla návodem pro podnikatele a výsledkem by mohla být situace, kdy by výroba a podnikání mohly být účelově přesouvány do států s nižšími standardy právní úpravy. Důvod, proč takové řešení nepovažujeme za správné z pohledu právního, pak spočívá v tom, že právní úprava férové soutěže míří primárně právě na nekalosoutěžní chování, zatímco původ podnikatele, zboží či služby je pro ni zcela podružný. Z pohledu faktického (nikoliv právního!) proto unijní prvek logicky nemůže být dostatečně relevantním faktorem, který by ospravedlňoval rozdílné právní řešení jinak identické situace, týká-li se sám o sobě prvku vedlejšího. Naopak, je pouze nahodilým faktorem, který nadto může být vytvořen uměle a tedy i účelově.⁸¹ Hledat řešení v oblasti unijního práva však nelze, Evropské unii k tomu nebyly členskými státy svěřeny pravomoci. Zaměříme proto pozornost na právní řešení v právu českém.

I.3.3 Reakce vnitrostátního práva na problém obrácené diskriminace

Unijní právo sice řešení naznačeného problému nenabízí, nevyklučuje však možnou reakci ze strany práva vnitrostátního. V novém občanském zákoníku

⁸¹ Z judikatury Soudního dvora EU vyplývá, že se tato instituce účelově a uměle vytvořeným situacím s unijním prvkem nijak nebrání, vedou-li k uplatnění unijního práva. Viz např. rozhodnutí Soudního dvora EU (pléna) ze dne 19. října 2004. Kunqian Catherine Zhu a Man Lavette Chen proti Secretary of State for the Home Department. Věc C-200/02. ECLI:EU:C:2004:639 či Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 9. března 1999. Centros Ltd proti Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Věc C-212/97. ECLI:EU:C:1999:126.

se nabízí použití zejména ustanovení § 2 odst. 1 OZ, z něhož vyplývá povinnost jeho výkladu mimo jiné ve shodě se zásadami, na nichž spočívá. Je však otázkou, zda je touto zásadou i zásada ekvivalence ve smyslu rozvedení zákazu nediskriminace, a tedy stejného zacházení s týmiž situacemi? Máme za to, že ano. Další otázkou je, zda jsou situace, kdy jedna zahrnuje unijní prvek a druhá nikoliv, skutečně ekvivalentní. Zde již, a výše to bylo naznačeno, pochybnosti existují.

Dalším možným vodítkem k řešení by mohlo být ustanovení § 13 OZ, podle kterého „[k]aždý, kdo se domáhá právní ochrany, může důvodně očekávat, že jeho právní případ bude rozhodnut obdobně jako jiný právní případ, který již byl rozhodnut a který se s jeho právním případem shoduje v podstatných znacích.“⁸² Nastíněný problém s ekvivalencí se tím ovšem vrací, aniž by byl vyřešen. Konstatovat, že unijní prvek je z pohledu právního okolností marginální, by ovšem představovalo řešení prvoplánové, zjednodušující a bohužel i chybné.

V oblasti úpravy nekalé soutěže se dále nabízí použití § 2974 OZ, podle kterého platí, že českým osobám jsou, pokud se jedná o ochranu proti nekalé soutěži, postaveny na roveň zahraniční osoby, které se v České republice účastní hospodářské soutěže. Háček ovšem spočívá v tom, že toto ustanovení předpokládá řešení přesně opačné situace, než je námi definovaný problém. Zapovídá totiž uplatňování excesivních požadavků na zahraniční osoby, které nejsou požadovány po společnostech tuzemských. Je proto plně konformní s výše popsanou judikaturou Soudního dvora EU a požadavky unijního práva směrem k eliminaci překážek podnikání v České republice. Není již ale schopno pokrýt situace opačné, způsobené unijním právem, kdy v důsledku jeho působení je sice aplikace přísných českých standardů na zahraniční osoby jednající v nekalé soutěži vyloučena, zatímco její použití na osoby tuzemské není nijak dotčeno.

Odmítli jsme řešení, které se přímo nabízí. Totiž považovat situace s unijním prvkem i bez něj za ekvivalentní, což vyžaduje vysvětlení. Pokud domyslíme důsledky tohoto postupu, pak to bude znamenat, že v zájmu ekvivalentního

⁸² Problém konzistentního výkladu, jakož i ustanovení § 13 OZ je podrobně rozebírán v komentářích, odkazujeme proto v podrobnostech na ně. Viz MELZER, F., TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013, s. 77; ŠVESTKA, J., DVORÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*. Praha: Wolter Kluwer ČR, 2014, s. 236.

zacházení se všemi myslitelnými případy, které v praxi mohou nastat, by museli soudci aplikující právo srovnat úpravu v českém občanském zákoníku s úpravou nekalé soutěže ve všech ostatních členských státech za účelem identifikace té úpravy, která by se v případě s unijním prvkem uplatnila před úpravou českou, a která by zároveň představovala nejnižší standard ochrany, a byla by tak nejpříznivější z hlediska volnosti obchodu na unijním vnitřním trhu. To je evidentně nemyslitelné a jen obtížně proveditelné. Nadto by praktickým důsledkem bylo narušení mocenského rozdělení funkcí mezi orgány zákonodárné a soudní. Soudy by totiž svou rozhodovací činností nereflektovaly úpravu českou, přijatou českým zákonodárcem v rámci výkonu jeho zákonodárné pravomoci v oblasti jinak unijním právem nedotčené. Zároveň by to také znamenalo, že by naše soudy rozhodovaly pasivně podle úpravy zahraniční, která by tak dostávala přednost před úpravou českou. Jestliže je takový postup akceptovatelný, je-li zprostředkovan unijním právem za účelem zajištění fungování vnitřního trhu, lze jej jen těžko přijmout v situacích, kdy k tomu Českou republiku nic nenutí, za cenu rezignace na vlastní úpravu.

Za správné proto považujeme to řešení, které vychází primárně z české úpravy. V ryze vnitrostátních situacích by proto mělo být rozhodováno podle českého práva bez ohledu na fakt, že by stejná situace mohla být, obsahovala-li by unijní prvek, rozhodnuta jinak. Tento přístup pak nepovažujeme za nerovné či dokonce diskriminační zacházení, jelikož reflektuje postavení České republiky jako státu suverénního, tedy schopného nastavit si a prosazovat vlastní standardy právní úpravy. Uvedené ovšem neplatí absolutně. V situaci, kdy totiž některý ze soudů rozhodne pod vlivem unijního práva tak, že rezignuje na plné prosazení tuzemských standardů na ochranu proti nekalé soutěži, bude na místě dané řešení přehodnotit. Správným postupem totiž bude nové vyhodnocení možnosti interpretace dotčených ustanovení občanského zákoníku na ochranu proti nekalé soutěži. Pokud totiž umožní, při použití obvyklých a českému právu vlastních výkladových metod, dojít k interpretaci konformní s dřívějším řešením přijatým pod vlivem unijního práva, je dle našeho názoru zcela na místě změnit dosud uplatňovaný způsob výkladu těchto ustanovení, a tedy i judikaturu, odchýlit se tak od požadavku obsaženého v § 13 OZ, a napříště rozhodovat i v ryze vnitrostátních věcech obdobně.

I.3.4 Dílčí závěr

Důsledkem omezené regulace problematiky nekalé soutěže právem Evropské unie a její dílčí úpravy sekundárním právem je stále vcelku široký prostor pro zákonodárce národního, který tak může sám nastavit parametry jednání, které bude v daném státě považováno za nekalosoutěžní. Prostor v oblasti regulace nekalých obchodních praktik je naproti tomu omezený, a to v důsledku úplné harmonizace této problematiky unijním právem.

Unijní právo v současné době působí na vnitrostátní úpravu následovně:

1. negativně, přes pravidla zajišťující funkčnost vnitřního trhu. Tento vliv je pasivní, jelikož nevede k přímému stanovení standardu úpravy nekalé soutěže unijním právem;
2. pozitivně prostřednictvím určování standardu úpravy ve směrniciích. Tyto směrnice musí být následně implementovány do vnitrostátního práva. Tento vliv je aktivní, jelikož určuje standard úpravy platné v členských státech Evropské unie;
3. pozitivně prostřednictvím nepřímého účinku unijních směrnic na výklad vnitrostátního práva. Tento vliv je aktivní, protože stanoví úpravu, jež má být soudy aplikována.

Praktickým důsledkem negativního (pasivního) vlivu unijního práva je konkurenční postavení národních právních řádů a vznik situace označované jako „obrácená diskriminace“. K aktivaci konkurence mezi nimi dochází, pokud se zahraniční podnikatel, jeho zboží či služby dostanou do konfliktu s tuzemskými standardy, aniž by přitom porušovali standardy vlastní. Soudy řešící takové spory pak mají povinnost rezignovat na vnitrostátní představu o standardu regulace nekalé soutěže, což v konečném důsledku znamená, že věc posuzují nejenom podle unijního práva, ale pasivně též na základě zahraniční úpravy. To ale v konečném důsledku znamená vznik dvou právních režimů nekalé soutěže, neboť podnikatelé vnitrostátní z výhod unijního práva těžit nemohou, z pohledu vnějšího se proto může zdát, že jsou diskriminováni.

Řešením obrácené diskriminace přitom není považovat obě situace za stejné, neboť absence unijní pravomoci představuje odlišující prvek. Věcně se sice může zdát odlišností marginální, z pohledu kompetenčního ale musí být brán v potaz. Opačný závěr by totiž znamenal popření resp. omezení role

českého zákonodárce ve prospěch moci soudní. V okamžiku, kdy by však došlo v důsledku působení unijního práva ve věci s unijním prvkem k přijetí rozhodnutí, které je nestandardním řešením s pohledu českého práva a způsobu, jakým je dosud vykládáno, mají české soudy povinnost pečlivě prozkoumat, zda takové rozhodnutí není důvodem pro změnu výkladu českých ustanovení na ochranu proti nekalé soutěži. Výsledkem tak může být odklon od dosavadní judikatury, který ovšem nelze považovat za porušení ustanovení § 13 OZ. Dlužno dodat, že při komplexní harmonizaci by tyto problémy nevznikaly. Otázkou, a to politickou, ovšem je, zda je skutečně nezbytné Evropské unii další pravomoci svěřovat, když tyto situace budou spíše vzácné, jakkoliv judikatura Soudního dvora EU ukazuje, že ne nemožné.

II NEKALÁ SOUTĚŽ V EVROPSKÉ A S NÍ SOUVISEJÍCÍ ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ

Evropská unie v současné době nemá pravomoc regulovat komplexně nekalou soutěž obdobně, jako tak mohou činit prostřednictvím vlastního práva státy. Věcný záběr unijní úpravy nekalé soutěže proto nekorresponduje se záběrem úpravy této problematiky v § 2972 OZ a násl. Máme-li tedy sledovat systematiku české úpravy podle zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže, pak lze konstatovat, že právo Evropské unie v současné době upravuje pouze klamavou reklamu a srovnávací reklamu, nově pak též ochranu obchodního tajemství.

Úzkou souvislost s výše uvedenými oblastmi má právní unijní úprava nekalých obchodních praktik, zde ale není unijní úprava rozkročena do obou oblastí chráněných zájmů, tzn. ochrana není poskytována jak podnikatelům, tak i spotřebitelům, ale soustřeďuje se jen na druhé uvedené, zatímco podnikatelé jsou chráněni jen nepřímou. Ochrana před nekalými obchodními praktikami se nadto dotýká nejenom úpravy otázek jinak patřících do nekalé soutěže (např. řada zakázaných nekalých obchodních praktik se týká rovněž reklamy, zvlášť je-li klamavá, případně je postižitelná podle generální klauzule nekalé soutěže), ale též smluvního práva (obrana proti zneužívajícím smluvním podmínkám).

Přijata již byla Evropskou unií úprava, jejímž cílem bude zajistit ochranu obchodnímu tajemství, čímž se unijní regulace nekalé soutěže rozšířila o další oblast již regulovanou v rámci českého práva na ochranu proti nekalé soutěži. Přípravována je též úprava nekalých obchodních praktik mezi podnikateli, zatím jen v potravinářském dodavatelském řetězci. Zde je systematické řazení do oblasti nekalé soutěže v pojetí české úpravy sporné, či spíše zcela vyloučené a představitelná je spíše společná regulace s nekalými obchodními praktikami nebo formou zcela samostatného zákona. Je tomu tak proto, že se spíše než o úpravu vlastního soutěžního práva jedná o úpravu smluvních vztahů mezi podnikateli v určitém strukturálním postavení, kdy podstata úpravy spočívá v zákazu některých zneužívajících smluvních podmínek.

Co unijní úpravě naopak chybí, je obecná a všezahrnující⁸³ generální klauzule nekalé soutěže obdobná § 2976 odst. 1 OZ. I když, příměr by možná byl trefnější směrem k německému právu, které platnou unijní úpravu pokrývá v zásadě komplexně v rámci jednotné úpravy v UWG. Česká republika je naproti tomu příkladem země s dvojkolejnou úpravu rozlišující úpravu nekalé soutěže a úpravu nekalých obchodních praktik. Přestože německý jednokolejný model s sebou nese určitá rizika spojená s nutností uplatňovat diferenciovaný přístup k výkladu a uplatňování dotčených pravidel v závislosti na tom, zda je dotčen vztah spotřebitelský či nikoliv,⁸⁴ což ovšem z jednotné vnitrostátní úpravy nemusí být vždy patrné, považujeme jej za vhodnější, neboť lépe vystihuje společnou podstatu obou „kolejí“, právní úpravy. Český přístup naproti tomu představuje snazší řešení z pohledu implementace unijní úpravy a patrně usnadňuje i vlastní realizaci práva, ovšem cenou, která je za to placena, je přílišná kazuističnost úpravy, jakož i její rozsáhlost a do značné míry umělé rozdělování vztahů, jejichž podstata je ale v konečném důsledku společná.

II.1 Působnost unijní úpravy nekalé soutěže

Mnohé o současném unijním právu na ochranu proti nekalé soutěži a nekalých obchodních praktik vypovídá jeho historický vývoj, bylo by proto nesystémové jej v této publikace zcela opomenout. Patrná z něj bude rovněž osobní a věcná působnost dotčené úpravy, zejména směrnice 2006/114, jakož i metoda harmonizace, z níž tato směrnice vychází.

⁸³ Spojení „obecná a všezahrnující“ je použito zcela záměrně s ohledem na existenci tzv. velké generální klauzule a tzv. generálních klauzulí malých ve směrnici 2009/25. Tyto generální klauzule však nejsou srovnatelné s tou českou dle § 2976 odst. 1 OZ - za prvé z důvodu omezení jejich personálního dosahu jen vztahy mezi spotřebiteli a obchodníky (B2C), Za druhé z důvodu věcného omezení jen na oblast nekalých obchodních praktik. Všezahrnující charakter generální klauzule nekalé soutěže je patrný také z faktu, že v sobě dokáže „pohltnout“ i celou oblast nekalých obchodních praktik skrze nepojmenovanou skutkovou podstatu „porušení norem veřejného práva se soutěžním dopadem“. K tomu srov. ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 56 a násl.

⁸⁴ Srov. SCHULTE-NÖLKE, H., BUSCH, CH., s. 8. *Transposition, implementation and enforcement of the Directive concerning misleading and comparative advertising (2006/114/EC) and the Directive on unfair commercial practices (2005/29/EC)* [online] [cit. 16. 10. 2016].

Prvním předpisem, který byl přijat v této oblasti v právu Evropské unie, byla směrnice 84/450, jež zavedla pravidla společná pro klamavou reklamu na úrovni tehdejšího Společenství a přijata byla jako minimální standard, a to na základě článku 115 Smlouvy o fungování EU dle současného číslování.⁸⁵ Rozšíření věcného dosahu unijní úpravy měl zajistit nepřijatý návrh směrnice Rady týkající se srovnávací reklamy a o změně směrnice 84/450/EHS o klamavé reklamě, jež měl zajistit regulaci srovnávací reklamy, a to rovněž jako minimální standard.⁸⁶ Srovnávací reklama přijata na úrovni Evropské unie nakonec byla, a to směrnicí 97/55, jež měla vůči směrnici 84/450 povahu novely.⁸⁷

Směrnicí 97/55 nově přijatá úprava byla koncipována jako harmonizace úplná. Novelizací došlo k rozdělení dosud koncepčně jednotné úpravy do dvou větví,⁸⁸ což je patrné při srovnání článku 1 směrnice 84/450 v původním znění se zněním novelizovaným. Původně tento článek stanovil: „*Účelem této směrnice je chránit spotřebitele, osoby provozující obchod, živnost, řemeslo nebo vykonávající svobodné povolání, jakož i zájmy široké veřejnosti proti klamavé reklamě a jejím nekalým účinkům.*“ Po novelizaci směrnicí 97/55 bylo znění následující: „*Účelem této směrnice je chránit obchodníky proti klamavé reklamě a jejím nekalým účinkům a stanovit podmínky, za nichž je dovolena srovnávací reklama.*“⁸⁹ Jinými slovy **začíná se nově odlišovat, zda je úprava přijata k ochraně spotřebitele (zároveň i obchodníka) a pokud ano, pak je harmonizovaná úplně, nebo k ochraně obchodníka, kde se i nadále uplatňuje standard minimální.** Tento trend vyvrcholil přijetím směrnice 2005/29, která zajišťuje ochranu spotřebitele před nekalými obchodními praktikami, a to opět úplnou harmonizací. Přijetí směrnice 2006/114, jež nahradila předchozí úpravu ve směrnici 84/450 na tomto trendu nic nezměnilo, protože

⁸⁵ Článek 100 Smlouvy o založení Evropského hospodářského společenství.

⁸⁶ Viz článek 7 návrhu směrnice Rady týkající se srovnávací reklamy a o změně směrnice 84/450/EHS o klamavé reklamě.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ P. Hajn, hovoří o tom, že dochází „*k rozložení dosud jednotného komunitárního práva proti nekalé soutěži.*“ HAJN, P. *Komunitární a české právo proti nekalé soutěži*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 28.

⁸⁹ Aktuálně platné znění ve směrnici 2006/114 je identické se zněním novelizovaným.

tato směrnice v zásadě jen kodifikuje již existující úpravu v návaznosti na přijetí směrnice 2005/29, aniž by cokoliv měnila na přístupu k větvení úpravy nebo k metodě harmonizace.

Trend dále potvrzuje směrnice 2016/943, která do oblasti úpravy obchodního tajemství, tedy opět pro vztahy mezi obchodníky, zavádí minimální standardy. Přesto se ale domníváme, že v dlouhodobější perspektivě metoda úplné harmonizace zcela převládne. Za reálnou a uskutečnitelnou považujeme i možnost regulace problematiky nekalé soutěže unijními nařízeními.

Otázkou je, jaké praktické důsledky mají být pro soudy české dovozovány z faktu, že úprava nekalé soutěže mezi obchodníky je v unijním právu pojata jako standard minimální. Skutečností je, že tento fakt není významný jen pro zákonodárce, jak by se snad mohlo na první pohled zdát, ale právě též pro vnitrostátní soudy. Z pohledu aplikační praxe to znamená, že v rozsahu standardu převyšujícím minimální standard harmonizovaný, český soud nemusí za každou cenu uplatňovat výklad eurokonformní a tento vyšší standard český přizpůsobovat nižšímu standardu unijnímu. Naopak, může jej ponechat a aplikovat, avšak až po provedení testu jeho souladu s právem primárním. Bude-li se tedy jednat o zboží, musí být posouzeno, zda vyšší standard český, byť by jinak byl v souladu se směrnicí, není opatřením zakázaným článkem 34 Smlouvy o fungování EU, či v případě služeb článkem 56 téže smlouvy.⁹⁰

Co v současné době unijní i česká úroveň úpravy nekalé soutěže nezasaňuje, je oblast vztahů mezi spotřebiteli, respektive nepodnikateli navzájem (C2C).⁹¹ Přesto je tato oblast, která v souvislosti s rozšiřováním moderních technologií a elektronizací či „internetizací“ vztahů ve společnosti a lidských činnostech sblížuje svět obchodníků se světem osob nepodnikajících, tedy neprofesionálů. Stále častější využívání služeb jakou je Aukro, eBay a zvláště Uber, Airbnb vede k tomu, že řada činností dříve vyhrazených obchodníkům začíná být vykonávána neprofesionály. Již jsou testovány limity práva veřejného, zejména živnostenského, ale následovat zcela jistě bude i právo

⁹⁰ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 25. března 2004. Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH proti Troostwijk GmbH. Věc C-71/02.

⁹¹ Vztah mezi spotřebiteli je označován též jako vztah „C2C“ neboli vztah „consumer to consumer“.

soukromé a s ním nekalá soutěž. Přitom v současné době, přinejmenším pokud jde o unijní legislativu, nepřichází v úvahu možnost tyto nové vztahy pojímat jako vztahy mezi obchodníkem a spotřebitelem, tzn. stávající právní nástroje na ně nelze vztáhnout, a to přesto, že se neprofesionálové svou činností v některých případech dostávají na samu hranici toho, co je označováno unijními směrnici pojmem „obchodník“;⁹² obecně to totiž neplatí. Změna tohoto druhu však bude vyžadovat fundamentální změnu toho, co rozumíme hospodářskou soutěží.

Vrátíme-li zpět k realitě představované aktuální právní úpravou, lze konstatovat, že v ohnisku pozornosti Evropské unie v námi sledované oblasti v současné době leží protiprávní jednání obchodníka v hospodářské soutěži. Regulace nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik tedy v unijním právu není založena na přímé ochraně vlastnických práv, osobnostních, práv duševního vlastnictví či práv jim obdobných, ačkoliv zprostředkovaně je jednotlivými unijními nástroji také sledována.⁹³ Česká právní úprava tomuto pojetí koresponduje, což ostatně demonstruje i systematické řazení nekalé soutěže v občanském zákoníku. Další a již naznačenou charakteristikou je široké pojetí zahrnující též ochranu zájmů spotřebitele, která však v unijním právu projevuje výrazněji v té části regulace, která k ochraně obchodníků přímo neslouží (nekalé obchodní praktiky).

Právní úprava nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik v oblasti regulace reklamy je neutrální, pokud jde o vlastní obsah takové reklamy. V předchozím odstavci naznačený výchozí teoretický základ práva nekalé soutěže se proto uplatní i v jejím případě. Regulována je tedy reklamní praktika, jak ostatně z předchozího odstavce vyplývá, ne již ale reklama jako taková.⁹⁴ S věcnými požadavky unijního práva na obsah reklamy či dokonce s úplný zákaz určité věcně vymezené reklamy se v unijním právu přesto lze setkat, ovšem mimo samotný rámec nekalé soutěže a nekalých obchodních

⁹² Viz článek 2 písm. b) směrnice 2005/29 a článek 2 písm. d) směrnice 2006/114.

⁹³ K tomu obecně viz DYER, A. Unfair Competition in Private International Law. In: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1988 Vol. 211., s. 384 a násl.

⁹⁴ Právní úprava nekalé soutěže tedy nestanoví pozitivní obsahové požadavky na reklamu, nevyplyvá z ní, co a jak má být uvedeno, či které informace zmiňovány být nesmí, netýká se úpravy, provedení a dalších vlastností. Právní úprava proto dopadá stejně tak na reklamu na automobil, jako na reklamu služeb kupř. kadeřnického salonu. Regulovaná a zakázaná je pouze klamavost.

praktik.⁹⁵ Příkladem může být např. regulace a zákaz reklamy na tabákové výrobky.⁹⁶ Zvláštní pravidla byla přijata pro reklamu televizní⁹⁷ a reklamu na léčivé přípravky.⁹⁸

Výrazným trendem unijního práva je konstitucionalizace právní úpravy, kdy i na horizontální úrovni mají být prosazována základní práva, mezi něž patří dle článku 16 Listiny základních práv Evropské unie svoboda podnikání a dle článku 38 téhož předpisu ochrana spotřebitele. Obě hodnoty přitom nevnímáme jako kontradiktorní, ve skutečnosti se spíše vhodně doplňují. Proces konstitucionalizace ovšem probíhal v obou směrech, což dokazuje právě oblast nekalé soutěže a především nekalých obchodních praktik, kdy ochrana spotřebitele nejprve nalezla odraz ve směrnici 84/450, aby následně nalezla Jednotným evropským aktem cestu do Smlouvy o fungování EU v jejích člancích 114 a 169 a posléze byla zakotvena též v Listině základních práv Evropské unie.

II.1.1 Dílčí závěr

Právní úprava klamavé reklamy je v právu Evropské unie obsažena ve směrnici 2006/114 pokud jde o úpravu této nekalosoutěžní praktiky mezi obchodníky (B2B). Založena je na metodě minimální harmonizace, čímž umožňuje členským státům přijmout či ponechat si standardy přísnější. Zaměření unijní úpravy jen na vztahy mezi podnikateli v konečném důsledku znamená, že úprava klamavé reklamy jako jedné ze skutkových podstat nekalé soutěže v občanském zákoníku nepředstavuje její věrnou kopii, neboť se týká též vztahů spotřebitelských.

⁹⁵ Neplatí to absolutně. Klamavost reklamy věcně mimo úpravu nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik tak byla Soudním dvorem EU posuzována vůči unijní úpravě vajec nařízením Rady (EHS) č. 1907/90 ze dne 26. června 1990 o některých obchodních normách pro vejce (aktuálně upravené nařízením Rady (ES) č. 1028/2006 ze dne 19. června 2006 o obchodních normách pro vejce), a to v rozsudku Soudního dvora EU ze dne 16. července 1998. Gut Springenheide GmbH a Rudolf Tusky proti Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung. Věc C-210/96.

⁹⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/33/ES ze dne 26. května 2003 o sblížení právních a správních předpisů členských států týkajících se reklamy na tabákové výrobky a sponzorství souvisejícího s tabákovými výrobky.

⁹⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/13/EU ze dne 10. března 2010 o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících poskytování audiovizuálních mediálních služeb (směrnice o audiovizuálních mediálních službách).

⁹⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/83/ES ze dne 6. listopadu 2001 o kóde-xu Společenství týkajícím se humánních léčivých přípravků.

II.2 Klamavá reklama podle směrnice 2006/114 a občanského zákoníku

Oblast klamavé reklamy představuje relativně neproblematickou oblast unijní regulace nekalé soutěže, a to hned z několika důvodů. Tato oblast je tradičně a dlouhodobě součástí vnitrostátních právních řádů a o jejím účelu a smyslu dnes nikdo nepochybuje. Unijní právo nevytvářelo koncepty zcela nové, neověřené, ale budovalo na teoretickoprávních základech již ve vnitrostátních právních řádech existujících.⁹⁹ Tím se oblast nekalé soutěže a regulace klamavé reklamy liší od úpravy nekalých obchodních praktik. Na nutnosti regulovat tuto problematiku se členské státy ostatně jednomyslně shodly již v osmdesátých letech¹⁰⁰ a metoda minimální harmonizace k dosažení konsenzu nepochybně přispěla. Minimální harmonizace nebrání ponechání vyšších vnitrostátních standardů ochrany, čímž se eliminoval možný právní i politický tlak na národní zákonodárce, jejich politiky a také soudnictví. Pokud již k problémům v oblasti reklamy dochází, pak je to spíše v návaznosti na pohyb zboží a služeb v případě vnitrostátních zákazů reklamy. Dokazuje to i judikatura zmiňovaná v první kapitole této publikace, zejména případy *De Agostini* a *Gourmet*. Ostatně, aby mohla být reklama označena za klamavou, musí nejprve být vůbec nějaká reklama přípustná.

Jakkoliv je jedním z cílů ochrany před klamavou reklamou ochrana spotřebitele, je úprava klamavé reklamy úzce spjata s regulací nekalé soutěže a jednáním obchodníků. Ochrana spotřebitele proto není jejím cílem jediným a výlučným, což snižuje pravděpodobnost střetu rozdílných představ o nutné úrovni ochrany spotřebitele existující mezi členskými státy. Problémy vzniklé v oblasti vnitrostátního práva, jež přesahuje minimální harmonizovaný standard, jsou primárně záležitostí vnitrostátního práva.

Z pohledu unijního práva považujeme za významné zejména tři základní otázky, a to:

1. vymezení reklamy,
2. identifikaci kritérií posuzování klamavosti reklamy
3. vymezení referenčního kritéria pro posouzení její klamavosti.

⁹⁹ Srov. HAJN, P. *Komunitární a české právo proti nekalé soutěži*. 1. vyd. Brno: Masarykova universita, 2010, s. 28.

¹⁰⁰ Legislativní postup dle článku 115 Smlouvy o fungování EU vyžaduje jednomyslnost při hlasování v Radě.

II.2.1 Vymezení reklamy a reklamy klamavé

Směrnice 2006/114 vymezuje reklamu jako „každé předvedení související s obchodem, živností, řemeslem nebo svobodným povoláním, jehož cílem je podpora odbytu zboží nebo poskytnutí služeb, včetně nemovitostí, práv a závazků.“¹⁰¹ Občanský zákoník v úpravě nekalé soutěže pojem reklama nevymezuje, pouze definuje, co se rozumí reklamou klamavou. Reklama je v českém právu definována v § 1 ZRR jako „oznámení, předvedení či jiná prezentace šířené zejména komunikacími 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.“ Přes formulační odlišnosti je implementace směrnice korektní. Určité pochybnosti může vzbuzovat pojem „předvedení“, což bude osvětleno dále.

Za klamavou označuje směrnice 2006/114 každou reklamu, „která jakýmkoli způsobem, včetně předvedení, klame nebo pravděpodobně může klamat osoby, kterým je určena nebo které zasáhne, a která pro svůj klamavý charakter pravděpodobně ovlivní jejich ekonomické chování, nebo která z těchto důvodů poškodí nebo může poškodit jiného soutěžitele.“¹⁰² Občanský zákoník definuje klamavou reklamu v § 2977 jako reklamu, která „souvisejí s podnikáním nebo povoláním, sleduje podpořit odbytu movitých nebo nemovitých věcí nebo poskytování služeb, včetně práv a povinností, klame nebo je způsobila klamat podáním nebo jakýmkoli jiným způsobem osoby, jimž je určena nebo k nimž dospěje, a tím i zřejmě způsobila ovlivnit hospodářské chování takových osob.“¹⁰³ Nutno souhlasit s P. Hajnem,¹⁰⁴ který upozorňuje na definici v kruhu ve vymezení klamavé reklamy, platí to přitom pro obě úpravy, jak unijní, tak i českou (klamavou reklamou je reklama která klame...). Již se ale neztotožňujeme s jeho pochybnostmi o vhodnosti českou úpravou používaného termínu „podání“ tam, kde česká verze směrnice hovoří o „předvedení“. Je sice pravdou, jak P. Hajn uvádí, že „předvedení“ může být též předváděcí akce, zatímco synonymem slova „podání“ může být též slovo „prezentace“,

¹⁰¹ Viz článek 2 písm. a) směrnice 2006/114.

¹⁰² Viz článek 2 písm. b) směrnice 2006/114.

¹⁰³ K rozboru nové české úpravy a jejích jednotlivých znaků viz též VEČERKOVÁ, E. In: VEČERKOVÁ, E., SELUCKÁ, M., DUDOVÁ, J. a kol. *Společensko-právní aspekty ochrany spotřebitele a jeho zdraví*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, s. 96 a násl.

¹⁰⁴ Viz § 2985 OZ, HAJN, P. In: ŠVESTKA, J., DVORÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*. Praha: Wolter Kluwer CZ, 2014, s. 1178.

příslušné pojmy je však nutné chápat ve vztahu k unijnímu právu. Prosté jazykové srovnání článku 2 písm. b) směrnice 2006/114 mezi jednotlivými jazykovými verzemi zde není příliš návodné. Kontextuální výklad ve vztahu k definici reklamy ve směrnici 2006/114 však napovídá, že občanskoprávní pojem „*podání*“ je ve výsledku přesnějším termínem, než jaký používá česká jazyková verze směrnice 2006/114, a rozuměn má být ve smyslu **způsobu sdělení (způsobu komunikace)** reklamy od obchodníka ke spotřebiteli. Důvod nevhodnosti české jazykové verze směrnice 2006/114 spatřujeme v tom, že definice reklamy je ve směrnici provedena prostřednictvím téhož slova. Ve výsledku, spojíme-li definici reklamy v článku 2 písm. a) s definicí reklamy v písm. b) téhož článku směrnice 2006/114 do jednoho tvrzení, pak nám ustanovení článku 2 písm. b) směrnice 2006/114 sděluje, že „klamavá reklama“ je každé klamavé **předvedení**, které jakýmkoliv způsobem, včetně **předvedení** klame...“. Je to vymezení, která nedává smysl. Jak však uvádí D. Ondřejová,¹⁰⁵ uvedené výklady se de facto jeví jako zbytečné, když české spojení „podání nebo jakýkoli jiný způsob“ ve skutečnosti znamená možnost prezentace reklamy „jakkoliv“, tedy širším výrazem „jakýmkoli jiným způsobem“, tedy nikoliv právě oním „podáním“.¹⁰⁶

Dílčí pochybnosti může vzbuzovat použití slova „*zřejmé*“ v české definici klamavé reklamy, tam, kde unijní úprava používá slovo „*pravděpodobně*“. I zde však máme za to, že problémy lze odstranit interpretací a není nezbytně nutná legislativní změna. Máme totiž za to, že **správný význam slova „zřejmé“ v českém jazyce se blíží spíše významu „očividné“ či „zjevné“** a že použití tohoto termínu ve významu „*pravděpodobně*“ je hovorové.

Pojem „*pravděpodobně*“ naznačuje určitou nejistotu, takto však směrnice nemohla být myšlena.¹⁰⁷ Systematickým výkladem, při zohlednění článku 5 odst. 3 směrnice 2005/29 lze totiž dovést, že o prostou potencialitu skutečně nejde, ale že měl unijní zákonodárce úmysl nastavit určitou mez, která musí být překročena. Slovo „*pravděpodobně*“ použité směrnici proto musí být

¹⁰⁵ K tomu srov. ONDŘEJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 94.

¹⁰⁶ Blíže viz Ondřejová, D. Klamavá reklama v (novém) občanském zákoníku. *Právní rozhledy*, 2015, č. 5, s. 159 a násl.

¹⁰⁷ Což na první pohled nemusí být patrné, neboť takové pojetí odpovídá pouhé potencialitě újmy v oblasti nekalé soutěže podle generální klauzule.

chápano jako materiální kritérium, bez jehož splnění se o zakázanou klamavou reklamu nebude jednat. V článku 5 odst. 3 směrnice 2005/29 se totiž ve vztahu ke klamání zvláště zranitelných spotřebitelů (viz část IV) stanoví, že nekalými a tudíž zakázanými praktikami, mezi něž klamavá reklama rovněž patří, nejsou „*dotčeny běžné a oprávněné reklamní praktiky zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně.*“ Jak P. Hajn¹⁰⁸ trefně uvádí, je-li dovolena určitá nadsázka u osob zvláště zranitelných, nutně musí být přípustná i obecně. Výklad vztahující se k P. Hajna k otázce ovlivnění hospodářské chování osob, jimž je klamavá reklama určena, je proto věcně zcela správný a platí analogicky též pro definici unijní.¹⁰⁹

Ne zcela správná je naproti tomu definice obsažená ve směrnici, slovo „*pravděpodobně*“ zde není na místě. Problémy však v praxi nevzniknou (v české soudní praxi se vychází především z českého znění, které problematické není) a na unijní úrovni lze pochybnosti odstranit srovnáním jazykových verzí, či ještě lépe již zmíněným systematickým výkladem.

Výše uvedené závěry potvrzuje též odborná literatura a rovněž judikatura Soudního dvora EU, která bude dále v této práci podrobně rozebrána (část III. kapitola 5). Na tomto místě postačí prosté konstatování, že ve věci Nissan¹¹⁰ Soudní dvůr EU zdůraznil, že ve spotřebitelských věcech (B2C) bude reklama považována za klamavou pouze tehdy, pokud bude způsobila ovlivnit nebo pokud ovlivní chování a rozhodování u podstatné části spotřebitelů,¹¹¹ jinak řečeno, pokud je **zřejmě** způsobila ovlivnit hospodářské chování takových osob. Analogicky takový závěr musí být tím spíše platný též pro vztahy mezi obchodníky (B2B).¹¹²

Tím jsme se dotkli další otázky, která nesmí být při výkladu klamavé reklamy v této části publikace opomenuta. Ke směrnici 2005/29 a směrnici 2006/114 totiž nelze přistupovat izolovaně, nutno je uplatňovat výklad souladný, což

¹⁰⁸ Viz § 2985 OZ, HAJN, P. In: ŠVESTKA, J., DVORÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I.* Praha: Wolter Kluwer, a. s., 2014, s. 1178.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. ledna 1992. Trestní řízení proti X. Věc C-373/90.

¹¹¹ Keirsbilck, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law.* Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 73.

¹¹² Vztah mezi podnikateli je označován též jako vztah „B2B“ neboli vztah „business to business“.

v praxi znamená, že stejným pojmům v obou směrnících je nezbytné přisuzovat stejný význam. Klamavá reklama je po splnění podmínek stanovených ve směrnici 2005/29 považována za nekalou obchodní praktiku a tudíž vůči spotřebiteli zakázána, k čemuž existuje poměrně rozsáhlá judikatura Soudního dvora EU, ale i českých soudů. Reklama, která takto byla zakázána, musí nutně být považována za klamavou a tudíž nepovolenou též dle směrnice 2006/114, ochrana spotřebitele před klamáním je totiž touto směrnicí prostřednictvím regulace nekalé soutěže mezi obchodníky v konečném důsledku rovněž zajišťována. V podrobnostech proto odkazujeme na příslušnou kapitolu této publikace a v ní obsažené charakteristiky klamavosti.

Odhlédneme-li od problémů souvisejících s přenosem textu směrnice do vnitrostátního práva a vrátíme se zpět k vlastní definici reklamy, lze konstatovat, že zahrnuje tři prvky:

- a) předvedení,
- b) šíření v souvislosti s obchodní činností a
- c) podporu odbytu.

Ad a) předvedení:

Na výkladové problémy s pojmem „*předvedení*“ při definici klamavé reklamy bylo výše upozorněno. V dosahu definice reklamy jako takové je proto nutné pojem „*předvedení*“ chápat ve smyslu „*sdělení*“, tedy, ne tedy ve způsobu komunikace, jak je to myšleno v případě pojmu „*předvedení*“ v definici klamavé reklamy, ale jako postihnutí faktu, že komunikace, resp. sdělování určité informace vůbec probíhá. Kupř. verze anglická a ještě zřetelněji německá v definici reklamy a klamavé reklamy obě slova odlišuje, slovenská již nikoliv. Jinými slovy vyjádřeno, v případě definice obsažené v článku 2 písm. a) směrnice 2006/114 ***se reklamou rozumí obecný koncept „sdělení“ ve smyslu přenosu znaků a informací z jednoho subjektu na druhý.***¹¹⁵ Generální advokát Mengozzi dále pojem „sdělení“ konkretizoval tak, že jej rozčlenil na dílčí prvky, mezi něž patří:

1. emitent neboli systém (objekt nebo subjekt), který přenáší zprávu
2. příjemce neboli adresát, který přijímá a vstřebává informaci,

¹¹⁵ Srov. stanovisko generálního advokáta - Mengozzi - 21 března 2013. Belgian Electronic Sorting Technology NV proti Bert Peelaers a Visys NV. Věc C-657/11, odst. 31.

3. kanál neboli prostředek, kterým je zpráva předána nebo přijata,
4. kontext neboli situace, do které komunikační akt zapadá (a ke které se vztahuje),
5. formální kód neboli systém znaků, který umožňuje komunikační činnost,
6. pravdivá a skutečná zpráva neboli obsah toho, co má být sděleno.¹¹⁴

Aplikace tohoto konceptu „sdělení“ na praktické situace vysvětluje, proč kupř. Soudní dvůr EU dospěl k závěru, že o reklamu půjde též v případě používání domény, zatímco reklamou nebude její prostá registrace bez jakéhokoliv dalšího jejího využití,¹¹⁵ reklamou ze stejných důvodů bude též používání metatagů v metadatech určité internetové stránky.¹¹⁶ Podobně i Nejvyšší soud dovodil, že za reklamu bude možno považovat též internetové stránky, a to i tehdy, když krom obchodníkovy prezentace fungují též jako webový obchod, tedy formálně vzato jako obdoba „kamenné provozovny“.¹¹⁷

Ad b) šíření v souvislosti s obchodní činností:

Podle generálního advokáta Mengozziho¹¹⁸ odkaz na okolnost, že sdělení musí být šířeno, může naznačovat, že takové sdělení musí být v rámci obchodní činnosti zaměřeno neosobně na veřejnost pomocí takových prostředků k přenosu informací, které je mohou doručit neurčitému počtu osob. Reklamou proto není sdělení mezi dvěma osobami a zároveň jí nebude ani sdělení osobní povahy.

¹¹⁴ Ibidem, odst. 32.

¹¹⁵ Slovy generálního advokáta Mengozziho: „V případě zpřístupnění webové stránky se domnívám, že lze identifikovat emitenta, a sice subjekt, který zpřístupní stránku na adrese odpovídající názvu domény, příjemce, a sice uživatele, který se připojí na stránku zadáním názvu domény do prohlížeče, jakož i zprávu, a sice obsah webové stránky, který může mít propagační účel ve smyslu uvedeném v předcházejícím bodě 35. Kanálem používaným pro přenos zprávy je počítač, který se připojí k internetové síti. Formální kód se skládá ze psaných, vizuálních nebo zvukových znaků používaných pro přenos zprávy prostřednictvím internetové stránky. Kontext závisí na každé konkrétní situaci.“ Viz stanovisko generálního advokáta - Mengozzi - 21 března 2013. Belgian Electronic Sorting Technology NV proti Bert Peelaers a Visys NV. Věc C-657/11, odst. 55.

¹¹⁶ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 11. července 2013. Belgian Electronic Sorting Technology NV proti Bert Peelaers a Visys NV. Věc C-657/11.

¹¹⁷ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. září 2015 sp. zn. 1 As 38/2015.

¹¹⁸ Viz stanovisko generálního advokáta - Mengozzi - 21 března 2013. Belgian Electronic Sorting Technology NV proti Bert Peelaers a Visys NV. Věc C-657/11, odst. 34.

Ad c) podpora odbytu:

Podpora odbytu může být zajišťována jak přímo, a to podporou určitého konkrétního zboží, služby nebo ochranné známky, kdy cíl takové podpory je zřejmý, tak i nepřímo kdy je podpora zajišťována např. prostřednictvím tzv. institucionální reklamy, jejímž úkolem je zvýšit povědomí o obchodníkovi jako takovém, či zlepšit jeho vnímání veřejností.¹¹⁹ Příkladem takové reklamy jsou sdělení typu „*Společnost XY pomáhá...*“ či předvánoční přání a novoroční přání v médiích.

O reklamě dále platí, že sama o sobě svou podstatou nebude omisivní, jakkoliv patrně lze dovozovat, že v určitých případech, mlčí-li se o určitém výrobku či službě, pak to může znamenat záměr, totiž že je daný výrobek či služba vysoce exkluzivní a tudíž nedostupná masám. Naproti tomu reklama klamavá již bude myslitelná jak komisivní, tak i omisivní. Obsahem je reklamy je totiž určitá informace o výrobku, službě či obchodníkovi a tato informace může být předána nepravdivě, nebo též nekvalitně, tzn. zavádějícím způsobem nebo s vynecháním určité závažné části, jež by jinak uvedena být měla, aby reklama nebyla nepravdivou či zavádějící.

Na závěr této části považujeme za nutné zdůraznit to, že výše vymezená klamavá reklama je směrnicí 2006/114 zakázána již sama o sobě, tzn. bez jakékoliv vazby na reklamu srovnávací, jež je touto směrnicí rovněž upravena. Opak byl dovozován jednou ze stran sporu ve věci Posteshop,¹²⁰ a to na základě italské jazykové verze směrnice 2006/114 a znění odstavce 3 preambule a článku 5 této směrnice. Italské znění v obou případech hovoří o klamavé a srovnávací reklamě, jako o jevu, který narušuje hospodářskou soutěž a který má být postihován. Na základě použití slučovací spojky „a“ proto společnost Posteshop dovozovala, že obě podmínky musí být splněny kumulativně, tzn. že reklama musí být klamavá a zároveň srovnávací. Že tomu tak není lze prokázat již prostým srovnáním jazykových verzí, které na stejném místě používají spojku s významem „nebo“.

¹¹⁹ Ibidem, odst. 35.

¹²⁰ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 13. března 2014. Posteshop SpA - Divisione Franchising Kipoint proti Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a Presidenza del Consiglio dei Ministri. Věc C-52/13.

II.2.2 Kritéria posuzování klamavosti reklamy

Směrnice 2006/114 v článku 3 poskytuje vodítka, která mají být vzata v potaz při posuzování klamavosti reklamy. Podle tohoto ustanovení je reklama klamavá pokud její celkový kontext a informace v ní obsažené mohou klamat o:

- a) povaze zboží a služeb,
- b) ceně zboží a služeb a podmínek dodání¹²¹ nebo
- c) osobě zadavatele reklamy.

Tento výčet je demonstrativní, nejsou tedy vyloučeny jiné charakteristiky a znaky (např. povaha osoby příjemce reklamy) podle nichž bude klamavost určité reklamy určena. Ty mohou být vnitrostátním zákonodárcem zakotveny do vnitrostátního práva. Zejména je pak nutné zdůraznit, že s ohledem na minimální standard úpravy vůbec není vyloučeno, aby reklama, která dle směrnice 2006/114 za klamavou považována nebude, měla takový charakter a tudíž byla zakázána dle práva vnitrostátního,¹²² unijní právo stanoví jen minimální kritéria klamavosti.¹²³

Ad a) povaha zboží a služeb:

Směrnice 2006/114 v článku 3 a) uvádí, že při posuzování klamavosti je nutné vzít v potaz vlastností zboží a služeb, jejich dostupnost, charakter, provedení, složení, výrobní postup a datum výroby nebo dodávky, účel použití, možnosti použití, množství, specifikace, země původu nebo země výroby nebo očekávané výsledky použití, nebo výsledky a podstatné části zkoušek nebo prověrek provedených na zboží nebo službách. Příkladem klamání o povaze zboží z rozhodovací praxe Soudního dvora EU může být situace ve věci Nissan, kdy obchodník inzeroval zboží jako nové, ač již bylo v jiném členském státě zaregistrováno a tudíž formálně nové nebylo (podotýkáme,

¹²¹ Česká úprava patrně logičtěji cenu a podmínky dodání rozděluje, cena a způsob určení je stanovena § 2977 odst. 2 písm. b) OZ a podmínky, za nichž se zboží dodává nebo služba poskytuje v § 2977 odst. 2 písm. c) OZ. K jednotlivým podmínkám viz též. ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 97–101.

¹²² Srov. argumentaci v rozsudku Soudního dvora EU ze dne 25. března 2004. Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH proti Troostwijk GmbH. Věc C-71/02, odst. 32 a 33.

¹²³ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 13. prosince 1990. Pall Corp. proti P.J. Dahlhausen & Co. Věc C-238/89, odst. 22.

že Soudní dvůr EU přesto klamavost takové reklamy s ohledem na materiální stránku neshledal).¹²⁴ Jiným příkladem může být již citované rozhodnutí Estée Lauder, kde mělo být klamáno v Německu použitím označení Clinique pro kosmetiku bez jakýchkoliv lékařských účinků za stavu, kdy stejně znějící slovo Klinik v němčině souvislost s medicínou zřetelně má,¹²⁵ dále případ Mars ve vztahu k velikosti reklamního pruhu a skutečnému zvětšení výrobku (poměrem podstatně menšímu).¹²⁶

V podmínkách vnitřního trhu, s ohledem na široké možnosti dovozu zahraničních výrobků, nebude výjimečným způsobem reklamního klamání uvádění nepravdivých nebo zavádějících údajů o původu zboží ve snaze vyvolat dojem, že zboží je tuzemským a proto údajně kvalitnějším. Povinnost uložená obchodníkům vnitrostátním právem uvádět na svém zboží jeho původ je sice až na výjimky zejména v oblasti potravin považována unijním právem za překážku obchodu zakázanou článkem 34 Smlouvy o fungování EU, dobrovolné uvádění původu zboží obchodníkem naopak nevádí, nesmí ale být klamavé.

Ad b) *cena zboží a služby a podmínky dodání:*

Pokud jde o cenu zboží, sledované vlastnosti jsou dle článku 3 písm. b) směrnice 2006/114 zejména výše ceny, nebo způsob, jakým je cena vypočtena, a podmínek, za kterých je zboží dodáváno nebo služby poskytovány. Příkladem z rozhodovací praxe Soudního dvora EU může být případ Troostwijk,¹²⁷ který se týkal reklamy na prodej zboží původně touto společností zakoupené v insolvenčním řízení a na tuto skutečnost bylo v reklamě rovněž upozorňováno. Spotřebitel mohl nabýt dojmu, že kupuje zboží přímo z majetkové podstaty a tudíž levněji přesto, že v jeho ceně již musel být započítán zisk dotčené společnosti. Jiným příkladem může být uvádění

¹²⁴ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. ledna 1992. Trestní řízení proti X. Věc C-373/90.

¹²⁵ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 2. února 1994. Verband Sozialer Wettbewerb eV proti Clinique Laboratoires SNC a Estée Lauder Cosmetics GmbH. Věc C-315/92.

¹²⁶ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 6. července 1995. Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. proti Mars GmbH. Věc C-470/93.

¹²⁷ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 25. března 2004. Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH proti Troostwijk GmbH. Věc C-71/02.

ceny bez daně z přidané hodnoty v rámci výčtu jiného zboží, jehož cena tuto daň zahrnuje, když klamání spočívá ve vzniku dojmu, že cena je nižší, než ve skutečnosti.¹²⁸

Ad c) osoba zadavatele reklamy:

V tomto případě jde dle článku 3 písm. c) směrnice o údaje týkající se podstaty, charakteristických rysů či právě zadavatele reklamy, jako je jeho totožnost a majetek, způsobilost a práva průmyslového a duševního vlastnictví, práva nebo jeho ocenění a vyznamenání. Příkladem takové reklamy jsou zejména ty situace, kdy se obchodník snaží vyvolat dojem, že je něčím více buď odkazem na autoritu, ať již existující nebo uměle či účelově vytvořenou, případně předstíráním propojení s orgány veřejné moci. Jiným příkladem mohou být sdělení, které se tváří jako objektivní či vyvážené zpravodajství.¹²⁹ Problémem s tímto druhem klamání spojeným je to, že cíl takové reklamy ztrácí svou ostražitost a má tendenci k takto získaným informacím přistupovat s menšími pochybnostmi a větší důvěrou.

Otázkou samozřejmě také je, kdo konkrétně, přesněji řečeno, který soud posoudí naplnění výše uvedených kritérií v konkrétních případech. V úvahu přichází dvě možnosti, buďto soud národní, který o dané věci rozhoduje, nebo Soudní dvůr EU v řízení o předběžné otázce podle článku 267 Smlouvy o fungování EU. Skutečností pak je, že dle tohoto ustanovení je Soudní dvůr EU oprávněn pouze zajišťovat výklad (a v některých případech posuzovat platnost) práva unijního. Konkrétní posouzení a vyhodnocení daného případu by proto měl provést soud vnitrostátní. Skutečností ovšem rovněž je i to, že Soudní dvůr při výkladu unijního práva tenkou hranici prostého abstraktního výkladu překračuje a svými rozhodnutími předurčuje vlastní vnitrostátní rozhodnutí ve věci samé. V již citovaných věcech tomu tak bylo jmenovitě a zcela zřetelně např. v případech Mars a Estée Lauder.¹³⁰

¹²⁸ Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 12. ledna 2006 sp. zn. 3 As 37/2005.

¹²⁹ Srov. MUNKOVÁ, J. In: ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 7. vyd., Praha: C. H. Beck, 2002, s. 128.

¹³⁰ Viz též explicitní „doznání“ Soudního dvora EU k této praxi v rozsudku Soudního dvora EU ze dne 16. července 1998. Gut Springenheide GmbH a Rudolf Tusky proti Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung. Věc C-210/96, odst. 30.

Na závěr této kapitoly považujeme za nezbytné věnovat alespoň krátce pozornost vnějším limitům právní úpravy, na jejímž základě je klamavost reklamy posuzována. Krajní a často i poslední obranou před soudním či úředním dovozením negativních důsledků spojených s klamáním reklamou bude argument obchodníka vycházející ze standardu ochrany základních lidských práv a svobod. Takto bylo kupř. argumentováno před Nejvyšším soudem zásahem do článkem 17 Listiny chráněného práva na svobodu projevu, které nebylo v rozporu s povinností ústavně-konformního výkladu jednoduchého práva vzato dostatečně v potaz a dále do svobody podnikání chráněné článkem 26 odst. 1 Listiny.¹³¹ Je zjevné, že za klamavou reklamu nebude možno považovat reklamu takovou, která je realizací některého z těchto práv. Obdobně i před Soudním dvorem EU ve věci Troostwijk¹³² zazněl argument brojící proti zákazu určité reklamy prostřednictvím argumentace vycházející ze standardu ochrany základních práv a svobod v unijním právu chráněných Listinou základních práv Evropské unie,¹³³ zejména pak svobody projevu.¹³⁴ Pro potřeby této práce je snad postačující konstatování, že shora uvedená základní práva a svobody nejsou absolutní, tzn. mohou být ve veřejném zájmu omezena, což platí jak pro jejich ochranu v právu unijním, tak i v právu českém. Publikace je nicméně zaměřena na vlivy práva Evropské unie na právo české, a proto považujeme za nezbytné zdůraznit fakt, že i úprava vnitrostátní přijatá v procesu implementace směrnice podléhá standardům ochrany základních práv a svobod Evropské unie. Soudní dvůr EU dovodil tento závěr v případě Kremzow,¹³⁵ nicméně i v dalších rozhodnutích opakuje, že „*spadá-li vnitrostátní právní úprava do působnosti unijního práva, je tedy Soudní dvůr povinen poskytnout všechny prvky výkladu nezbytné k tomu, aby vnitrostátní soud posoudil soulad této právní úpravy*

¹³¹ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. září 2015 sp. zn. 1 As 38/2015.

¹³² Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 25. března 2004. Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH proti Troostwijk GmbH. Věc C-71/02.

¹³³ V době daného řízení byl tento standard dovozen přes obecné zásady právní s tím, že konkrétní jejich obsah byl identifikován prostřednictvím Evropské úmluvy o ochraně lidských práv.

¹³⁴ Viz např. odst. 77 stanoviska generální advokátky - Trstenjak ze dne 24. listopadu 2010. MSD Sharp & Dohme GmbH proti Merckle GmbH. Věc C-316/09, v němž konstatovala: „*Reklama zůstává hospodářského zájmu je rovněž zahrnuta do oblasti ochrany svobody projevu (46). Je součástí chráněné tzv. „obchodní komunikace“, která zahrnuje přenos názorů, zpráv a nápadů za obchodními účely, bez ohledu na to, zda její těžiště leží v informační nebo reklamní oblasti.*“

¹³⁵ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 29. května 1997. Friedrich Kremzow proti Rakouské republice. Věc C-299/95.

se základními právy, jak vyplývají zejména z Listiny.¹³⁶ Bude proto úkolem českých soudů tuto ochranu zajistit.¹³⁷

II.2.3 Vymezení referenčního kritéria pro posouzení klamavosti reklamy

Posouzení klamavosti vycházející z kritérií specifikovaných v předchozí kapitole je nutné provést ve vztahu k určité konstantě. Představují totiž proměnné, které samy o sobě potřebnou vypovídací hodnotu nemají. Při posuzování klamavosti v právu Evropské unie se touto konstantou stal spotřebitel. Tím ovšem potíže nekončí. Myslitelné je totiž subjektivní hodnocení soudce aplikujícího úpravu regulující klamavou reklamu a zhodnocení, zda konkrétní spotřebitel v dané věci může být reklamou klamán, což je ovšem přístup, který lze jen stěží akceptovat. Žádoucí se naopak jeví objektivní posouzení každé individuální situace, kdy subjektivní názor soudce nebude relevantním kritériem. Paradoxně tak v konkrétních věcech bude soudce subjektivně vyhodnocovat požadavek objektivnosti. K objektivizaci však přispívají další okolnosti, které se mohou, ale nemusí, vázat k danému soudnímu řízení. Patřit mezi ně budou mimo jiné též vyjádření stran daného sporu, způsob, jak je daná úprava interpretována a aplikována v obdobných věcech jinými soudy či přezkum vyšší soudní instancí.

Ani to však není dostatečné. Okruh problémů jsme totiž jenom zúžili. Evropská unie je souborem států, které jsou rozdílné v mnoha ohledech, včetně jednotlivců. Spotřebitelé tvoří v Evropské unii homogenní kategorii, ale liší se zkušenostmi, preferencemi, zvyky a dalšími faktory. Pokud by tyto odlišnosti měly být unijním právem reflektovány v plném rozsahu, znamenalo by to oslabení fungování jednotného vnitřního trhu, a zároveň

¹³⁶ Viz rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 7. června 2012. Anton Vinkov proti Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost. Věc C-27/11, odst. 58.

¹³⁷ V tomto kontextu je ovšem nutné upozornit, že z pohledu praktického bude vyšší šance na úspěch pro obchodníka dotčeného zákazem určité reklamy v rovině ústavní zajištěna právem národním, spíše než právem unijním. Jak připomíná generální advokát Léger, Soudní dvůr EU „vyhradil pro existující vnitrostátní opatření méně přísnou kontrolu přiměřenosti z toho důvodu, že pro určení, zda takové zasahování do svobody projevu odpovídá přiměřené „naléhavé společenské potřebě“, se jeví prostor pro uvážení vnitrostátních orgánů „v oblasti obchodu nezbytný, zvláště v oblasti tak komplexní a proměnlivé jako v oblasti reklamy“. Viz stanovisko generálního advokáta Légera ze dne 13. června 2006. Spolková republika Německo proti Evropskému parlamentu a Rada Evropské unie. Věc C-380/03, odst. 214.

by se tím umožnilo tyto rozdíly mezi členskými státy nejen zachovat, ale i dále posilovat.¹³⁸ Z pohledu vnitřního trhu je proto žádoucí definice spotřebitele taková, která bude konstantou společnou všem členským státům.

Otázkou, která se nabízí následně, je definování této konstanty. Nabízí se totiž možnost empiricky posuzovat jednotlivé situace, anebo přijmout za své pojetí přístup normativní. Soudní dvůr EU zvolil cestu druhou¹³⁹ a **posuzuje spotřebitele „jako člověka přiměřeně vyspělého, pozorného, obezřetného, který dovede rozlišovat, pokud jsou mu poskytnuty dostatečné informace.“**¹⁴⁰ Posuzování takového spotřebitele je prováděno Soudním dvorem EU v kontextu celé Unie, nikoliv jen dotčeného státu.¹⁴¹ Otázkou ovšem je, zda se toto teoretické hodnocení skutečně potkává s realitou běžného života. Jistě ale od ní nebude dál, než v případě přístupu empirického, prováděného ovšem na dálku ze soudní kanceláře.

V českém právu stejně jako v právu unijním je uplatňován přístup normativní, a to konformně s judikaturou Soudního dvora EU, což potvrzují i judikatura Nejvyššího soudu. Z jeho rozhodovací činnosti vyplývá, že: „[b]ledisko průměrného spotřebitele bere v úvahu spotřebitele, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory (jak je vykládáno Soudním dvorem EU).“ A dodává též, že: „Žádný důkaz týkající se hlediska průměrného spotřebitele nemusí být v řízení proveden, tuto otázku posuzuje výhradně soud.“¹⁴²

Výše uvedené ovšem nebrání národnímu soudu v případě obtíží provést posouzení klamavosti též prostřednictvím znaleckého posudku či jiné formy expertního posouzení.¹⁴³

¹³⁸ Srov. argumentaci Komise v odst. 10 rozsudku Soudního dvora EU ze dne 27. února 1980. Komise Evropských společenství proti Francouzské republice. Věc 168/78.

¹³⁹ Srov. např. Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 6. července 1995. Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. proti Mars GmbH. Věc C-470/93, odst. 24.

¹⁴⁰ HAJN, P. *Komunitární a české právo proti nekalé soutěži*. 1. vyd. Brno: Masarykova universita, 2010, s. 27.

¹⁴¹ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 2. února 1994. Verband Sozialer Wettbewerb eV proti Clinique Laboratoires SNC a Estée Lauder Cosmetics GmbH. Věc C-315/92, odst. 21.

¹⁴² Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 24. dubna 2013 sp. zn. 23 Cdo 3845/2012.

¹⁴³ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. července 1998. Gut Springenheide GmbH a Rudolf Tusky proti Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung. Věc C-210/96, odst. 35.

II.2.4 Dílčí závěr

Harmonizovat klamavou reklamu v právu Evropské unie bylo snadné, protože se nejednalo o koncept nový, členským státům neznámý. V českém právu se je definice reklamy obsažena v § 1 ZRR a vymezení reklamy klamavé v § 2977 OZ. Do tohoto ustanovení byla převzata definice obsažená ve směrnici 2006/114 s dílčími terminologickými změnami, které ale nemění podstatu úpravy, jelikož je možné je dát do souladu eurokonformním výkladem. Překvapivě pak problematická není jen úprava česká jako výsledek nesprávné implementace, ale i sám vzor. Zvolené termíny v českém znění směrnice jsou totiž zavádějící a nevhodně zvolené.

Nutno podotknout, že tyto problémy by byly do značné míry eliminovány, pokud by unijní úprava nebyla místy až otrocky do českého práva přejímána. Generální klauzule nekalé soutěže je totiž sama o sobě dostačující na to, aby klamavou reklamu pokryla, regulace formou skutkové podstaty je v zásadě nadbytečná.

Definice reklamy zahrnuje tři klíčové prvky, předvedení, šíření v souladu s obchodní činností a podporu odbytu. Jejich výklad obvykle nepůsobí problémy, pochybnosti však v poslední době vznikaly v souvislosti s moderními způsoby elektronické komunikace. Regulace klamavé reklamy je naštěstí technologicky neutrální, tudíž umožnila zahrnout i situace, které v době přijetí směrnice 2006/114, resp. její předchůdkyně směrnice 84/450 neexistovaly a těžko mohly být předvídaný. Klamat reklamou se tak dá i prostřednictvím doménového jména či metatagů a metadat.

Klamavost je posuzována na základě řady kritérií, jejichž výčet je ve směrnici 2006/114 demonstrativní. Tím se liší od taxativního výčtu zakázaných klamavých obchodních praktik obsažených ve směrnici 2005/29, které jinak plní podobnou funkci. Kritéria se týkají především povahy zboží a služeb, jejich ceny a osoby zadavatele reklamy.

Referenčním kritériem při posuzování klamavosti je spotřebitel, který je v unijním právu vymežován normativně, a to judikaturou Soudního dvora EU. Přístup českých soudů je v tomto ohledu konformní a problémy nepůsobí.

II.3 Srovnávací reklama podle směrnice 2006/114 a občanského zákoníku

II.3.1 Úvodem k evropské a české koncepci právní úpravy srovnávací reklamy

Právní regulace srovnávací reklamy (úprava podmínek kladených na dovolenou srovnávací reklamu) míří **na ochranu soutěžitelů** proti jejich konkurentům, kteří se „opírají“ o proslulost jejich zboží či služeb nebo tyto kritizují (zejména tzv. opěrná, kritická srovnávací reklama), ale je také **ku prospěchu spotřebitelů**, neboť je považována za významný informační zdroj pro spotřebitele spočívající v možnosti porovnání určitého druhu, kvality a cen zboží.¹⁴⁴

Uvedené vyplývá také z rozhodovací praxe Soudního dvora EU (např. rozhodnutí ze dne 8. dubna 2003, sp. zn. C-44/01), který zdůrazňuje, že veškerá srovnávací reklama má za cíl zdůraznit výhody zboží nebo služeb nabízených zadavatelem reklamy ve srovnání se zbožím nebo službami soutěžitele. Aby toho dosáhla, sdělení musí nezbytně vyzdvihnout rozdíly mezi zbožím nebo službami, jež jsou srovnávány prostřednictvím popisu jejich hlavních vlastností. Srovnávací reklama má podle Soudního dvora EU za cíl umožnit spotřebitelům co nejvíce využívat vnitřní trh, vzhledem k tomu, že reklama je velmi důležitým prostředkem otevírajícím skutečná odbytiště pro veškeré zboží a služby v celé Evropské unii. Srovnávací reklama má také za cíl podněcovat soutěžení mezi dodavateli zboží a služeb ku prospěchu spotřebitelů; z toho vyplývá, že výhoda, kterou pro spotřebitele představuje srovnávací reklama, musí být nezbytně zohledněna při posouzení protiprávního charakteru těžení zadavatele reklamy z dobré pověsti ochranné

¹⁴⁴ Například v Číně není srovnávací reklama výslovně regulována. Obecně se má za to, že pokud je srovnání pravdivé a přímo nedehonestuje konkurenci, je obvykle přípustná. BU, Y. In: HENNING – BODEWIG, F. (ed.). *International Handbook on Unfair Competition*. Germany, München: Verlag C. H. Beck, 2013, s. 197.

^V Indii představuje srovnávací reklama výjimku ze zákazu využívání ochranných známek jiných soutěžitelů v reklamě, pokud taková reklama není způsobilá přivodit újmu ztrátou rozlišovací způsobilosti ochranné známky nebo ohrozit pověst ochranné známky. Srovnávací reklama je často považována za jedno ze základních práv (svoboda slova) odvozených z indické ústavy. MITTAL, R. In: HENNING – BODEWIG, F. (ed.). *International Handbook on Unfair Competition*. Germany, München: Verlag C. H. Beck, 2013, s. 292.

známky, obchodního jména nebo jiných rozlišovacích znaků soutěžitele. V jiném rozhodnutí Soudní dvůr EU (rozhodnutí ze dne 23. února 2006, sp. zn. C-59/05) zdůrazňuje, že naproti tomu prospěch, který zadavatel reklamy má ze srovnávací reklamy (existence tohoto prospěchu je v každém případě zjevná z důvodu samotné povahy tohoto typu reklamy), nemůže sám o sobě představovat určující prvek při posouzení legality chování zmíněného zadavatele reklamy.

Aby však srovnávací reklama přinášela nastíněné výhody, je nezbytné, aby uskutečněné srovnání bylo učiněno transparentně s objektivními výsledky a nebylo zejména těžením z dobré pověsti srovnávaného podnikatele či tohoto účelově nediskreditovalo. K zajištění nejen těchto požadavků slouží právní úprava srovnávací reklamy založená na nezbytnosti naplnění několika podmínek, jež umožní čerpat z onoho srovnání výhody *de lege artis*. Jak již bylo uvedeno výše, směrnice 2006/114 je ve vztahu k právní úpravě srovnávací reklamy založena na ***principu úplné harmonizace***. Členské státy tedy nemohou přijmout přísnější ani mírnější úpravu srovnávací reklamy než vyplývá z textu směrnice [zejména článku 2 písm. c) a článku 4].¹⁴⁵

S ohledem na nedostatky implementace směrnice 2006/114 v otázkách srovnávací reklamy do českého právního řádu je nezbytné přijmout tzv. ***euro-komformní výklad***, tedy vykládat českou úpravu srovnávací reklamy tak, aby byla v souladu s evropskou úpravou obsažnou ve směrnici 2006/114. „Podle konstantní judikatury Soudního dvora EU jsou veškeré orgány členského státu, včetně soudů, povinny při uplatňování vnitrostátního práva vykládat toto právo v souladu se zněním a účelem směrnice či jiného právního předpisu Evropské unie, ke jejichž implementaci slouží.“¹⁴⁶

¹⁴⁵ Například ve Francii existují omezení kladená na srovnávací reklamu uskutečňovanou na lístcích na vlak, receptech, vstupenkách na události konaných ve veřejných prostorech. CA Aix-en-Provence ze dne 21. prosince 2001, Contrasts-Conc.-Cons. 2002, No. 83.

Podle § 2a ZRR platí pro srovnávací reklamu omezení, že srovnávací reklama na léčivé přípravky určené k podávání lidem nebo na zdravotní služby je při splnění podmínek stanových občanským zákoníkem přípustná, je-li zaměřena na osoby oprávněné tyto léčivé přípravky předepisovat nebo vydávat anebo tyto zdravotní služby poskytovat.

¹⁴⁶ Srov. Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 6. listopadu 2015, sp. zn. 7 As 141/2015. Shodně rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 10. dubna 1984, sp. zn. C-14/83, nebo rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 13. listopadu 1990, sp. zn. C-106/89.

Co se **právní úpravy srovnávací reklamy** týče, ve směrnici 2006/114 je upravena její definice v článku 2 písm. c) a podmínky přípustnosti v článku 4. V českém právním řádu je definice srovnávací reklamy upravena v § 2980 odst. 1 OZ, podmínky přípustnosti v § 2980 odst. 2 OZ.

Koncepce právní úpravy srovnávací reklamy je podle obou právních úprav (evropské i české) taková, že pokud určitá reklama naplňuje definiční znaky srovnávací reklamy podle článku 2 písm. c) směrnice 2006/114, resp. § 2980 odst. 1 OZ, jedná se o srovnávací reklamu. To nám však ještě nedává odpověď na otázku, zda je konkrétní srovnávací reklama dovolená nebo zakázaná. K tomu je nezbytné zkoumat, zda jsou kumulativně splněny všechny podmínky kladené na dovolenou srovnávací reklamu podle článku 4 směrnice 2006/114, resp. § 2980 odst. 2 OZ. Pokud jsou splněny, jedná se o dovolenou srovnávací reklamu, pokud nikoliv, daná srovnávací reklama není dovolená.

Je nutno klást důraz na výraz „konkrétní“ srovnávací reklama. Nelze totiž obecně konstatovat, zda je srovnávací reklama dovolená či nikoliv – k tomu může dojít až na základě posouzení všech okolností zkoumané srovnávací reklamy. Právní kvalifikace spočívající v pouhém konstatování, že se jedná o srovnávací reklamu, je neúplná – je nutno vždy dodat potřebný přívlastek, tedy zda je konkrétní posuzovaná srovnávací reklama „dovolená“ (právně přípustná) či „nedovolená“ (právně nepřipustná, zakázaná).

P. Hajn¹⁴⁷ správně upozorňuje, že „*sama skutečnost, že srovnávací reklama splňuje všechny podmínky srovnání uvedené v § 2980 odst. 2 OZ, ještě nezaručuje právní přípustnost takové reklamy. Ta může být právně nedovolená z jiných důvodů obsažených ve veřejnoprávních i soukromoprávních předpisech o reklamě (např. reklama obsahující prvky pornografie).*“

České pojetí srovnávací reklamy však, na rozdíl od vlastního textu podmínek kladených na dovolenou srovnávací reklamu podle směrnice 2006/114, vyžaduje pro případný zákaz srovnávací reklamy kromě nenaplnění podmínek stanovených v § 2980 odst. 2 OZ ještě **kumulativní naplnění podmínek generální klauzule nekalé soutěže podle § 2976 odst. 1 OZ** (tedy „*jednání v hospodářské soutěži, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a je způsobilé*

¹⁴⁷ HAJN, P. In: ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 1188.

přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům“). O. Hruďa¹⁴⁸ si v této souvislosti položil otázku, zda tyto podmínky generální klauzule nekalé soutěže podle § 2976 odst. 1 OZ nepředstavují podmínky „nad rámec“ harmonizační úpravy. S poukazem na bod 9 větu první preambule směrnice 2006/114 („*měly by být, pokud jde o srovnání, stanoveny podmínky dovolené srovnávací reklamy, aby se určilo, jaká jednání v oblasti srovnávací reklamy mohou narušit soutěž, způsobit újmu soutěžitelům a negativně ovlivnit spotřebitelovu volbu“*) dospívá k závěru, že „*aplikace generální klauzule při posuzování přípustnosti té které srovnávací reklamy není v rozporu s evropským právem, ale naopak více méně odpovídá duchu směrnice 2006/114“*. S tímto závěrem se ztotožňujeme.

Směrnice 2006/114 (článek 4) stanoví celkem osm podmínek přípustnosti srovnávací reklamy [písmena a) až h)], **česká úprava srovnávací reklamy** (§ 2980 odst. 2 OZ) **celkem šest podmínek** [písmena a) až f)]. Dvě z podmínek kladených na dovolenou srovnávací reklamu směrnici 2006/114 [článek 4 písm. d) a f)] jsou zakomponovány do jedné podmínky v české úpravě [§ 2980 odst. 2 písm. e) OZ], jedna z podmínek směrnice 2006/114 upravená v článku 4 písm. h) není zapracována v české právní úpravě¹⁴⁹, podle tohoto ustanovení platí, že na dovolenou srovnávací reklamu je kladena podmínka, že reklama „*nevede k záměně mezi obchodníky, mezi zadavatelem reklamy a soutěžitelem nebo k záměně ochranných známek, obchodních firem, jiných rozlišovacích znaků, zboží a služeb zadavatele reklamy s ochrannými známkami, obchodními firmami, jinými rozlišovacími znaky, zbožím a službami soutěžitele“*.¹⁵⁰ Absenci zpracování této podmínky do české právní úpravy srovnávací reklamy nelze ponechat při pouhém konstatování tohoto faktu. Jak již bylo uvedeno výše, je třeba českou úpravu srovnávací reklamy vykládat v kontextu směrnice 2006/114 a tedy podmínku podle článku 4 písm. h) směrnice 2006/114 zahrnout do podmínek kladených na srovnávací reklamu také v českém

¹⁴⁸ HRUDA, O. *Srovnávací reklama*. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 31 a 32.

¹⁴⁹ Na to upozorňuje např. VEČERKOVÁ, E. In: POKORNÁ, J., VEČERKOVÁ, E., PEKÁREK, M. *Meritum. Obchodní korporace a nekalá soutěž*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2015, s. 555, avšak bez zhodnocení důsledků pro českou úpravu srovnávací reklamy.

¹⁵⁰ Obchodní zákoník s účinností do 31. prosince 2013 tuto podmínku upravoval v § 50a odst. 2 písm. d): „*nevede k vyvolání nebezpečí záměny na trhu mezi tím, jehož výrobky nebo služby by reklama podporuje, a soutěžitelem nebo mezi jejich podniky, zbožím nebo službami, ochrannými známkami, firmami nebo jinými zvláštními označeními, která se pro jednoho nebo druhého z nich stala příznačnými“*. I z tohoto vyplývá, že zásahy zákonodárce, které vyústily v text nekalé soutěže v občanském zákoníku, nejsou k „lepšímu“.

právním prostředí.¹⁵¹ Zkoumaná podmínka odpovídá textu zvláštní skutkové podstaty „vyvolání nebezpečí záměny“ podle § 2981 OZ, jejímž základem je klamání zákazníků (právě onou zaměnitelností s jiným podnikatelem, jeho zbožím či službami). Tím, že by srovnávací reklama vyvolávala nebezpečí záměny (tedy klamala), nebude naplněna ani první podmínka kladená na dovolenou srovnávací reklamu (ať už ve smyslu OZ či směrnice 2006/114) spočívající v zákazu klamání. Bude záviset na přístupu konkrétního soudu, zda srovnávací reklamu vyvolávající nebezpečí záměny bude kvalifikovat jako nedovolenou z důvodu nesplnění všech podmínek kladených na tuto přímo článkem 4 písm. h) směrnice 2006/114, jako nedovolenou srovnávací reklamu podle § 2980 odst. 2 písm. a) nebo jako případ vyvolání nebezpečí záměny podle § 2981 OZ.

Slovenská právní úprava uvedenou podmínku do své regulace srovnávací reklamy (na rozdíl od té české) zahrnula [srov. § 4 odst. 2 písm. f) slovenského zákona o reklamě].

II.3.2 Definice srovnávací reklamy

II.3.2.1 *Definice srovnávací reklamy podle českého a evropského práva – posouzení kompatibility*

V ustanovení § 2980 odst. 1 OZ je obsažena definice srovnávací reklamy, kterou se rozumí reklama, která „přímo nebo nepřímo označuje jiného soutěžitele nebo jeho zboží či služby“.

Definice obsažená v článku 2 písm. c) směrnice 2006/114 je s uvedenou českou verzí prakticky totožná: „každá reklama, která výslovně nebo nepřímo označuje soutěžitele nebo zboží nebo služby nabízené soutěžitelem“.

Při srovnání obou definic srovnávací reklamy lze uzavřít, že jsou obsahově totožné. Rozdíl v použitých pojmech „výslovně“ („*explicitly*“) dle směrnice 2006/114¹⁵² a „přímo“ (OZ) je toliko formální bez jakýchkoliv praktických dopadů.

Jak vyplynulo z textu výše, k označení soutěžitele či jeho zboží nebo služby ve srovnávací reklamě může dojít přímo (výslovně) nebo nepřímo.

¹⁵¹ Shodně HRUDA, O. *Srovnávací reklama*. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 122.

¹⁵² Výraz „výslovně“ odpovídající doslovně textu směrnice 2006/114 užíval také obchodní zákoník s účinností do 31. prosince 2013 (srov. § 50a odst. 1).

Přímým označením se rozumí výslovné zmínění konkrétního soutěžitele (například obchodní firmou), jeho zboží nebo služeb (například názvem výrobku) v reklamě. Z praxe lze jmenovat případy jako „Nejsme oni. ČEZ je levnější“, „Nejsme OBIčejní. Hornbach.“ nebo prosté srovnání „Kaufland vs. Tesco“.

Nepřímým označením se rozumí takové označení jiného soutěžitele (jeho zboží nebo služeb), kdy je průměrnému spotřebiteli¹⁵³ s ohledem na okolnosti zřejmé, s kým se daný soutěžitel srovnává. Takovým nepřímým označením může být například uvedení ochranné známky či jejích stěžejních znaků (například výraz „Jinde“ vyhotoven totožným písmem jaké užívá Tesco), barev typických pro daného soutěžitele (například u mobilních operátorů – modrá pro O2, fialová pro T-Mobile, červená pro Vodafone), znělky, jmenování určité indicie spojené s výrobním místem (například reklamy z oblasti automobilového průmyslu: „Váš soused z Boleslavi bude takhle malý“¹⁵⁴ nebo „chladný jako Švéd“) nebo zažitým reklamním sloganem.

- Vrchní soud v Praze (rozhodnutí ze dne 3. února 2012, sp. zn. 3 Cmo 382/2011) posuzoval reklamu na výrobek GS Condro Forte, která používala reklamní slogan: „*Mirek bere jiný přípravek na klouby a raději jezdí eskalátorem. Nenechá si poradit a to je jeho bolest.*“ Jednalo se o reakci na reklamní kampaň na preparát Proenzi 3, která využívala od roku 2010 herce Miroslava Donutíla.
 - Podle Vrchního soudu v Praze „*je více jak pravděpodobné, že průměrný spotřebitel, konzument doplňků stravy na kloubní obtíže, zná i masivní kampaň žalobce s výraznou tváří populárního herce Miroslava (Mirka) Donutíla. Předmětné reklamní sdělení srovnává přípravek „Mirka“ a přípravek žalovaného s tím, že navozuje dojem o tom, že „Mirka“ přípravek je horší než žalovaného, resp. že nefunguje.*“ Vrchní soud v Praze dospěl k závěru, že „*pokud soutěžitel použije v reklamě na své zboží byt' jen křestní jméno známého umělce, který vystupuje v rozšířené reklamě konkurence na podobné zboží, vyvstane u průměrného spotřebitele vjem spojení dvou reklam, a tedy i srovnání dvou výrobků.*“

¹⁵³ K vymezení tohoto institutu blíže viz ONDREJOVÁ, D. Hledisko průměrného spotřebitele v nekalé soutěži. *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 8, s. 222 a násl.

¹⁵⁴ Rozhodnutím Arbitrážní komise RPR č. j. 004/2015/STÍŽ) byla reklama shledána závadnou (v rozporu s Etickým kodexem reklamy).

Lze uzavřít, že základní pojetí srovnávací reklamy včetně jejího pojmového vymezení je podle české právní úpravy (§ 2980 odst. 1 OZ) i navazující judikatury plně kompatibilní s evropskou úpravou podle směrnice 2006/114.

II.3.2.2 *Srovnávací reklama bez faktického srovnání?*

Definice srovnávací reklamy podle českého i evropského práva zahrnuje na první pohled také takovou reklamu, která pouze označuje (přímo nebo nepřímo) jiného soutěžitele, aniž by docházelo k faktickému srovnání s ním (jeho zbožím či službami) – viz výraz „označuje“, nikoliv „srovnává“ obsažený v § 2980 odst. 102 a článku 2 písm. c) směrnice 2006/114.

Při přijetí takového přístupu bychom však například u reklamy automobilky Audi – billboard se sloganem „Jsi na tahu, BMW“ – museli dospět k naplnění definice srovnávací reklamy podle § 2980 odst. 1 OZ (přímé označení jiného soutěžitele) a kumulativnímu nenaplnění podmínek srovnávací reklamy v § 2980 odst. 2 OZ [neboť tato reklama nic nesrovnává, pouze „provokuje“ či vyzývá, nemůže tak být naplněno písmeno b), c) a další]. Při nesplnění podmínek § 2980 odst. 2 OZ poté nelze než konstatovat, že se jedná o srovnávací reklamu nedovolenou a tedy nekalosoutěžní. Takový právní závěr by však nebyl správný, neboť by v režimu české právní úpravy bylo nutno učinit „test generální klauzulí nekalé soutěže“ podle § 2976 odst. 1 OZ a máme za to, že by nebyla naplněna minimálně podmínka „rozpornosti takového jednání s dobrými mravy soutěže“.

S naznačeným problémem se pokoušel vyrovnat Soudní dvůr EU ve své rozhodovací praxi, který však do celé věci vnesl spíše více nejasností, když navzdory obecnému očekávání uzavřel, že pro kvalifikaci srovnávací reklamy postačí toliko identifikace soutěžitele (jeho zboží či služeb) a srovnávací je tak i reklama neobsahující jakékoliv srovnání.

- Soudní dvůr EU se danou otázkou zabýval v rozhodnutí ze dne 25. října 2001, sp. zn. C-112/99, věc „Toshiba Europe GmbH proti Katun Germany GmbH“, označovaném také jako případ „Toshiba“.
 - V dané věci se jednalo o následující skutkový stav: V reklamě byl identifikován jiným soutěžitel prostřednictvím číselného označení jeho produktů. Společnost Toshiba Europe GmbH distribuuje mimo jiné tiskárny a náhradní díly a pro označení svých výrobků používá popis a číslo konkrétního zboží (např. Toshiba 1340).

Společnost Katun prodává náhradní díly pro tiskárny značky Toshiba. V katalogu společnosti Katun jsou každému produktu přiděleny čtyři sloupce pro bližší specifikaci daného produktu. První sloupec obsahuje „OEM číslo produktu“ (zkratka „Originál Equipment Manufacturer“ – originální označení výrobce), druhý obsahuje „Katun číslo produktu“, třetí popis produktu a čtvrtý konkrétní modely, pro které je výrobek určen. Společnost Toshiba namítala, že uvedením čísel, pod kterými sama vede svoje srovnatelné produkty, uvádí do omylu zákazníky společnosti Katun tím, že tyto předpokládají srovnatelnou kvalitu výrobků Katun a Toshiba, čímž společnost Katun neoprávněně zneužívá pověst značky Toshiba. Podle společnosti Toshiba by pro stanovení účelu prodeje stačilo uvést model, pro který jsou produkty společnosti Katun použitelné. Společnost Katun naopak reagovala tak, že uvedení čísla produktu společnosti Toshiba je nezbytné pro úplnou specifikaci produktu a uvedením vlastního čísla produktu zákazníky v omyl neuvádí.

- Soudní dvůr EU dospěl v dané věci k následujícím závěrům:

„Aby se jednalo o srovnávací reklamu, postačuje komunikace v jakékoliv formě, která ať již výslovně nebo nepřímou, poukazuje na jiného soutěžitele, jeho výrobky či služby; nezáleží na tom, zda existuje srovnání mezi výrobky a službami nabízenými zadavatelem reklamy a jeho konkurentem.“

„V případě uvedení čísla produktu původního výrobce s číslem produktu soutěžitele dochází k indikaci toho, že tyto produkty mají zaměnitelné technické specifikace, to znamená, že jde o srovnání základních, důležitých, ověřitelných a charakteristických rysů.“

J. Kotásek¹⁵⁵ ve vztahu k uvedenému dovozuje, že „o srovnávací reklamu ve smyslu § 2980 odst. 2 OZ půjde výhradně tehdy, pokud reklama alespoň implicitně pracuje se srovnáním... Srovnávací reklama bez srovnání neexistuje. Identifikace (přímá či nepřímá) jiného soutěžitele je pouze jedním, a nikoliv výhradním znakem srovnávací reklamy.“ S tímto závěrem se bez dalšího ztotožňujeme.

Dané pojetí odpovídá také § 2980 odst. 2 OZ, který ve své uvozovací větě uvádí, že „srovnávací reklama je přípustná, pokud se srovnání týče... (podtrhla aut.)“, což lze považovat za přínosné upřesnění nezbytnosti uskutečnění srovnání

¹⁵⁵ KOTÁSEK, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závažkové právo. Zvláštní část (§ 2055-3014)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1807.

ve srovnávací reklamě. Aby tedy byla srovnávací reklama dovolená, je třeba aplikovat také podmínku nezbytnosti srovnání s bližším rozvedením požadků na něj v § 2980 odst. 2 OZ.

II.3.2.3 *Srovnávací reklama, která neoznačuje konkrétního soutěžitele (jeho zboží nebo služby)?*

Další otázkou, která v souvislosti s definicí srovnávací reklamy vyvstává, je, zda lze považovat za reklamu naplňující § 2980 odst. 1 OZ [článek 2 písm. c) směrnice 2006/114] také reklamu, která neoznačuje konkrétního soutěžitele, jeho zboží nebo služby, ale celou skupinu soutěžitelů.

- Danou otázkou se Soudní dvůr EU zabýval v rozhodnutí ze dne 19. dubna 2007, sp. zn. C-381/05 (věc „De Landtsheer Emmanuel SA proti Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Veuve Clicquot Ponsardin SA“, označováno také jako případ „Champagnebier“).
 - Jednalo se o následující skutkový stav: Belgická společnost De Landtsheer vyrábí a prodává několik druhů piva pod ochrannou známkou Malheur. V roce 2001 uvedla společnost De Landtsheer na trh nové pivo vyráběné tradičním postupem vycházejícím ze způsobu výroby šumivého vína, tento produkt byl označen jako „Malheur Brut Réserve“. Společnost De Landtsheer chtěla tomuto výrobku vtisknout charakter výjimečného produktu. Na láhvi, na letáku a na kartonovém obalu od láhve byly uvedeny výrazy „Brut Réserve“, „La premiere biere BRUT au monde“ (první BRUT pivo na světě), „Biere blonde á la méthode traditionnelle“ (světlé pivo vyrobené tradičním způsobem) atd., to vše doplněno o odkaz na vinaře v oblasti Champagne ve Francii. Společnost De Landtsheer při prezentaci svých výrobků používala výraz „Champagnebier“ ke zdůraznění toho, že pivo bylo vyrobeno šampaňskou metodou („méthode champenoise“) a vyzdvihovala originalitu piva s odkazem na charakteristické vlastnosti šumivého vína a zejména šampaňského. Proti společnosti Landtsheer podala francouzská společnost Veuve Clicquot Ponsardin SA žalobu na zdržení se užívání těchto výrazů, neboť se jedná o srovnávací reklamu s klamavými prvky.

- Soudní dvůr EU dospěl k následujícím závěrům:

„Reklama, která odkazuje na druh výrobku, aniž by přitom identifikovala soutěžitele nebo zboží nabízené tímto soutěžitelem, není nedovolená... Podmínky přípustnosti takové reklamy musí být přezkoumány ve světle jiných vnitrostátních ustanovení nebo případně ustanovení práva Společenství bez ohledu na skutečnost, že by to mohlo znamenat menší ochranu spotřebitelů nebo konkurenčních podniků.“

„Článek 2 bod 2a směrnice 84/450/EHS, ve znění směrnice 97/55/ES, musí být vykládán v tom smyslu, že odkaz na druh výrobků, a nikoliv na určitý podnik nebo výrobek, v reklamním sdělení lze považovat za srovnávací reklamu, pokud umožňuje poznat, že se uvedené sdělení vztahuje konkrétně na tento podnik nebo na zboží či služby, které nabízí. Okolnost, že jako ty, na něž se vztahuje reklamní sdělení, lze identifikovat několik soutěžitelů zadavatele reklamy nebo zboží či služby, které nabízejí, není relevantní pro určení toho, že reklama má srovnávací charakter. Taková srovnávací reklama tedy není nedovolená s ohledem na článek 4 směrnice 84/450/EHS ve znění směrnice 97/55/ES.“

„Existence soutěžního vztahu mezi zadavatelem reklamy a podnikem, který je identifikován v reklamním sdělení, nemůže být stanovena nezávisle na zboží či službách, které tento podnik nabízí. Za účelem určení existence takového soutěžního vztahu je třeba přiblížit se současnému stavu na trhu a spotřebním zvyklostem, jakož i jejich možnému vývoji, k části území Společenství, na němž je reklama šířena, aniž by však byly vyloučeny případné účinky, které může mít vývoj spotřebních zvyklostí v jiných členských státech na dotčený vnitrostátní trh, a konečně k zvláštním vlastnostem výrobku, které chce zadavatel reklamy propagovat, jakož i k image výrobku, který mu zamýšlí vtisknout. Kritéria umožňující stanovit existenci soutěžního vztahu ve smyslu čl. 2 bod 2a směrnice 84/450/EHS, ve znění směrnice 97/55/ES, a kritéria, jejichž účelem je ověřit, zda srovnávání odpovídá podmínce uvedené v čl. 3a odst. 1 písm. b) této směrnice, nejsou totožná.“
- Za srovnávací reklamu tak lze v souladu s výše uvedeným přístupem Soudního dvora EU považovat také takovou reklamu, která neoznačuje přímo konkrétního soutěžitele (jeho zboží či službu), ale hned několik soutěžitelů, pokud však takové označení umožňuje poznat, kdo do této skupiny soutěžitelů spadá.

II.3.2.4 Podmínky kladené na dovolenou srovnávací reklamu

Jak již bylo uvedeno výše, podmínky, za jejich splnění je srovnávací reklama dovolená, musí být splněny kumulativně, tedy všechny bez výjimky. V praxi tedy postačí prokazatelné nesplnění jedné z podmínek kladených na dovolenou srovnávací reklamu a poté lze tuto kvalifikovat jako nedovolenou srovnávací reklamu.

Podmínky kladené na srovnávací reklamu je třeba vykládat nejpříznivějším způsobem pro tuto reklamu.¹⁵⁶

(1) První podmínka: zákaz klamavosti

Ustanovení § 2980 odst. 2 písm. a) OZ stanoví podmínku dovolené srovnávací reklamy v podobě prostého zákazu její klamavosti („*není klamavá*“).

Článek 4 písm. a) směrnice 2006/114 upravuje tuto podmínku výslovně takto: „*není klamavá ve smyslu čl. 2 písm. b), čl. 3 a čl. 8 odst. 1 této směrnice nebo článků 6 a 7 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu (směrnice o nekalých obchodních praktikách)*“.

Hned na první pohled je patrné, že český text první podmínky je výrazně stručnější. Podle textu směrnice 2006/114 nesmí být srovnávací reklama klamavou jak ve smyslu právní regulace klamavé reklamy ve vztazích mezi podnikateli podle směrnice 2006/114 (v české úpravě v § 2977 a 2979 OZ), tak ve vztazích mezi podnikatelem a spotřebitelem (právní úprava nekalých obchodních praktik podle směrnice 2005/29 a § 4 až 5 b zákona o ochraně spotřebitele).¹⁵⁷ České pojetí obecným zákazem „klamavosti“ v sobě zahrnuje všechny případy klamání prostřednictvím srovnávací reklamy, nerespektuje však doslovné znění směrnice 2006/114, když neupozorňuje na oba druhy naznačeného klamání. Tuto podmínku je však nutné, stejně jako všechny ostatní, vykládat v kontextu evropské úpravy a bude tak zakázáno jakékoliv klamání prostřednictvím srovnávací reklamy, tedy klamavá reklama ve smyslu § 2977 a 2979 OZ, klamavé obchodní praktiky ve smyslu § 5 a 5a ZOS

¹⁵⁶ Srov. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 25. října 2001, sp. zn. C-112/99 (věc „Toshiba Europe GmbH proti Katun Germany GmbH“, označované také jako „Toshiba proti Katun“).

¹⁵⁷ Na to poukazuje shodně HENNIG – BODEWIG, F. (ed.). *International Handbook on Unfair Competition*. Germany, München: Verlag C. H. Beck, 2013, s. 64.

(klamavé jednání i klamavé opomenutí), ale také klamavé označení zboží nebo služby podle § 2978 OZ či vyvolání nebezpečí záměny podle § 2981 OZ.¹⁵⁸

České pojetí první podmínky kladené na srovnávací reklamu tak sice není doslovně kompatibilní s evropskou úpravou, vzhledem ke své obecnosti však umožňuje pojmout veškeré požadavky úpravy evropské (zejména ve smyslu klamavých obchodních praktik).

Obdobné pochybení jako český zákonodárce učinil také zákonodárce slovenský, když u zákazu klamavosti [srov. § 4 odst. 2 písm. g) slovenského zákona o reklamě] je obsažen odkaz toliko na úpravu klamavé reklamy obsaženou ve slovenském obchodním zákoníku (což je ještě méně konkrétnější, a tedy méně správné, než v případě české právní úpravy), nikoliv již na úpravu klamavých obchodních praktik ve slovenském zákoně o ochraně spotřebitele.

Zkoumanou podmínkou se zabývaly soudy v následujících rozhodnutích:

- Soudní dvůr EU se ve svém rozhodnutí ze dne 18. listopadu 2010, sp. zn. C-159/09 (věc „Lidl SNC proti Vierzon Distribution SA“, označováno také jako „Lidl proti Vierzon“) dospěl ohledně klamavosti srovnávací reklamy k následujícím závěrům:
 - „Článek 3 a odst. 1 písm. a) směrnice 84/450, ve znění směrnice 97/55, musí být vykládán v tom smyslu, že reklama... může mít klamavý charakter, zejména pokud:
 - je s ohledem na všechny relevantní okolnosti projednávaného případu, a zejména na informace nebo opomenutí spojené s touto reklamou konstatováno, že rozhodnutí nakupovat může být u značného počtu spotřebitelů, kterým je tato reklama určena, přijato v mylné víře, že výrobky vybrané zadavatelem reklamy reprezentují obecnou úroveň jeho cen ve vztahu k cenám jeho soutěžitele, a že tito spotřebitelé tudíž ušetří přibližně, tak jak je vyzdvihováno uvedenou reklamou, tím, že budou pravidelně nakupovat zboží běžné spotřeby u zadavatele reklamy spíše než u uvedeného soutěžitele, nebo dokonce v mylné víře, že všechny výrobky zadavatele reklamy jsou levnější, než výrobky jeho soutěžitele, nebo

¹⁵⁸ Na posledně uvedené dva případy skutkových podstat nekalé soutěže založených také na prvcích klamání poukazuje HAJN, P. In: ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 1188.

– je konstatováno, že pro účely vylučně cenového srovnání byly vybrány potravinářské výrobky, mezi kterými jsou však ve skutečnosti rozdíly, které by mohly citelně ovlivnit volbu průměrného spotřebitele, aniž uvedené rozdíly vyplývají z dotyčné reklamy.“

- V jiné věci Soudní dvůr EU (rozhodnutí ze dne 19. září 2006, sp. zn. C-356/04, věc „Lidl Belgium GmbH & Co. KG proti Etablissements Franz Colruyt NV“, označováno také jako „Lidl proti Colruyt“) konstatoval:
 - „Srovnávací reklama má klamavý charakter, pokud z reklamy nevychází, že se srovnání týkalo pouze vzoru výrobků (ne všech), reklamní sdělení neidentifikuje srovnávané značky nebo neinformuje příjemce o zdroji informací nebo pokud reklamní sdělení obsahuje bromadný odkaz na rozpětí ušetřených částí bez individualizace obecné úrovně cen uplatňovaných každým z uvedených soutěžitelů a částku, kterou lze ušetřit při nákupu u zadavatele reklamy, a nikoliv u každého z těchto soutěžitelů.“
- Vrchní soud v Praze v rozhodnutí ze dne 8. prosince 2010, sp. zn. 3 Cmo 122/2010¹⁵⁹ dospěl k závěru o klamavosti srovnávací reklamy: „Pokud společným rysem reklamní kampaně žalovaného, porovnávající nabídku služby vysokorychlostního internetu žalobce a žalovaného, bylo uvedení a šíření údaje o rychlosti připojení a ceně, pak toto zjednodušení nabídky služby na tyto dva znaky však možné v daném případě nebylo. Pokud údaj o ceně a rychlosti byl pravdivý ohledně nabídky žalovaného, pak oněm ohledně nabídky žalobce údaj o ceně neodpovídal – žalovaný opomenul uvést, že tato cena zahrnuje ještě další služby (služby antivir, digitální televize a telefonického volání). Jen v tom případě, že by žalovaný ve srovnávací reklamě uvedl – a to měl spotřebitel pro svou informaci k možné volbě mezi nabídkami účastníků právo znát, že cena žalobce je cenou „balíčku“ služeb, mezi nimiž je nabízena i služba vysokorychlostního internetu, pak by informace žalovaného co do ceny odpovídala a srovnání obou služeb ve znacích rychlosti a ceny by bylo korektní. Protože však tomu tak nebylo, byl údaj žalovaného o ceně služby žalobce údajem neúplným, nedostatečným, a proto ve vztahu k adresátům reklamního sdělení klamavým.“

¹⁵⁹ In: MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech nekalé soutěže a obchodní firmy (2000 – 2010)*. II. díl. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 500.

Podmínka zákazu klamání, jejíž naplnění je nezbytné pro přípustnost konkrétní srovnávací reklamy, je tak nutno vnímat optikou ustanovení § 2977 OZ, zejména skrze jeho druhý odstavec, kde jsou demonstrativním výčtem naznačeny údaje, jimiž může reklama především klamat.

(2) Druhá podmínka: srovnání jen zboží a služby uspokojující stejnou potřebu nebo určené ke stejnému účelu

Ustanovení § 2980 odst. 2 písm. b) OZ stanoví podmínku dovolené srovnávací reklamy v podobě příkazu, aby „srovnávala jen zboží a služby uspokojující stejnou potřebu nebo určené ke stejnému účelu“. Tato podmínka je shodná s článkem 4 písm. b) směrnice 2006/114: „srovnává jen zboží nebo služby, jež slouží stejným potřebám nebo jsou zamýšleny pro stejný účel“. Z uvedeného vyplývá, že obě podmínky jsou totožné.

Druhou podmínku kladenou na přípustnost srovnávací reklamy lze stručně shrnout jako nezbytnost „srovnání srovnatelného“. Tuto podmínku nelze brát doslovně, tedy jako srovnání zcela „stejného“¹⁶⁰ (identického) zboží nebo služby, když tato je vymezena širěji, tedy stejnou „potřebou“ či „účelem“.

Spíše k extenzivnímu výkladu „stejných potřeb či účelu“ lze dospět ze závěrů německé judikatury, na které poukazuje J. Kotásek:¹⁶¹ „*Soudy kvalifikovaly jako potenciálně zaměnitelné – jsou jimi např. minerálky a kohoutková voda (OLG Mnichov, rozhodnutí ze dne 16. září 1999 – 6 U 2646/98), deníky a týdeníky (OLG Hamburg, MDR 1999, 979) nebo müsli tyčinky a čokoládové tyčinky (OLG Hamburg, rozhodnutí ze dne 6. 3. 2003, 5 U 227/01)*“. V této souvislosti si lze položit základní otázky – je minerální a kohoutková voda určena k uspokojení stejné potřeby? Touto potřebou může být nutnost se „napít“, ale také dodat tělu minerální látky (v případě minerálky). Uspokojuje stejnou potřebu müsli tyčinka a čokoládová tyčinka? Obojí zahání chuť na sladké, avšak výživová hodnota může být výrazně odlišná. V případě deníku a týdeníku je zřejmé, že oba produkty uspokojují potřebu „čtíva“, avšak může být rozdíl v dotování těmito informacemi jednou týdně a jednou denně (což se stává v případě nákupu určitého čtíva do vlaku při cestě jednou za měsíc a je rozdílné při cestě každý den).

¹⁶⁰ Shodně HENNING - BODEWIG, F. *Unfair Competition Law. European Union and Member States*. Netherlands, Hague: Kluwer Law International, 2006, s. 46.

¹⁶¹ KOTÁSEK, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závažkové právo. Zvláštní část (§ 2055-3014)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1809.

O. Hruďa¹⁶² zdůrazňuje, že je nutno zkoumat, zda jsou srovnávané produkty „dostatečně zaměnitelné“, přičemž těmito jsou podle něj produkty, jejichž primární funkce je totožná - za zaměnitelné ve smyslu posuzované podmínky tak považuje laciné neznačkové hodinky a švýcarské hodiny z bílého zlata osázené diamanty, jež slouží svému majiteli také jako šperk či symbol společenského postavení. S tímto názorem se neztotožňujeme, neboť máme za to, že bez dalšího nelze konstatovat, že primárním účelem koupě takových hodinek bylo sledování času – to platí jednoznačně u prvního typu hodinek, nikoliv však u druhého. Mnoho lidí si dnes kupuje luxusní hodinky právě toliko jako symbol společenského postavení či módní doplněk, neboť sledování času je již běžné skrze téměř vždy přítomný mobilní telefon. Netvrdíme, že přípustnost takového srovnání bez dalšího vylučujeme, odmítáme však v tomto konkrétním případě konstatování primární funkce srovnávaných produktů.

Nutno zdůraznit, že srovnávány mohou být pouze „zboží nebo služba“, nikoliv osoby (zde soutěžitelé).¹⁶³ To platí zejména o jejich osobních a jiných vlastnostech, které přímo nesouvisí s jimi poskytovaným zbožím či službami (např. poukazující na národnost, rasu, pohlaví apod.). Přípustné se jeví srovnání délky působení v praxi, dosažené znalosti či zkušenosti v oboru.

Nalezení toho správného přístupu k výkladu této podmínky nebude v praxi snadné a vývoj konstantní judikatury bude trvat ještě řadu let. K extenzivnímu výkladu se lze přiklonit s ohledem na judikaturu Soudního dvora EU, který tenduje spíše k dovolenosti než zakázanosti srovnávací reklamy (spíše k liberálnímu výkladu jednotlivých podmínek), na druhou stranu nelze přijat přípustnost srovnávací reklamy u takového zboží nebo služeb, které nejsou z povahy věci skutečnými substituty.¹⁶⁴

E. Večerková dospívá k závěru, že tuto podmínku je v pochybnostech nutno vykládat spíše úžeji.¹⁶⁵

¹⁶² HRUĐA, O. *Srovnávací reklama*. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 72 a 73.

¹⁶³ ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku*. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 140.

¹⁶⁴ Kritérium substituovatelnosti používá také AUGENHOFER, S. In: HENNING – BODEWIG, F. (ed.). *International Handbook on Unfair Competition*. Germany, München: Verlag C. H. Beck, 2013, s. 64.

¹⁶⁵ VEČERKOVÁ, E. In: POKORNÁ, J., VEČERKOVÁ, E., PEKÁREK, M. *Meritum. Obchodní korporace a nekalá soutěž*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2015, s. 552.

Otázkou, která v souvislosti s touto podmínkou vyvstává, je přípustnost **šrovnávání hromadných sortimentů** nabídky různých obchodních řetězců (tzv. spotřební či nákupní koše), např. typu „nákup školních potřeb v řetězci XX sestávající se ze zboží YY nakoupíte o částku ZZ levněji než u konkurence WW“, neboť šrovnávání zpravidla nejsou totožné výrobky (nejen v typu, ale také značce), což se může odrazit v celkové ceně za takový fiktivní nákup.

- Soudní dvůr EU se naznačenou otázkou zabýval ve svém rozhodnutí ze dne 19. září 2006, sp. zn. C-356/04 (věc „Lidl proti Colruyt“).
 - Jednalo se o následující skutkový stav: Společnost Lidl a Colruyt provozují řetězce velkých obchodů, kde prodávají výrobky běžné spotřeby s označením Lidl a Colruyt. Společnost Colruyt zaslala svým zákazníkům dopis, ve kterém kromě jiných informací uvedla, že na základě jejich indexu průměrných cen společnost Colruyt vypočítala, kolik ušetří za rok rodina v jejich obchodě při nákupu za 100 € týdně. Text reklamy obsažené v dopisech byl následující: *„V průběhu uplynulého roku 2003 jste mohli u Colruyt opět výrazně ušetřit. Na základě našeho indexu průměrných cen v uplynulém roce jsme vypočítali, že rodina, která utratí týdně 100 € u Colruyt ušetřila mezi 366 a 1 129 € tím, že nakupovala u Colruyt a nikoliv v jiném supermarketu (například Carrefour, Cora, Delhaize atd.) a mezi 155 a 293 € tím, že nakupovala u Colruyt a nikoli v „hard discounter“ nebo ve velkoobchodu (Aldi, Lidl, Makro)... Abychom mohli zaručit trvale nejnižší ceny, šrovnáváme každý den osmnáct tisíc cen v ostatních obchodech. Kromě toho rovněž sbíráme údaje o všech akcích. Z toho plyne, že naše údaje jsou naprosto aktuální. Všechny ceny uchováváme ve svém centrálním počítači. Na tomto základě vypočítáváme každý měsíc rozdíl v cenách mezi Colruyt a ostatními obchody. Ten nazýváme naším cenovým indexem, který je certifikován Quality Control, nezávislým institutem pro kontrolu kvality. Závěr: u Colruyt nakupujete každý den a v každém ročním období za nejnižší ceny. Této záruce zůstaneme věrni i v roce 2004.“* Na svých internetových stránkách vysvětlovala společnost Colruyt způsob výpočtu cenového indexu, podle kterého šrovnává ceny. Dále společnost Colruyt rozdávala reklamní prospekty propagující výrobky běžné spotřeby prodávané v obchodech Colruyt s červenou etiketou a nápisem BASIC. Na letáčích byl text znění: *„BASIC. Absolutně nejnižší ceny*

v Belgii. “Společnost Lidl považovala tuto reklamu za neobjektivní, neověřitelnou a klamavou, protože reklama neuvádí konkrétní srovnávané výrobky ani jejich cenu u konkurence a neodlišují tak jednotlivé soutěžitele.

- Soudní dvůr EU dospěl k následujícím závěrům:

„Srovnávání celých sortimentů je srovnáváním ve smyslu čl. 4 písm. b) směrnice 84/450/EHS, ve znění směrnice 97/55/ES, pokud jsou oba sortimenty tvořeny jednotlivými výrobky, které je-li na ně nazíráno jako na dvojice, jednotlivě splňují požadavek srovnatelnosti.“

„Volba počtu srovnání, jež chce zadavatel reklamy provést mezi jím nabízenými výrobky a výrobky nabízenými jeho soutěžiteli, spadá do výkonu jeho hospodářské svobody.“

„Není povinností soutěžitele ve srovnávací reklamě vyjmenovat všechny srovnávané výrobky a jejich ceny, neboť takový požadavek by mohl být jen obtížně proveditelný.“

„Článek 4 písm. c) směrnice 84/450/EHS, ve znění směrnice 97/55/ES, musí být vykládán v tom smyslu, že pokud nejsou srovnávané údaje vyjmenovány v reklamním sdělení, musí v něm být uvedeno, kde a jak se s těmito údaji mohou adresáti reklamy snadno seznámit, aby si mohli ověřit jejich správnost, jakož i správnost dotčeného rysu.“

„Ceny výrobků a obecná úroveň cen patří k rysům, které jsou zároven základní, důležité, ověřitelné a charakteristické a jejich srovnání je v zásadě přípustné.“

- Soudní dvůr EU se srovnáním hromadných sortimentů zabýval také ve svém rozhodnutí ze dne 18. listopadu 2010, sp. zn. C-159/09 (věc „Lidl proti Vierzon“), zabýval následujícím sporem:
 - Společnost Lidl provozuje na francouzském území řetězec supermarketů s potravinami a mimo jiné i obchod, který se nachází v blízkosti obchodu společnosti Vierzon Distribution, která uvádí na trh výrobky běžné spotřeby pod značkou Leclerc. V roce 2006 nechala společnost Vierzon Distribution otisknout v místním deníku reklamu, která vyobrazovala pokladní účtenky s třicetičtyřmi výrobky, a to prostřednictvím obecných informací doprovázených případně údaji o váze nebo množství, přičemž šlo většinou o výrobky potravinářské, zakoupené v obchodě společnosti Vierzon Distribution a obchodě provozovaném společností

Lidl, s uvedením celkové ceny ve výši 46, 30 € v případě společnosti Vierzon Distribution a 51,40 € v případě společnosti Lidl. Uvedená reklama obsahovala rovněž slogan „*Ne každý může být E. Leclerc! Nízké ceny: díky, že E. Leclerc je stále nejlevnější.*“ a „*Anglicky se říká 'hard discount'; francouzsky 'E. Leclerc'.*“

- Z důvodu uvedené reklamy podala společnost Lidl na společnost Vierzon Distribution žalobu. Společnost Lidl tvrdila, že sporná reklama uvádí spotřebitele v omyl, ba je dokonce klame, jak z důvodu jejího předvedení, tak z toho důvodu, že Vierzon Distribution vybrala výhradně výrobky, které ji zvýhodňují, poté, co podle potřeby přizpůsobila své ceny cenám svého konkurenta. Krom toho nejsou podle společnosti Lidl uvedené výrobky srovnatelné, neboť z jejich kvalitativních a kvantitativních rozdílů vyplývá, že neslouží stejným potřebám. Společnost Lidl dále tvrdila, že pouhé uvedení pokladničních účtenek se seznamem srovnávaných výrobků ve sporné reklamě neumožňuje spotřebitelům, aby poznali charakteristické rysy těchto výrobků, a tudíž ani aby pochopili důvody cenových rozdílů v uvedené reklamě.

- Soudní dvůr EU dospěl k následujícímu závěru: „*Článek 3a odst. 1 písm. b) směrnice Rady 84/450/EHS ze dne 10. září 1984 o klamavé a srovnávací reklamě, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/55/ES ze dne 6. října 1997, musí být vykládán v tom smyslu, že pouhá okolnost, že se potravinářské výrobky liší z hlediska jejich použitelnosti a požitku spotřebitele je konzumovat, v závislosti na podmínkách a místě jejich výroby, jejich ingrediencích a výrobcí, nemůže vyloučit, že srovnání takových výrobků může splňovat požadavek stanovený v uvedeném ustanovení, podle kterého mají tyto výrobky sloužit stejným potřebám nebo mají být zamýšleny pro stejný účel, to znamená, že se mají vyznačovat dostatečnou mírou vzájemné zaměnitelnosti.*“

- Soudní dvůr EU v rozhodnutí ze dne 8. dubna 2003, sp. zn. C-44/01 (věc „Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG proti Hartlauer Handelsgesellschaft mbH a Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer“, označováno rovněž jako „**Pippig Augenoptik**“) řešil následující situaci:

- Společnost Pippig Augenoptik provozuje specializované obchody s optikou. Brýle jí dodává zhruba šedesát výrobců brýlí, jejichž vybrané kolekce ve svých obchodech prodává. Společnost

Hartlauer působí jako obchodní řetězec prodávající mimo jiné brýle méně známých značek za nízké ceny, které nenakupuje přímo od stejných dodavatelů jako specializované obchody s optikou, ale z běžných distribučních kanálů. Ve svém reklamním letáku společnost Hartlauer uváděla, že dvaapadesát porovnání cen brýlí uskutečněných v průběhu šesti let ukázalo na celkový cenový rozdíl ve výši 204 777 rakouských šilinků, tj. průměrně 3 900 rakouských šilinků na jedny brýle, s cenami specializovaných obchodů s optikou. V letáku konkrétně tvrdila, že u čoček značky Weiss činí zisk obchodů s optikou 717 procent. Tento leták obsahoval také přímé srovnání stejného modelu brýlí nabízeného společností Pippig Augenoptik za cenu 5 785 rakouských šilinků a stejného modelu nabízeného společností Hartlauer za cenu 2 000 rakouských šilinků, avšak s odlišnými čočkami. Reklama se vysílala i v rakouské televizi a rozhlase, kde však nebylo uvedeno, že srovnávané brýle mají rozdílné čočky a navíc reklama zobrazovala průčelí obchodu společnosti Pippig Augenoptik a její logo. Navíc při přípravě reklamy uskutečnili zaměstnanci společnosti Hartlauer zkušební nákup v obchodu společnosti Pippig – objednali si brýle s čočkami, tyto brýle byly posléze nafotografovány jejich fotografie byly použity v reklamním letáku, jednak jako ilustrace nabídky společnosti Pippig a jednak jako ilustrace nabídky brýlí s čočkami dodávanými společností Hartlauer, neboť v době, kdy se zkušební nákup uskutečnil, nebyly obroučky této značky v obchodech společnosti Hartlauer ještě prodávány.

- Soudní dvůr EU dospěl k následujícím závěrům:

„Článek 7 odst. 2 směrnice 84/450/EHS, ve znění směrnice 97/55/ES, brání použití přísnějších vnitrostátních ustanovení v oblasti ochrany proti klamavé reklamě na srovnávací reklamu, pokud jde o formu a obsah srovnání, aniž by bylo třeba právními předpisy upravit rozlišení mezi různými prvky srovnání, tj. údaje vztahující se k nabídce zadavatele reklamy, údaje vztahující se k nabídce soutěžitele a vztah mezi těmito dvěma nabídkami.“

„Článek 3a odst. 1 písm. a) směrnice 84/450/EHS ve znění směrnice 97/55/ES, musí být vykládán tak, že jestliže je v zásadě na uvážení zadavatele reklamy, zda uvede nebo neuvede ve srovnávací reklamě značku konkurenčních výrobků, vnitrostátnímu soudu nicméně přísluší, aby ověřil za konkrétních okolností charakterizovaných významem značky při výběru

zákazníka a značným rozdílem mezi dotýcnými značkami srovnávaných výrobků z hlediska obecné známosti, zda neuvedení známější značky může být klamavé.“

„Článek 3a odst. 1 směrnice 84/450/EHS ve znění směrnice 97/55/ES, nebrání tomu, aby srovnávané výrobky byly nakoupeny z různých distribučních kanálů.“

„Článek 3a směrnice 84/450/EHS ve znění směrnice 97/55/ES, nebrání tomu, aby zadavatel reklamy uskutečnil zkušební nákup u soutěžitele předtím, než zabývá svoji vlastní nabídkou, pokud jsou splněny podmínky dovolené srovnávací reklamy, které jsou tam uvedeny.“

Z uvedené rozhodovací praxe Soudního dvora EU vyplývá, že srovnání hromadných sortimentů nabídky je možné, pokud jednotlivé výrobky v rámci srovnávaného sortimentu (jako vzájemné dvojice) splňují podmínku srovnatelnosti. Postačí přitom, aby se srovnávané zboží vyznačovalo dostatečnou mírou zaměnitelnosti. Není nezbytné, aby byly v reklamě vyjmenovány všechny srovnávané výrobky a jejich ceny.

Česká judikatura zabývající se výkladem posuzované podmínky není příliš bohatá. Nejvyšší soud se v rozhodnutí ze dne 23. září 2011, sp. zn. 23 Cdo 1618/2010, zabýval právním posouzením srovnávací reklamy zachycující mladou ženu, označenou jako *A., studentka, Č. B.*, ve sloupcích učinného porovnání nabídky žalobkyně /286 Kč, tarif O2 Simple 240/ a žalované /224 Kč, tarif Nabito 119/ s textem, umístěným pod obrazovým logem žalované a výrazným nadpisem „*Nepodepsala*“, ve znění: „*U Vodafonu jsem zaplatila o 22 % méně než u předchozího operátora, a navíc jsem poslala více SMS*“ s tím, že text dále pokračuje méně výrazným písmem se zakončením „*Jde to i jinak*“ (označováno také jako „*reklama Nepodepsala*“). Nejvyšší soud shledal danou srovnávací reklamu právně nepřipustnou: „*Srovnání v reklamě uvedených tarifů však nelze považovat za přípustné, neboť bylo prokázáno, že tarif žalované (224 Kč, tarif Nabito 119) je tarifem pro studenty, zatímco tarif žalobkyně (286 Kč, tarif O2 Simple 240) není prioritně určen pro studenty (žalobkyně prokázala, že pro studenty nabízí tarif s výhodnějšími podmínkami). Dovolací soud soublasí se závěrem obou nižších soudů, že žalovaná zvolila neadekvátní způsob srovnání tarifů žalobkyně a žalované, který lze považovat za jednání nekalé soutěže podle § 44 odst. 1 obch. zák. (generální klauzule) i podle § 50a obch. zák. (nepřipustná srovnávací reklama)...*

Jednání žalované nelze vnímat jako obvyklé reklamní přehánění, které by spotřebitele či zákazníky nebylo schopno oklamat, ale jako neadekvátní srovnávání různých tarifů žabobkyně a žalované.“

(3) Třetí podmínka: objektivní srovnání jedné nebo více podstatných, důležitých, ověřitelných a příznačných vlastností zboží nebo služeb včetně ceny

Ustanovení § 2980 odst. 2 písm. c) OZ stanoví podmínku dovolené srovnávací reklamy spočívající v nezbytnosti, aby se jednalo o „*objektivní srovnání jedné nebo více podstatných, důležitých, ověřitelných a příznačných vlastností zboží nebo služeb včetně ceny*“

Danému ustanovení odpovídá článek 4 písm. c) směrnice 2006/114, který tuto podmínku formuluje následovně: „*objektivně srovnává jeden nebo více základních, důležitých, ověřitelných a charakteristických rysů tohoto zboží nebo těchto služeb, mezi nimiž může být i cena*“ (v doslovném anglickém znění: „*it objectively compares one or more material, relevant, verifiable and representative features of those goods and services, which may include price*“).

Při srovnání obou definic dospějeme k závěru, že požadavky na srovnávací reklamu jsou podle této podmínky následující:

- srovnání musí být objektivní (OZ i směrnice 2006/114)
- srovnávat se musí jedna či více vlastností (směrnice 2006/114 užívá výraz „*rysů*“) zboží nebo služeb
- srovnávané vlastnosti (rysy) musí být:
 - podstatné (podle směrnice 2006/114 „*základní*“),
 - důležité (OZ i směrnice 2006/114),
 - ověřitelné (OZ i směrnice 2006/114) a příznačné (podle směrnice 2006/114 „*charakteristické*“)
- mezi srovnávanými vlastnostmi může být i cena (podle doslovného znění OZ „*včetně ceny*“).

Uvedené subpodmínky musí být splněny **kumulativně** (jako celek), aby se dostálo naplnění této třetí podmínky.

Je zřejmé, že znění směrnice 2006/114 a OZ obsahuje toliko formulační odchylky, odlišné použité výrazy lze považovat za synonyma. Za problematické však považujeme spojení „**včetně ceny**“ užití ve znění českého

zákonného textu, neboť není zcela jasné, zda cena musí být součástí každého objektivního srovnání (srov. výraz „včetně ceny“), nebo tato může být součástí srovnání, avšak nemusí. Závěr, že nemusí být součástí srovnání, aby toto bylo možné považovat za objektivní, vyplývá ze samotného znění směrnice, kde je uvedeno „*which may include price*“, tedy v překladu „*kteřé může zahrnovat cenu*“. Doslovný překlad včetně jeho jazykově-logického výkladu svědčí o lepší kvalitě znění této části podmínky obsažené v písmenu c) v obchodním zákoníku ve znění k 31. prosinci 2013 („*mezi něž může patřit cena*“). Tento sporný termín je nutno vykládat v návaznosti na eurokomformní výklad (souladný se směrnicí 2006/114) a je nutno dospět k závěru, že cena součástí srovnávání být může, ale nemusí.¹⁶⁶

Tuto problémovou formulaci nalezneme také ve slovenské právní úpravě [srov. § 4 odst. 2 písm. b) slovenského zákona o reklamě] – „*vrátane ich ceny*“. Každé srovnání musí být **objektivní**. Tato subpodmínka souvisí úzce s podmínkou první [§ 2980 odst. 2 písm. a) a článek 4 písm. a) směrnice 2006/114], tedy zákazem klamavosti. Není-li určité srovnání pravdivé, poté klame a současně není objektivní. Tato podmínka míří kromě pravdivosti také na zákaz srovnávání takových vlastností zboží nebo služby, které jsou ryze subjektivního charakteru, tedy například dojem, pocit, chuť, komfort, estetický a jiný zážitek apod. Opačně J. Kotásek¹⁶⁷, který nevidí důvod, proč automaticky vylučovat ze srovnání subjektivní hodnocení spotřebitelů (mohou být samy o sobě „vlastností“).¹⁶⁸

Srovnávání musí být **vlastností „zboží nebo služby“**, nikoliv samotného soutěžitele či jeho rodiny. Sporné se jeví srovnávání vlastností zaměstnanců soutěžitele, máme však za to, že pokud toto srovnání míří na vlastnosti

¹⁶⁶ Viz ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 143. Na spornost výrazu „včetně ceny“ poukazuje také KOTÁSEK, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055-3014)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1809; a HAJN, P. In: ŠVESTKA, J., DVORÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 1189.

¹⁶⁷ KOTÁSEK, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055-3014)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1810.

¹⁶⁸ Takové subjektivní hodnocení je však ve Francii shledáno judikaturou jako nepřipustné. Francouzský soud považoval za právně nedovolenou reklamu „Renault prodal dvakrát více automobilů v Německu než VW ve Francii.“ TGI Paris Réf. 23. září 1991, Gaz.Pal. 1991, 2. Jurisprudence 576. In: HENNING – BODEWIG, F. *Unfair Competition Law. European Union and Member States*. Netherlands, Hague: Kluwer Law International, 2006, s. 119.

zaměstnanců související s přímým výkonem jejich soutěžní činnosti (dalo by se *de facto* uvažovat o vlastnostech „služby“), poté by toto nebylo vyloučeno z přípustnosti srovnání.

Srovnávána může být i jedna vlastnost zboží nebo služby, případně více.

Srovnávané vlastnosti zboží nebo služby musí být **podstatné (základní), důležité, ověřitelné a příznačné (charakteristické)**.¹⁶⁹ Z uvedeného tak vyplývá, že srovnávány mohou být skutečně relevantní vlastnosti (rysy, znaky) zboží nebo služeb, nikoliv znaky marginální, resp. takové, které průměrný spotřebitel při svém nákupu nepovažuje za stěžejní charakteristický prvek, podle kterého by se rozhodoval.¹⁷⁰

Výkladem dílčích podmínek (subpodmínek) kladených na srovnávací reklamu podle posuzovaného bodu se zabývala také **rozhodovací praxe Soudního dvora EU i českých soudů**:

- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. listopadu 2010, sp. zn. C-159/09 (věc „Lidl proti Vierzon“): „*Článek 3a odst. 1 písm. c) směrnice 84/450, ve znění směrnice 97/55, musí být vykládán v tom smyslu, že podmínka ověřitelnosti stanovená v uvedeném ustanovení vyžaduje, pokud jde o takovou reklamu, jako je reklama dotčená v původním řízení, která srovnává ceny dvou sortimentů zboží, aby předmětné zboží mohlo být přesně identifikováno na základě informací obsažených v uvedené reklamě.*“
- Soudní dvůr EU v rozhodnutí ze dne 8. dubna 2003, sp. zn. C-44/01 (věc „Pippig Augenoptik“) dospěl k následujícímu závěru: „*Srovnání ceny nemá za následek oslabení důvěryhodnosti soutěžitele ve smyslu čl. 3a odst. 1 písm. e) směrnice 84/450/EHS ve znění směrnice 97/55/ES, ani z důvodu,*

¹⁶⁹ Rakouský OGH považuje za nepřipustná vágní srovnání. Viz OGH ze dne 24. října 2000, ÖBI. 2002, 19 – „Heisser Streit“. Obdobně OGH ze dne 9. dubna 2002, ÖBI, 2002, 173 – „Mehr darf der Spass nicht kosten!“. Shodně Italský dozorový orgán Autorita Garante ze dne 23. ledna 2001, No. 9143, Boll. 4/01.

¹⁷⁰ Ačkoliv je zřejmé, že pokud dostane spotřebitel dvě cenově totožné nabídky a jedno zboží bude navíc obsahovat nějakou bonusovou zanedbatelnou vlastnost „navíc“, je pravděpodobné, že pokud bude například rovněž shodná značka, délka záruky apod. rozhodne se zakoupit právě to zboží, které poskytuje něco víc. To ale neznamená, že právě taková marginální vlastnost může být předmětem dovolené srovnávací reklamy. Je samozřejmě otázkou, co považuje průměrný spotřebitel za relevantní vlastnosti zboží nebo služby. To se týká například barvy výrobku – pro určitého spotřebitele (i v pojetí „průměrnosti“) je barva zboží důležitá (typicky pro ženy), pro jiného nikoliv; barva může být relevantní vlastností zboží v případě určitého druhu zboží (například osobní automobil), zatímco u jiného ne (například součástka umístěvaná pod kapotu automobilu).

že rozdíl cen mezi srovnávanými výrobky je větší než rozdíl mezi průměrnými cenami, ani z důvodu počtu provedených srovnání. Článek 3a odst. 1 písm. e) směrnice 84/450/EHS ve znění směrnice 97/55/ES nebrání tomu, aby vedle jména soutěžitele bylo ve srovnávací reklamě reprodukováno jeho logo a snímek průčelí jeho obchodu, jestliže tato reklama splňuje podmínky dovolené srovnávací reklamy stanovené právem Společenství.“

- Nejvyšší soud ze dne 22. října 2014, sp. zn. 23 Cdo 2000/2013: *„Reklamou, která využívá srovnávací tabulku produktů konkurence v různých časových obdobích je nutno považovat za nepřipustnou srovnávací reklamu.“*
- Vrchní soud v Praze ze dne 19. ledna 2010, sp. zn. 3 Cmo 159/2009:¹⁷¹ *„Pokud reklama je zcela konkrétní potud, že proti sobě staví dva tarify (po jednom od žalobce a žalovaného) a jednoznačný závěr o tom, že výhodnější pro zákazníka je tarif žalovaného, avšak činí tak bez toho, že by byly uvedeny podmínky, jež pro výpočet úspory žalovaný použil, nejsou nijak vzaty v úvahu závazky, jež na sebe zákazníci jako uživatelé obou tarifů musí vzít, není uvedeno, jaký objem a jakých služeb byl v obou tarifech nabízen a byl skutečně čerpán, pak srovnání výkonů a služeb účastníků není objektivní.“*

Z uvedené rozhodovací praxe soudů vyplývá, že srovnávané zboží musí být přesně identifikovatelné. Cena je přípustným a relevantním znakem ke srovnání zboží nebo služby, je však nezbytné, aby bylo zboží nebo služba srovnávána ve stejných časových obdobích. V případě tvrzení o úspoře při volbě zboží nebo služeb určitého soutěžitele je nutno zvážit všechny okolnosti (například druh závazků, objem nabízených a čerpaných dat v případě služeb mobilních operátorů).

(4) Čtvrtá podmínka: srovnání zboží s označením původu pouze se zbožím stejného označení

Ustanovení § 2980 odst. 2 písm. d) OZ upravuje podmínku dovolené srovnávací reklamy spočívající v nutnosti *„srovnání zboží s označením původu pouze se zbožím stejného označení“*.

Danému ustanovení odpovídá článek 4 písm. e) směrnice 2006/114, který tuto podmínku formuluje takto: *„u produktů s označením původu se vždy odvolává na produkty se stejným označením“*.

¹⁷¹ In: MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech nekalé soutěže a obchodní firmy (2000 – 2010)*. II. díl. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 437.

Lze konstatovat, že evropská i česká úprava posuzované podmínky je shodná. Z uvedeného vyplývá, že ve srovnávací reklamě může být srovnáváno vždy jen zboží stejného označení původu. K označení původu blíže viz česká úprava obsažená v zákoně č. 452/2001 Sb., o ochraně označení původu a zeměpisném označení, ve znění pozdějších předpisů.¹⁷²

Tato podmínka dopadá pouze na „zboží“, nikoliv služby, neboť pouze výsledek určité činnosti (následný produkt) lze vztahovat ke specifickým vlastnostem souvisejícím se svým původem.

„Komentované ustanovení se označuje rovněž jako tzv. šampaňská klauzule, která byla do směrnice 84/450 ve znění směrnice 97/55 včleněna po intervenci Francie, a z této vyplývá, že lze srovnávat jen „šampaňské se šampaňským“, tedy z oblasti Champagne ve Francii, víno Bordeaux s jiným vínem ze stejné oblasti apod.“¹⁷³

Soudní dvůr EU se zabýval výkladem posuzované podmínky v následujícím rozhodnutí:

- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 19. dubna 2007, sp. zn. C-381/05 (věc „Champagnebier“), kde dospěl k závěru, že „*článek 3a odst. 1 písm. b) směrnice 84/450/EHS, ve znění směrnice 97/55/ES, musí být vykládán v tom smyslu, že ne každé srovnání, které se pro výrobky bez označení původu odvolává na výrobky s označením původu, je nedovolené.*“ Uvedené rozhodnutí tak relativizuje *per se* zákaz odvolávání se pro výrobky bez označení původu na výrobky s tímto označením.

(5) Pátá podmínka: nezlehčování soutěžitele, jeho postavení, jeho činnost nebo její výsledky nebo jejich označení ani z nich nekalým způsobem netěží

Ustanovení § 2980 odst. 2 písm. e) OZ stanoví podmínku dovolené srovnávací reklamy v nezbytnosti, aby srovnávací reklama „*nezlehčovala soutěžitele, jeho postavení, jeho činnost nebo její výsledky nebo jejich označení ani z nich nekalým způsobem netěží*“.

¹⁷² Podle § 2 písm. a) tohoto zákona se označením původu rozumí „*název oblasti, určitého místa nebo země (dále jen „území“)* používaný k označení zboží pocházejícího z tohoto území, jestliže kvalita nebo vlastnosti tohoto zboží jsou výlučně nebo převážně dány zvláštním zeměpisným prostředím s jeho charakteristickými přírodními a lidskými faktory a jestliže výroba, zpracování a příprava takového zboží probíhá ve vymezeném území; za označení původu pro zemědělské výrobky nebo potraviny jsou pokládána i tradiční zeměpisná nebo nezeměpisná označení pro zboží pocházející z vymezeného území, splňuje-li takové zboží ostatní podmínky podle tohoto ustanovení“.

¹⁷³ ONDREJJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 146.

Uvedenému ustanovení české právní úpravy odpovídají dvě podmínky podle úpravy evropské: článek 4 písm. d) směrnice 2006/114, který stanoví, že srovnávací reklama je povolena pouze tehdy, pokud „*nemá za následek oslabení důvěryhodnosti nebo znevážení ochranné známky, obchodní firmy nebo jiného rozlišovacího znaku, zboží, služeb, činností nebo postavení soutěžitele*“ a článek 4 písm. f) směrnice 2006/114, podle něhož nesmí srovnávací reklama „*těžít protiprávně z dobré pověsti ochranné známky, obchodní firmy nebo jiných rozlišovacích znaků soutěžitele anebo označení původu konkurujících produktů*“.

V pojetí české a evropské úpravy je u této posuzované podmínky podstatný obsahový (nikoliv toliko formulační, jak tomu bylo u předchozích podmínek) rozdíl [zejména ve vztahu k subpodmínce uvedené níže pod písmenem a)].

České pojetí posuzované podmínky v sobě obsahuje celkem **dvě dílčí subpodmínky**:

- a) zákaz zlehčování soutěžitele, jeho postavení, činnost nebo její výsledky nebo jejich označení a
- b) zákaz nekalého těžení z postavení, činnosti, jejich výsledků nebo označení soutěžitele.

ad a) *zákaz zlehčování soutěžitele, jeho postavení, činnost nebo její výsledky nebo jejich označení*

Jak již bylo uvedeno výše, česká verze této subpodmínky zakazuje srovnávací reklamu, pokud by tato „zlehčovala“ soutěžitele, jeho postavení, činnost nebo její výsledky nebo jejich označení. Verze podle směrnice 2006/114 zakazuje, aby srovnání mělo „*za následek oslabení důvěryhodnosti nebo znevážení*“ ochranné známky, o obchodní firmy nebo jiného rozlišovacího znaku, zboží, služeb, činností nebo postavení soutěžitele (český překlad textu směrnice plně odpovídá anglickému znění: „*it does not discredit or denigrate...*“).

Ačkoliv se na první toliko jazykový pohled může zdát, že obě verze vyznívají shodně, opak je pravdou.

Český význam zákazu „zlehčování“ je totiž nutno zkoumat v kontextu ustanovení § 2984 odst. 1 OZ, které zakazuje „*jednání, jímž soutěžitel uvede nebo rozšiřuje o poměrech, výkonech nebo výrobku jiného soutěžitele nepravdivý údaj způsobit tomuto soutěžiteli přivodit újmu*“ a § 2984 odst. 2 věta první OZ, podle něhož je zlehčováním „*i uvedení a rozšiřování pravdivého údaje o poměrech, výkonech nebo výrobku jiného soutěžitele, pokud jsou způsobit tomuto soutěžiteli přivodit újmu*“.

Zlehčováním se tedy podle českého pojetí rozumí jak šíření údajů pravdivých, tak nepravdivých, jsou-li tyto způsobitelné přivodit soutěžiteli (zde srovnávanému) újmu (tato může být toliko potenciální, nikoliv skutečná, a jak hmotná, tak nehmotná).

Použitý výraz v české úpravě „nezlehčuje“ údají „*de facto popírá samotnou podstatu srovnávací reklamy, neboť si lze jen těžko představit takovou srovnávací reklamu, která by za situace, kdy používá pravdivé údaje, v konečném důsledku nezlehčovala jiného (srovnávaného) soutěžitele – nepůsobovala mu potenciálně újmu. Účelem a smyslem každé srovnávací reklamy je totiž ukázat své výrobky a služby v lepším „světě“, typicky za užití údajů, které mají spotřebitele nebo další zákazníky přesvědčit o výhodnosti koupě zboží a služeb od soutěžitele, který z dané srovnávací reklamy „vychází lépe“.* Uvádí-li soutěžitel ve srovnávací reklamě exaktně správné údaje, je splněna jedna z podmínek srovnávací reklamy, tedy podmínka objektivního srovnání obsažená v ustanovení § 2980 odst. 2 písm. c) OZ [a zřejmě také podmínka obsažená v § 2980 odst. 2 písm. a) OZ], ale současně by nikdy nemohla být splněna posuzovaná podmínka nezlehčování, neboť by z dané reklamy pro srovnávaného soutěžitele vyplynulo, že i uvedení pravdivých údajů o jeho zboží či službách, pokud ze srovnání vyplývá, že konkurence je levnější, kvalitnější apod., je způsobitelné přivodit mu újmu“.¹⁷⁴ I kdyby byl v konkrétním případě přijat výklad „zlehčováním“ doslovně podle znění § 2984 OZ, máme za to, že by k zákazu srovnávací reklamy splňující všechny ostatní podmínky na její dovolenost kladené, musel přistoupit ještě test generální klauzule a u takové reklamy by jen stěží šlo dospět k její rozpornosti s dobrými mravy soutěže.

„*Oslabení důvěryhodnosti či znevážení*“¹⁷⁵ (směrnice 2006/114) považujeme za přísnější podmínku než pouhé „*šíření případně pravdivých údajů, které je způsobitelné přivodit srovnávanému soutěžiteli újmu*“ (OZ), když česká verze je naplněnější při každém šíření pravdivého údaje, pokud srovnávaný soutěžitel z tohoto „vychází“ hůř (což ostatně nastává při každé srovnávací reklamě).

¹⁷⁴ ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku*. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 148. Ke shodnému závěru se kloní také KOTÁSEK, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055-3014)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1811.

¹⁷⁵ Oslabení důvěryhodnosti se považuje za slabší formu než znevážení. Vzhledem k tomu, že jsou obě podmínky spojeny, není nutné mezi nimi rozlišovat. In HENNING – BODEWIG, F. *Unfair Competition Law. European Union and Member States*. Netherlands, Hague: Kluwer Law International, 2006, s. 47.

Je tedy zjevné, že český zákonodárce při překladu zásadně pochybil, čímž dostal českou verzi zkoumané podmínky do příkrého rozporu s evropským pojetím podle směrnice 2006/114. I takové pochybení je však nutno hojit výkladem komformním s textem směrnice a vykládat jej tedy tak, jak stanoví směrnice – tedy jako zákaz, aby srovnání mělo „*za následek oslabení důvěryhodnosti nebo znevážení*“ ochranné známky, obchodní firmy nebo jiného rozlišovacího znaku, zboží, služeb, činností nebo postavení soutěžitele, nikoliv ve smyslu českého pojetí zlehčování podle § 2984 OZ. Takový výklad je nutno považovat za kompatibilní s rozhodovací praxí Soudního dvora EU, který příkazuje vykládat srovnávací reklamu co nejvýhodněji, tedy spíše v její prospěch než neprospěch.

Podmínku podle § 2980 odst. 2 písm. e) věty první OZ je tak nutno vykládat tak, že se zakazuje srovnávací reklama, která „*zlehčuje nepravdivými údaji*“, případně tak, že se zakazuje toliko taková srovnávací reklama, která zlehčuje do takové míry, že diskredituje srovnávaného soutěžitele na úrovni rozporu s dobrými mravy soutěže.

Slovenská právní úprava srovnávací reklamy tuto podmínku pojala vhodně, když ji formuluje výrazy „nediskredituje ani nehání“ [srov. § 4 odst. 2 písm. c) slovenského zákona o reklamě].

ad b) *zákaz nekalého těžení z postavení, činnosti, jejich výsledků nebo označení soutěžitele*

Tato subpodmínka dovolené srovnávací reklamy představuje zákaz nekalého těžení z postavení, činnosti soutěžitele nebo jejich výsledků či označení. Dopadá zejména na zaváděcí reklamy (nových soutěžitelů či jejich produktů či služeb), které nesou parazitní rysy a využívají prostřednictvím srovnávací reklamy pověst jiného soutěžitele za účelem vlastní prezentace zboží nebo služeb.

Zakázáno je takové těžení z postavení, činnosti, jejich výsledků nebo označení soutěžitele, které by bylo nekalé, tedy bylo mimo jiné činěno jednáním zavrženímhodným z pohledu dobrých mravů soutěže.

V českém právním prostředí se lze pro výklad této podmínky inspirovat skutkovou podstatou nekalé soutěže „parazitování na pověsti“ podle § 2982 OZ.

Posuzovanou podmínkou se zabýval také **Soudní dvůr EU** ve své rozhodovací praxi (zejména ve vztahu k nekalému těžení z pověsti spojené s ochrannou známkou soutěžitele):

- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 12. června 2008, sp. zn. C-533/06 (věc „O2 Holdings Limited a O2 (UK) Limited proti Hutchinson 3G UK Limited“, označovaná rovněž jako „O2“): „*Článek 5 odst. 1 a 2 první směrnice Rady 89/104/EHS ze dne 21. prosince 1989, kterou se sbližují právní předpisy členských států o ochranných známkách a čl. 3a odst. 1 směrnice 84/450/EHS, ve znění směrnice 97/55/ES, je nutno vykládat tak, že majitel zapsané ochranné známky není oprávněn zakázat ve srovnávací reklamě, která splňuje všechny podmínky přípustnosti stanovené ve výše uvedeném čl. 3a odst. 1, užívání označení totožného nebo podobného jeho ochranné známce třetími osobami. Nicméně jestliže jsou splněny podmínky vyžadované v čl. 5 odst. 1 písm. b) směrnice 89/104/EHS pro zákaz použití označení totožného nebo podobného zapsané ochranné známce, je vyloučeno, aby srovnávací reklama, ve které je zmiňované označení použito, splňovala podmínku přípustnosti upravenou v čl. 3a odst. 1 písm. d) směrnice 84/450/EHS, ve znění směrnice 97/55/ES. „... „Článek 5 odst. 1 písm. b) směrnice 84/450/EHS je nutno vykládat tak, že majitel zapsané ochranné známky není oprávněn zakázat, aby třetí osoby ve srovnávací reklamě užívaly označení podobné této ochranné známce pro zboží nebo služby totožné s těmi, pro něž byla zmiňované ochranná známka zapsána, nebo jim podobné, jestliže toto užívání nezpůsobí u veřejnosti nebezpečí záměny, a to bez ohledu na skutečnost, zda srovnávací reklama splňuje všechny podmínky přípustnosti uvedené v článku 3a směrnice 84/450/EHS, ve znění směrnice 97/55/ES.“*- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. června 2009, sp. zn. C-487/07 (věc „L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie proti Bellure NV, Malaika Investments Ltd, Starion International Ltd“, označovaná rovněž jako „L'Oréal proti Bellure, Malaika, Starion“):
 - „*Článek 5 odst. 1 písm. a) první směrnice Rady 89/104/EHS musí být vykládán v tom smyslu, že majitel zapsané ochranné známky je oprávněn dát zakázat použití označení totožného s touto ochrannou známkou pro výrobky nebo služby totožné s těmi, pro něž byla zmiňovaná ochranná známka zapsána, třetími osobami ve srovnávací reklamě, která nesplňuje všechny podmínky přípustnosti stanovené v čl. 3a odst. 1 směrnice Rady 84/450/EHS ze dne 10. září 1984 o klamavé a srovnávací reklamě, ve znění*

směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/55/ES ze dne 6. října 1997, a to i v případě, že toto použití není s to způsobit újmu základní funkci ochranné známky, již je označit původ výrobků nebo služeb, za podmínky, že toto použití působí újmu nebo je s to způsobit újmu některé z ostatních funkcí ochranné známky.“...

- *„Článek 5 odst. 2 první směrnice Rady 89/104/EHS ze dne 21. prosince 1988, kterou se sblížíjí právní předpisy členských států o ochranných známkách, musí být vykládán v tom smyslu, že existence protiprávního těžení z rozlišovací způsobilosti nebo dobrého jména ochranné známky ve smyslu tohoto ustanovení nepředpokládá ani existenci nebezpečí záměny, ani existenci nebezpečí újmy způsobené rozlišovací způsobilostí nebo dobrému jménu ochranné známky, nebo obecněji jejímu majiteli. Prospěch z užívání označení podobného ochranné známce s dobrým jménem třetí osobou je touto osobou získán ze zmíněné rozlišovací způsobilosti nebo dobrého jména ochranné známky protiprávně, jestliže se tímto užíváním snaží kráčet ve stopách ochranné známky s dobrým jménem s cílem využít její přitažlivosti, dobrého jména a prestiže a bez finanční kompenzace využívat obchodního úsilí vyvinutého majitelem ochranné známky k vytvoření a pěstování jejího image.“*
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 23. března 2010, spojené věci sp. zn. C-236/08, C-237/08 a C-238/08 (věc „Google France SARL, Google Inc. proti Louis Vuitton Malletier SA; Google France SARL proti Viaticum SA, Luteciel SARL; Google France SARL proti Centre national de recherche en relations humaines SARL, Piere – Alexis Thonetovi, Bruno Raboinovi, Tiger SARL“, označovaná rovněž jako „Google proti Louis Vuitton“): *„Byla-li ochranná známka užívána jako klíčové slovo, majitel této ochranné známky nemůže vůči společnosti Google uplatňovat výlučné právo, které vyvozuje ze své ochranné známky. Toto právo může naproti tomu uplatnit vůči inzerentům, kteří si prostřednictvím klíčového slova odpovídajícího jeho ochranné známce nechají zajistit, že společnost Google zobrazí inzerci, která průměrnému uživateli internetu neumožňuje nebo mu umožňuje jen obtížně zjistit, od kterého podniku pocházejí výrobky nebo služby, kterých se inzerce týká.“*
- Soudní dvůr EU ze dne 8. července 2010, sp. zn. C-558/08 (věc „Portakabin Ltd, Portakabin BV proti Primakabin BV“, označovaná rovněž jako „Portakabin proti Primakabin“): *„Majitel ochranné známky je oprávněn zakázat inzerentovi, aby prostřednictvím klíčového slova totožného s touto ochrannou známkou nebo jí podobného, které si tento inzerent bez souhlasu*

uvedeného majitele vybral v rámci služby optimalizace pro internetové vyhledávače, prováděl reklamu na zboží nebo služby, které jsou totožné s těmi, pro něž je uvedená ochranná známka zapsána, jestliže uvedená reklama průměrnému uživateli internetu neumožňuje nebo jen obtížně umožňuje zjistit, zda zboží nebo služby, kterých se inzerce týká, pocházejí od majitele ochranné známky nebo od podniku, který je s ním hospodářsky propojen, či naopak od třetí osoby.“

Z uvedené rozhodovací praxe Soudního dvora EU vyplývá, že majitel ochranné známky není oprávněn zakázat ve srovnávací reklamě, která splňuje všechny podmínky přípustnosti, užívání označeného totožného nebo podobného jeho ochranné známce třetím osobám. Pokud byla ochranná známka užívána jako klíčové slovo v internetovém vyhledávači, může majitel uplatnit své právo, které vyvozuje z ochranné známky, vůči inzerentům, kteří si nechají u tohoto vyhledávače zajistit zobrazení inzerce narušující práva z ochranné známky, nikoliv však vůči internetovému vyhledávači. Majitel ochranné známky je za určitých okolností oprávněn zakázat inzerentovi, aby prostřednictvím klíčového slova podobného majitelově ochranné známce prováděl vlastní reklamu.

(6) Šestá podmínka: nenabízení zboží nebo služby jako napodobení či reprodukci zboží nebo služby označovaných ochrannou známkou soutěžitele nebo jeho názvem

Ustanovení § 2980 odst. 2 písm. f) OZ stanoví podmínku dovolené srovnávací reklamy tak, aby tato „nenabízela zboží nebo službu jako napodobení či reprodukci zboží nebo služby označovaných ochrannou známkou soutěžitele nebo jeho názvem“.

Tomu odpovídá také znění článku 4 písm. g) směrnice 2006/114: „nepředstavuje zboží nebo službu jako napodobeninu nebo reprodukci jiného zboží nebo služeb nesoucích ochrannou známkou nebo obchodní firmou“.

Toto ustanovení poskytuje ochranu ochranným známkám a názvu soutěžitele (jeho zboží nebo služby) při jejich používání ve srovnávací reklamě na jejich napodobeniny.

V tomto ustanovení nejsou obsažena omezení kladená na reklamu na napodobeniny zboží nebo služby označené ochrannou známkou soutěžitele nebo jeho názvem, ale její přímý zákaz.

Zakazuje se srovnávací reklama na imitace značkového zboží, a to i v případě, že jsou tyto imitace za napodobeniny či reprodukce označeny (např. „napodobenina“, „reprodukce“, „imitace“, ale také jejich synonyma či obdobné výrazy).

Tato podmínka se označuje rovněž jako tzv. „parfémová klauzule“, neboť byla do směrnice 2006/114 včleněna v důsledku intervence Francie zejména za účelem ochrany francouzských originálních parfémů před srovnávací reklamou jejich imitací.

Posuzovanou podmínkou se zabýval také **Soudní dvůr EU** ve své rozhodovací praxi:

- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. června 2009, sp. zn. C-487-07 (věc „**L'Oréal proti Bellure, Malaika, Starion**“): *„Článek 3a odst. 1 směrnice 84/450/EHS o klamavé a srovnávací reklamě, ve znění směrnice 97/55, musí být vykládán v tom smyslu, že inzerent, který ve srovnávací reklamě výslovně či implicitně zmiňuje, že výrobek, který uvádí na trh, představuje napodobeninu výrobku nesoucího velmi známou ochrannou známku, představuje „zboží nebo službu jako napodobeninu nebo reprodukci“ ve smyslu tohoto článku 3a odst. 1 písm. b). Prospěch, jehož inzerent dosáhl díky takovéto protiprávní srovnávací reklamě, musí být považován za „získaný protiprávně“ z dobré pověsti spojené s touto ochrannou známkou, ve smyslu uvedeného čl. 3a odst. 1 písm. g).“*

II.3.3 Výhledy de lege ferenda v evropské regulaci srovnávací reklamy

Komise EU¹⁷⁶ má v úmyslu na základě výše uvedené judikatury Soudního dvora EU přezkoumat rozsah definice srovnávací reklamy a její souvislost s určitými právy duševního vlastnictví náležejícími účastníkům trhu. Oblasti, které by mohly vyžadovat další objasnění, se týkají používání ochranné známky soutěžitele ve srovnávací reklamě, srovnání produktů s označením původu s produkty bez tohoto označení, jakož i podmínek, za nichž může být podnikatelova reklama v souladu s právem založena na srovnání cen

¹⁷⁶ Evropská komise. Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a výboru regionů. *Ochrana podniků před klamavými marketingovými praktikami a zajištění účinného prosazování práva. Revize směrnice 2006/114/EŠ o klamavé a srovnávací reklamě*. 27. listopadu 2012. [online] [cit. 10. 10. 2016], s. 10 a 12.

pouze u některých skupin výrobků. Komise EU rovněž zamýšlí vyjasnit pravidla o srovnávací reklamě, zejména pokud jde o srovnávání cen a vztah mezi srovnávací reklamou a právy duševního vlastnictví.

II.3.4 Dílčí závěr

Právní úprava podmínek kladených na právně přípustnou srovnávací reklamu obsažená v české úpravě obsažené v § 2980 odst. 2 písm. b), d) a f) OZ je prakticky totožná s právní úpravou obsaženou ve směrnici 2006/114.

Podmínka obsažená v písm. a) je více obecná a nepřesná, když míří toliko na zákaz klamavosti bez dalšího, tedy bez výslovného zohlednění právní úpravy klamavých obchodních praktik (jak činí směrnice 2006/114).

Podmínka v písm. c) obsahuje jazykově nejasnou formulaci „včetně ceny“, z níž není zřejmé, zda cena musí být součástí srovnání vždy či nikoliv (podle směrnice 2006/114 cena být součástí srovnání být může, ale nemusí a v tomto kontextu je nutno vykládat českou úpravu).

Podmínka obsažená v písm. e) v sobě zahrnuje dvě podmínky ze směrnice 2006/114, přičemž jedna z nich – příkaz, aby srovnávací reklama „nezlehčovala“ jiného soutěžitele, jeho postavení, činnost nebo její výsledky nebo jejich označení, by při doslovném (avšak nepřípustném) výkladu mohla vést prakticky k zákazu srovnávací reklamy jako takové (zlehčování vykládané v kontextu § 2984 OZ představuje jak šíření nepravdivých, tak pravdivých údajů, které je způsobilé přivodit újmu srovnávanému soutěžiteli – každá srovnávací reklama, která by splňovala všechny ostatní podmínky by byla způsobilá přivodit újmu srovnávanému soutěžiteli, neboť by tento s pravděpodobností blížící se jistotě vycházel z tohoto srovnání hůře než ten, kdo danou reklamu zadal). Při respektování výkladu v souladu se směrnicí 2006/114 i rozhodovací praxí Soudního dvora EU, která klade důraz na co nejpríznivější výklad dílčích podmínek a tenduje spíše k dovolenosti srovnávací reklamy než jejím zákazu, je nutno podmínku podle § 2980 odst. 2 písm. e) věty první OZ vykládat tak, že se zakazuje srovnávací reklama, která „zlehčuje nepravdivými údaji“, případně tak, že se zakazuje toliko taková srovnávací reklama, která zlehčuje do takové míry, že diskredituje srovnávaného soutěžitele na úrovni rozporu s dobrými mravy soutěže.

Českou právní úpravu srovnávací reklamy (§ 2980 OZ) lze v obecné rovině považovat za kompatibilní s evropskou úpravou (článek 4 směrnice 2006/114). V těch podmínkách, kde kompatibilní není, je nutno přijat při výkladu dílčích podmínek kladených evropskou úpravou na dovolenou srovnávací reklamu eurokomformní pojetí, tedy výklad souladný s článkem 4 směrnice 2006/114 (jak vyplývá z rozhodovací praxe Soudního dvora EU).

Tendence rozhodovací praxe Soudního dvora EU ohledně srovnávací reklamy směřují k jejímu liberálnějšímu pojetí a vyzdvihování jejího přínosu zejména pro spotřebitele, stranou však není ponechán také význam její regulace pro soutěžitele (zejména ty, jejichž zboží či služby jsou srovnávány).

Na rozdíl od klamavé reklamy je rozhodovací praxe Soudního dvora EU týkající se srovnávací reklamy poměrně frekventovaná a rozvinutá. Je tomu tak zřejmě i z důvodu, že posuzování klamavosti podléhá spíše kulturním, historickým a morálním hlediskům členských států a jejich průměrných spotřebitelů, ale také vzhledem k neúplné harmonizaci úpravy klamavé reklamy a demonstrativní charakter výčtu znaků, které by soudy měly při posuzování klamavosti zvažovat, nemají národní soudy „potřebu“ obracet se s předběžnými otázkami na Soudní dvůr EU.

Evropská úprava srovnávací reklamy je však plně harmonizovaná a některé podmínky kladené na dovolenou srovnávací reklamu nejsou zcela jasné (to platí zejména v otázkách srovnávání tzv. spotřebitelských košů, používání ochranných známek soutěžitelů v reklamě apod.).

II.4 Perspektivy vývoje unijního práva na ochranu proti nekalé soutěži a vliv na české právo

II.4.1 Ochrana obchodního tajemství v unijní a české úpravě nekalé soutěže

Česká úprava nekalé soutěže obsažená v § 2985 OZ prostřednictvím jedné ze zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže zajišťuje ochranu v případě

porušení obchodního tajemství.¹⁷⁷ Unijní úprava této problematiky byla nově zavedena směrnicí 2016/943, která by do vnitrostátního práva měla být provedena do 9. června 2018. Česká republika dosud implementaci neprovedla.

Význam ochrany obchodního tajemství spočívá v propojení dvou jinak relativně samostatných oblastí regulace, a totiž soutěžního práva s právem duševního vlastnictví. Obě problematiky spolu velmi úzce souvisí, zvláště v moderní znalostní ekonomice. „*Každý patent, průmyslový vzor či ochranná známka je na počátku své existence tajemstvím (zavedení nového výrobku, budoucí revoluční léčivý přípravek, prototyp nového automobilového motoru atd.). Až do získání ochrany v podobě práva duševního vlastnictví jsou společnosti vystaveny riziku odizování cenných výzkumných poznatků a informací.*“¹⁷⁸ Právní úprava ochrany obchodního tajemství právě na tento problém reaguje. Zároveň ale umožňuje zajistit ochranu i těm zájmům, kterým právo duševního vlastnictví ochranu neposkytuje vůbec.

Koncepce směrnice 2016/943 vychází z metody minimální harmonizace, členské státy proto mají možnost *stanovit širší ochranu před neoprávněným získáním, využitím nebo zpřístupněním obchodních tajemství, jsou-li dodrženy záruky na ochranu zájmů jiných osob výslovně stanovené touto směrnicí,*¹⁷⁹ musí však zajistit soulad s vybranými ustanoveními této směrnice.¹⁸⁰ Pokud jde o další charakteristiky, pak lze konstatovat, že směrnice není 2016/943 není zaměřena jen na spotřebitelskou oblast jako tomu např. v případě unijní úpravy nekalých obchodních praktik, ale cílí především na vztahy mezi obchodníky, čímž se blíží pojetí nekalé soutěže v českém právu, resp. tomu, co je obecně v současné době pro tuto oblast úpravy obvyklé.

Ústředním pojmem unijní i české úpravy je pojem *obchodní tajemství*.

¹⁷⁷ V tomto textu nebudeme dopodrobna rozebírat problematiku ochrany před porušením obchodního tajemství v občanském zákoníku, nebylo by to na místě s ohledem na zaměření publikace na unijní úpravu. Odkazujeme proto na odbornou literaturu k tomuto ustanovení. Poděkování patří též Pavlu Koukalovi za možnost konzultace a osvětlení některých souvislostí. k české úpravě obchodního tajemství viz komentář k § 2985 OZ, HAJN, P. In: ŠVESTKA, J., DVORÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I.* Praha: Wolter Kluwer, a. s., 2014 či KOUKAL, P. Obchodní tajemství v novém občanském zákoníku. *Časopis pro právní vědu a praxi.* Brno: Masarykova univerzita, 2013, roč. 21, č. 4, s. 467–475.

¹⁷⁸ Průvodní dokument k návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o ochraně nezveřejněného know-how a obchodních informací (obchodního tajemství) před neoprávněným získáním, použitím a zveřejněním /* SWD/2013/0472 final */ odst. 1.

¹⁷⁹ Odst. 10 preambule směrnice 2016/943.

¹⁸⁰ Viz článek 1 odst. 1 směrnice 2016/943.

Směrnice 2016/943 jej definuje jako informace, které:

1. jsou tajné v tom smyslu, že nejsou jako celek nebo v přesném uspořádání a souhrnu jejich částí obecně známy nebo běžně dostupné osobám v kruzích, které se dotčeným druhem informací běžně zabývají;
2. tím, že jsou tajné, mají komerční hodnotu;
3. osoba, která jimi oprávněně disponuje, podnikla za daných okolností odpovídající kroky, aby je udržela v tajnosti;¹⁸¹

Je tedy na první pohled patrné, že úprava byla převzata z dohody o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví (TRIPS).¹⁸² V občanském zákoníku je obchodní tajemství definováno systematicky mimo úpravu nekalé soutěže, a to v rámci úpravy věcí v § 504 OZ a definováno je jako věc tvořená:

1. konkurenčně významnými,
2. určitelnými,
3. ocenitelnými a
4. v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupnými skutečnostmi, které
5. souvisejí se závodem a
6. jejichž vlastníky zajišťuje ve svém zájmu odpovídajícím způsobem jejich utajení.¹⁸³

Již první pohled na výčet požadavků naznačuje možný nesoulad mezi unijní a českou úpravou, máme však za to, že ve skutečnosti se obě definice příliš neliší. Fakt, že unijní právo nedefinuje stejně jako právo české obchodní tajemství jako věc, je v zásadě irelevantní. Společný oběma úpravám je přístup vycházející ze zájmu vlastníka obchodního tajemství určité informace chránit, v tomto ohledu je česká definice konformní. Směrnici stanovený

¹⁸¹ Článek 2 odst. 1 směrnice 2016/943.

¹⁸² Viz článek 39 dohody o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví. Je na místě věnovat pozornost pojetí obchodního tajemství dle této mezinárodní smlouvy, protože je pravděpodobné, že ovlivní i výklad unijní úpravy. Stejně tak je z pohledu posouzení významné srovnání úpravy v dohodě o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví s úpravou českou. K tomu viz KOUKAL, P. Obchodní tajemství v novém občanském zákoníku. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, 2013, roč. 21, č. 4, s. 469 a násl.

¹⁸³ Viz § 504 NOZ.

znak komerční hodnoty splývá s požadavkem českého práva na konkurenční významnost a ocenitelnost, resp. eurokonformním výkladem k tomuto závěru lze dojít.¹⁸⁴ Podmínka obsažená v českém právu, jež váže informace k závodu, je z pohledu unijního práva zužující, problém lze nicméně překonat eurokonformním výkladem a tedy z pohledu českého práva širokým pojetím tohoto českého požadavku. Odborná literatura¹⁸⁵ ostatně upozorňuje na jeho nedostatky již nyní i bez vazby na právo unijní. Požadavek konkurenční významnosti obsažený v českém právu v unijní směrnici rovněž není přítomen, implicitně z ní však vyplývá, proto jej nelze hodnotit jako zužující. Požadavek tajnosti je v zásadě totožný. Přes zjištěné rozdíly lze proto konstatovat, že případné problémy jsou překonatelné soudní cestou prostřednictvím výkladu.

Unijní i česká právní úprava chrání obchodní tajemství před jeho porušením. To je ve směrnici 2016/943 definováno prostřednictvím pozitivního výčtu oprávněných získání, využití a zpřístupnění obchodního tajemství v článku 3 a negativním výčtem zakázaných získání dle článku 4 této směrnice. Zobecníme-li tyto požadavky, pak o porušení půjde tehdy, pokud k získání obchodního tajemství nedošlo:

1. nezávislou činností na vlastníkově obchodního tajemství, tj. bez souhlasu a tedy vlastní činností případně jednáním zaměstnanců, za předpokladu, že takové jednání je v souladu s právem nebo jiným způsobem, je-li v souladu se zásadami poctivého obchodního styku, nebo
2. se souhlasem jeho vlastníka.

Získání obchodního tajemství bez souhlasu vlastníka je dle článku 4 směrnice 2016/943 neoprávněné, tehdy, pokud k němu dojde prostřednictvím:

- a) neoprávněného přístupu k dokumentům, předmětům, materiálům, látkám nebo elektronickým souborům, které jsou oprávněně v držení vlastníka obchodního tajemství a které obsahují obchodní tajemství nebo z nichž lze obchodní tajemství odvodit, či jejich přisvojení nebo zkopírování;

¹⁸⁴ Na možné problémy takového postupu ale upozorňuje P. Koukal. Viz KOUKAL, P. Obchodní tajemství v novém občanském zákoníku. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita, 2013, roč. 21, č. 4, s. 470.

¹⁸⁵ Viz výklad k § 2985 OZ, HAJN. P. In: ŠVESTKA, J., DVORÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*. Praha: Wolter Kluwer, a. s., 2014.

- b) jakéhokoli jiného jednání, které se za daných okolností považuje za porušení zásad poctivého obchodního styku.

V českém právu je porušení obchodního tajemství definováno § 2985 OZ jako: „jednání, jímž jednající jiné osobě neoprávněně sdělí, zpřístupní, pro sebe nebo pro jiného využije obchodní tajemství, které může být využito v soutěži a o němž se dověděl

- a) tím, že mu tajemství bylo svěřeno nebo jinak se stalo přístupným na základě jeho pracovního poměru k soutěžiteli nebo na základě jiného vztahu k němu, popřípadě v rámci výkonu funkce, k níž byl soudem nebo jiným orgánem povolán, nebo
- b) vlastním nebo cizím jednáním přičícím se zákonu.“

Již na první pohled je z úpravy v občanském zákoníku patrné, že svým dosahem přesahuje úpravu unijní, přesah je nicméně takového charakteru, že nepředstavuje porušení směrnice 2016/943. Podotýkáme dále, že požadavek ochrany obchodního tajemství tak, jak jej požaduje směrnice, je podle českého práva dosažitelný již na základě generální klauzule nekalé soutěže, která toto jednání v zásadě postihuje. S ohledem na přístup, který český zákonodárce uplatnil v jiných případech implementace unijních směrnic, zvláště pokud jde o směrnici 2005/29 a 2006/114, se však jeví úprava českého práva žádoucí, a to s ohledem na právní jistotu jejich adresátů. Modifikovat bude nutné zejména nutné definici obchodního tajemství změnit tak, aby jak je u českého přístupu k implementaci směrnic v oblasti nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik, takřka doslova přebírala znění směrnice 2016/943. Samotné vymezení tohoto pojmu však může zůstat na současném místě občanského zákoníku.

Problém s unijní úpravou ve vztahu k právu českému se nicméně objevuje v oblasti výjimek. Článek 5 směrnice totiž vylučuje z dosahu ochrany obchodního tajemství případy, kdy k zásahu do tohoto právem chráněného zájmu došlo v některém z následujících případů:

- a) „za účelem výkonu práva na svobodu projevu a informací, jak je stanoveno v Lisíně, včetně respektování svobody a plurality sdělovacích prostředků;
- b) v zájmu odhalení pochybení, pochybného jednání nebo protiprávní činnosti, pokud žalovaný jednal za účelem ochrany obecného veřejného zájmu;
- c) bylo zpřístupněno zaměstnanci jejich zástupcům v rámci řádného výkonu jejich funkcí v souladu s unijním a vnitrostátním právem, pokud takové zpřístupnění bylo pro tento výkon nezbytné;

d) *za účelem ochrany oprávněného zájmu, který uznává unijní nebo vnitrostátní právo.*“

Zde budou nutné výraznější změny české úpravy. Z pohledu systematického se nám nejeví případné, aby tyto výjimky byly upraveny společně s úpravou rozdělení věcí, tzn. v přímé vazbě na § 504 OZ nebo dokonce přímo v tomto ustanovení. Zakotvení v rámci úpravy nekalé soutěže se ovšem rovněž nejeví vhodným, neboť výjimky věcně přesahují rámec problematiky regulované občanským zákoníkem v ustanoveních o nekalé soutěži.

Dalším problémem je ochrana práv osob dotčených zásahem do obchodního tajemství. Překážkou není stávající úprava zdržovacích nároků v občanském zákoníku v oblasti nekalé soutěže, které jsou požadovány článkem 10 odst. 1 písm. a) a b) směrnice 2016/943. Co již ale stávající úprava ochrany proti nekalé soutěži patrně neumožňuje, je možnost ochrany předpokládaná článkem 10 odst. 1 písm. a c) směrnice 2016/943, tzn. možnost prostřednictvím předběžných a zajišťovacích opatření dosáhnout vydání „*zabavení nebo odevzdání výrobků podezřelých z porušení obchodního tajemství, včetně výrobků dovezených, s cílem zabránit jejich vstupu na trh nebo oběhu na trhu.*“¹⁸⁶ Podle stávající úpravy by totiž mohla představovat problém vedoucí k zamítnutí žaloby skutečnost, pokud by tyto výrobky již nebyly v dispozici rušitele,¹⁸⁷ máme přitom za to, že směrnice tuto možnost očekává.

Zohlednění tohoto požadavku bude vyžadovat změnu a doplnění § 2988 OZ, cestou výkladu směrnicí 2016/943 předpokládaného stavu docílit nelze, ledaže by se jednalo o výklad extenzivní. S ohledem na zásadu právní jistoty považujeme v tomto ohledu změnu § 2988 OZ a jeho doplnění za preferovanou variantu.

II.4.2 Úprava nekalých obchodních praktik v potravinářském dodavatelském řetězci v unijním právu

Zcela novou oblastí regulace právem Evropské unie v oblasti nekalé soutěže má být úprava nekalých obchodních praktik v potravinářském dodavatelském

¹⁸⁶ Viz článek 10 odst. 1 písm. b) a c) směrnice 2016/943.

¹⁸⁷ Hruša, O. *Vynucování právní úpravy nekalé soutěže*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 81.

řetězci. V době, kdy je psán tento text, je tato úprava pouze ve stádiu příprav, byť pokročilých. Překročena tedy byla hranice prosté úvahy či záměru věc upravit.

Skutečnost, že právní úprava této problematiky dosud nebyla přijata, zavádá důvod pro odlišný přístup v této kapitole. Tato publikace je zaměřena na vlivy unijního práva v oblasti nekalé soutěže na právo vnitrostátní. V této oblasti o vlivu v právě slova smyslu nelze uvažovat, když ani sama Evropská unie ještě nemá ujasněnu představu o konkrétním obsahu právní úpravy. Stávající návrhy totiž mohou být v legislativním procesu značně změněny. Nadto zatím ani nemají jasné kontury, znění úpravy s návrhy konkrétních článků zatím nebylo Komisí připraveno. S ohledem na neexistenci unijní úpravy nemá být české právo zatím jak ovlivňováno, což v případě ostatních směrnic zkoumaných v této publikaci neplatí. Účinek na unijní právo již existuje též v případě výše probírané směrnice 2016/943, byť lhůta pro její implementaci ještě neuplynula. Tento účinek spočívá v povinnosti členského státu směrnicí provést a dále v povinnosti zdržet se takového jednání včetně změn vlastní legislativy, které by mohly ohrozit její cíl.¹⁸⁸ Zde, v případě unijního záměru regulovat určitý segment nekalých obchodních praktik ani takový požadavek nevzniká.

Zamýšlená unijní úprava nekalých obchodních praktik v potravinářském dodavatelském řetězci bude na rozdíl od směrnice 2005/29 zaměřena na vztahy mezi obchodníky. Komise a Evropský parlament identifikovali nejčastěji se vyskytující praktiky mezi podnikateli. Dá se očekávat, že úprava bude obsahovat generální klauzuli takové praktiky obecně zakazující, která bude doplněna o seznam (černou listinu) praktik typových. Evropská komise za problematické označila praktiky spočívající v:

- nejednoznačných smluvních podmínkách
- neexistenci písemných smluv
- nepoctivém přenesení obchodního rizika

¹⁸⁸ Srov. odst. 45 rozsudku Soudního dvora EU ze dne 18. prosince 1997. *Inter-Environnement Wallonie ASBL proti Région wallonne*. Věc C-129/96., kde tento soud konstatoval, že před uplynutím implementační doby členské státy nic členské státy nenuť přijímat prováděcí opatření. Zároveň ale dodal, že v této době rovněž nesmí přijmout úpravu takovou, která by mohla vážně ohrozit dosažení cíle sledovaného příslušnou směrnicí.

- nepoctivém používání informací
- nepoctivém ukončení obchodního vztahu
- teritoriálním omezením nabídky¹⁸⁹

Z výčtu je patrné, že povaha těchto praktik se liší od nekalých obchodních praktik určených k ochraně spotřebitele.¹⁹⁰ Jejich společným rysem je přenos nákladů a podnikatelského rizika na slabší smluvní stranu a jejich podstata dotýká předmluvních jednání, která se následně promítají do smluvních ujednání nebo přímo smluvních vztahů jako takových.¹⁹¹ Není proto případné hovořit o nekalé soutěži či nekalých obchodních praktikách, ale spíše o ochraně proti zneužívajícím smluvním ujednáním.¹⁹²

Jisté je, že smluvní svoboda a autonomie vůle podnikatelských subjektů bude omezena v dosud bezprecedentní míře. Nová úprava bude, bude-li přijata, představovat další publicizaci soukromého práva.

Pokud jde o hodnotový základ směrnice, pak nelze než suše konstatovat, že záměr upravovat tuto problematiku je možno odůvodnit jen politicky, a to nikdy nekončící snahou zákonodárce obecně a Evropské unie speciálně činit dobro za každou cenu. Možná je ale tento legislativní záměr signálem budoucího nového pojetí „slabší smluvní strany“ v právu Evropské unie a extenzí jeho obsahu i do dříve nemyslitelné oblasti profesionálů. Není vyloučeno, že jde o začátek dlouhodobějšího procesu, který povede k syntéze dosud oddělených právních sfér obchodníků (B2B) a obchodníků se spotřebiteli (B2C). Doktrinální uchopení bude náročné už proto, že spotřebitel je definován osobními kvalitami (či spíše nedostatky), zatímco v případě dotčených podnikatelů je rozhodující jejich strukturální postavení v dodavatelském řetězci,¹⁹³ které ale nic nevypovídá o jejich osobních kvalitách, které by snad mohly být důvodem zvláštní ochrany.

¹⁸⁹ Viz zelená kniha o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinového a nepotravinového zboží COM/2013/37 final. Další praktiky identifikoval Evropský parlament, viz usnesení Evropského parlamentu ze dne 7. června 2016 o nekalých obchodních praktikách v potravinářském dodavatelském řetězci (2015/2065(INI)).

¹⁹⁰ Viz část III. kapitola 6.

¹⁹¹ Srov. BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. 1. vyd. Brno: Masarykova Univerzita, 2016, s. 169.

¹⁹² Ibidem, s. 169.

¹⁹³ Ibidem, s. 151.

Za problematický považujeme též navrhovaný právní základ. Vychází totiž z článku 114 Smlouvy o fungování EU a dle našeho názoru je sporný, a to z důvodů, které byly obecně vymezeny v části I. kapitole 2. Dodavatelské řetězce jsou pravda charakteristické přítomností nadnárodních koncernů. Právní vztahy s malými a středními podniky, jichž se úprava má týkat, ale mají převažující lokální charakter. Vnitřní trh proto významně dotčen není, alespoň tedy ne v míře, která by podle našeho názoru ospravedlňovala zásah na unijní úrovni.

V tuzemské literatuře se otázce regulace nekalých obchodních praktik v podnikatelských vztazích dlouhodobě věnuje J. Bejček. Jeho dílo je úctyhodné a jakýkoliv pokus v této publikaci na omezeném prostoru tuto problematiku uchopit nutně musí skončit nežádoucím primitivním zobecněním. Bejčkův přístup je racionálně rezervovaný s oporou v doktríně, čímž ostře kontrastuje s přístupem unijních orgánů, kde politika je na prvním místě a právo až druhé. V podrobnostech odkazujeme na jeho stěžejní publikaci k tématu.¹⁹⁴

II.4.3 Dílčí závěr

Ochrana obchodního tajemství v unijním právu vytváří spojení mezi úpravou proti nekalé soutěži a právem duševního vlastnictví. Zajistí ochranu tam, kde právo duševního vlastnictví uplatněno být nemůže. Česká právní úprava je do značné míry konformní, potřeba bude jen kosmetických změn, a to především z důvodu právní jistoty adresátů úpravy. V dostatečné míře by ovšem postačovala i stávající generální klauzule nekalé soutěže, tento přístup by ovšem nebyl v souladu s dosavadními postupy uplatňovanými českým zákonodárcem při implementaci směrnic z oblasti nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik, který je charakteristický doslovným přebíráním textu implementovaných směrnic. Zcela jistě však bude žádoucí upravit předběžně a zajišťovací opatření v případě porušení ochrany obchodního tajemství v českém občanském zákoníku.

Návrh právní úpravy nekalých obchodních praktik v potravinářském dodavatelském řetězci zatím žádnou reakci ze strany českého zákonodárce

¹⁹⁴ Viz BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. 1. vyd. Brno: Masarykova Univerzita, 2016., autor však k problému publikoval i dílčí studie.

nevyžaduje. Pochybnosti ovšem vzbuzuje koncepce a smysl i účel navrhované právní úpravy. Otázkou totiž je, zda je vhodné a právně zdůvodnitelné přenášet specifické principy ochrany spotřebitele na další kategorie osob, jejich kvality i nedostatky s právní kategorií spotřebitelů srovnatelné nejsou.

III NEKALÉ OBCHODNÍ PRAKTIKY V EVROPSKÉ A ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ

Směrnice 2005/29 byla přijata jako úplný standard, což bude rozebráno dále, jehož cílem je vytvořit jednotná pravidla pro obchodní praktiky ovlivňující přeshraniční poskytování služeb a koupě zboží.¹⁹⁵ Spotřebitel byl sice v jednotlivých státech Evropské unie chráněn, přístupy a míra ochrany se však mnohdy značně lišily a byly jiné a především vzájemně nekompatibilní s pojetím, které se postupně začalo prosazovat v judikatuře Soudního dvora EU.¹⁹⁶ Zavedení jednotného standardu znamenalo nicméně, že v některých státech musela být stávající úroveň ochrany spotřebitele snížena.¹⁹⁷ Česká republika mezi takové země nepatřila.

Pokud jde o implementaci směrnice do vnitrostátního právního řádu, je zářezující údaj o počtu směrnicí dotčených vnitrostátních předpisů. Česká republika jich totiž identifikovala celkem 64, což je více než třikrát více, než kolik uvedl druhý stát v pořadí, jímž je Maďarsko s 21 dotčenými předpisy. Většina států uvedla pouze jedno nebo dvě vnitrostátní prováděcí opatření.¹⁹⁸ Údaj o počtu dotčených předpisů samozřejmě sám o sobě

¹⁹⁵ Velmi podrobně jsou věcné důvody (nikoliv tedy důvody ideologické ve smyslu „spotřebitel musí být chráněn“) rozebrány v rámci analýzy nedostatků metody minimální harmonizace v ABBAMONTE, G. B. The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach. *Columbia Journal of European Law*. 2006, Vol. 12, Issue 3, s. 698 a 699.

¹⁹⁶ Příkladem může být např. vymezení osoby spotřebitele. Soudní dvůr EU definoval ve svých rozhodnutích průměrného spotřebitele, zatímco Soudní dvůr EU používá test „průměrného spotřebitele“, tedy spotřebitele běžně informovaného, pozorného a obezřetného, některé členské státy namísto toho vycházely z vlivu obchodních praktik na **zranitelné spotřebitele**, nebo na malou část spotřebitelů (například 10 až 15%) při posuzování jejich férovosti. Viz návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům obchodních praktikách na vnitřním trhu a o změně směrnice 84/450 / EHS, 97/7 / ES a 98/27 / ES (Směrnice o nekalých obchodních praktikách směrnice) {SEK (2003) 724} / * KOM / 2003/0356 final - COD 2003/0134 * / odst. 21.

¹⁹⁷ Konkrétně to nastalo v případě Švédska a Dánska, které proto hlasovaly proti přijetí této směrnice, byly však přehlasovány. WEATHERILL, S. The Consumer Rights Directive: How and why a quest for „coherence“ has (largely) failed. *Common Market Law Review*. 2012, s. 1284 a 1287.

¹⁹⁸ Viz *Zelená kniha o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinového a nepotravinového zboží* / * COM/2013/037 final - 2012/ () */ [online] Evropská unie. [cit. 1. 10. 2016].

nemá vypovídací hodnotu, nemusí být tedy nutně vnímán např. jako signál o jisté neorganizovanosti české úpravy, ale může být naopak dokladem velmi pečlivé práce českého zákonodárce a organického zapracování jejího obsahu do českého vnitrostátního právního řádu nebo poctivě provedené notifikace. V každém případě bude ale práce českého zákonodárce obtížnější na pečlivost a uvědomění si unijního pozadí vnitrostátní úpravy v případě budoucích změn směrnice, jakož i v případě změn dotčených vnitrostátních předpisů prováděných z jeho vlastní iniciativy, tedy bez vazby na unijní právo. Těžiště úpravy problematiky nekalých obchodních praktik bylo provedeno do zákona o ochraně spotřebitele. Zákonodárce tudíž nevyužil možnosti regulovat tuto problematiku cestou minimálních změn vnitrostátního práva, jako např. prostřednictvím rozšířením ochrany proti nekalé soutěži obdobně, jako to učinil zákonodárce německý.¹⁹⁹

Obsah směrnice je charakteristický širokým záběrem, dopadá jak na fázi před smluvní, tak i fázi plnění smlouvy, jakož i na praktiky, k nimž dochází poté, co závazek již zanikl. Uplatní se přitom jak ve vazbě na již existující smluvní vztah, tak i bez vazby na jakoukoliv uzavřenou nebo uzavíranou smlouvu. Z hlediska věcného záběru praktiky pak není rozhodný smluvní typ ani okolnosti a místo, kde k regulovaným praktikám dochází. Směrnice má tudíž průřezový charakter a chrání spotřebitele při nákupu téměř čehokoliv a v jakékoliv situaci.²⁰⁰

Právní úprava má veřejnoprávní charakter, od obchodníka se očekává, že stanové požadavky splní. Jednání spotřebitele či jeho případný souhlas se zakázanou praktikou jsou z pohledu uplatnění směrnice v zásadě irelevantní.

Směrnice 2005/29 je primárně orientována na spotřebitele a jeho ekonomické zájmy, jejím smyslem a účelem je nicméně zprostředkovaně chránit též soutěž a ekonomické zájmy jiných soutěžitelů. Právní úprava je tedy sice

¹⁹⁹ Úprava v německém UWG se vztahuje jak na praktiky mezi podnikateli (B2B), tak i vůči spotřebiteli (B/C). K vysvětlení německé implementace viz KEIRSBLICK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 156 a 157.

²⁰⁰ Viz TOMÁŠEK, M., TYČ, V., a kol. *Právo Evropské unie*. 1. vydání. Praha: Leges, 2013, s. 246.

tržně orientovaná, avšak trh není nejvyšší a absolutní hodnotou, musí být chápán v kontextu vysoké úrovně ochrany spotřebitele.²⁰¹

Cílem směrnice 2005/29 je rovněž eliminovat nejistotu spotřebitele ohledně úpravy jejich práv na jiných trzích. Směrnice má tedy zajistit, že standard, který zná a předpokládá z úpravy vlastní, může očekávat též v případě transakcí s přeshraničním prvkem. Obdobně je argumentováno právy obchodníků, kterým má směrnice usnadnit přeshraniční podnikání vytvořením jednotného (harmonizovaného) právního prostředí. Sbližování práva na ochranu proti nekalým obchodním praktikám prostřednictvím směrnice tedy přispívá k tomu, aby bylo dosaženo cíle vytvořit vnitřní trh a zároveň zabezpečena vysoká úroveň ochrany spotřebitele. Výhodou této metody je, že eliminuje možné konflikty mezi příslušnými základními svobodami a vnitrostátními opatřeními na ochranu spotřebitele, na které ostatně bylo upozorňováno v první kapitole této práce, protože jsou unijním zákonodárcem uvedeny do souladu.²⁰²

Právní úprava dále vychází z objektivní odpovědnosti obchodníka, rozhodný je proto výsledek, zavinění se nezkoumá, což je přístup, který se uplatňuje též v oblasti nekalé soutěže, a i zde v případě nekalých obchodních praktik funguje stejně.²⁰³

III.1 Vnější a vnitřní meze směrnice 2005/29

Směrnice 2005/29 sleduje za cíl ochránit spotřebitele před závažnými následky nekalých obchodních praktik. Tohoto cíle má být dosaženo úplnou (maximální) harmonizací vnitrostátní úpravy. Evropská unie při návrhu směrnice 2005/29 a volbě metody harmonizace zohlednila dosavadní

²⁰¹ Zde je zřetelná odlišnost směrnice 2005/29 od nástrojů práva na ochranu proti nekalé soutěži. Ty tradičně vychází z teorie majtkových práv, nebo z teorie zneužití soutěžních práv, ochrana spotřebitele může být reflektována, ale jako doplňující prvek. V případě unijní úpravy majtková práva nehrají v úpravě směrnice 2005/29 přímou roli a ochrana soutěže je sledována jen sekundárně. DYER, A. Unfair Competition in Private International Law. In: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1988, vol. 211, s. 383.

²⁰² Viz stanovisko generální advokátky Trstenjak ze dne 6. září 2012. Georg Köck proti Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb. Věc C-206/11, pozn. č. 6.

²⁰³ Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014, sp. zn. 7 As 110/2014.

negativní zkušenosti s minimální harmonizací klamavé reklamy, která nebyla schopna v dostatečné míře eliminovat překážky postihující podniky a spotřebitele a jejich nejistotu, pokud jde o použití právních předpisů na praktiky poškozující ekonomické zájmy spotřebitelů.²⁰⁴ Požadavek úplné harmonizace je zdůrazněn dostatečně explicitně již preambuli této směrnice, a to hned na několika místech.²⁰⁵ Otázkou samozřejmě je, co z toho vyplývá pro vnitrostátní právo. Dovodit rozhodně nelze požadavek doslovného převzetí textu směrnice do vnitrostátního práva. Možné a v zásadě i žádoucí je přizpůsobení unijního standardu realitě vnitrostátního práva, jeho systematické a jazyku. Použití odlišné terminologie či formulací přitom není na závadu, samozřejmě při vědomí nutnosti zohledňovat požadavky směrnice, pokud jde o jí sledovaný smysl a účel a při dostatečné reflexi principů aplikace unijního práva, zde konkrétně povinnosti eurokonformního výkladu. Zásadnější odchylky nicméně mohou být problematické z důvodu rizika odchýlení se od požadovaného standardu.

Zcela vyloučeno je přijetí standardu rozšiřujícího úpravu vnitrostátní nad maximální unijní rámec. Příkladem takové situace může být postup Belgie, která problematiku vázaných nabídek upravila zákazem, když podle Belgické vlády došlo k vyhodnocení požadavků směrnice 2005/29 a jejich legislativnímu omezení²⁰⁶. Zvoleno bylo tedy řešení obecné a preventivní. Směrnice naproti tomu vychází z předpokladu poctivosti obchodních praktik, ledaže by byly naplněny podmínky jejich zákazu. Tím ale, jak ostatně potvrdila i generální advokátka, *sleduje opačný koncept ve prospěch svobody podnikání obchodníka, který v podstatě odpovídá myšlence „in dubio pro libertate“*²⁰⁷ a ad hoc

²⁰⁴ Uvedené důvody jsou výslovně uvedeny v odst. 4 preambule směrnice 2005/29. Trváme nicméně na závěrech v předchozích částech této práce, z nichž vyplývá, že tato argumentace je do určité míry zavádějící. Nejistotu totiž eliminují pravidla mezinárodního práva soukromého a překážky dané rozdílnými úpravami jsou překážkami tvrzenými, nikoliv již ale v praxi znatelně pociťovanými, a to za cenu úplného odstranění vnitrostátní úpravy určené i pro rze vnitrostátní záležitosti. Uznáváme nicméně, že současný konsensus v judikatuře Soudního dvora EU i většinové odborné literatuře, pokud jde o výklad míry svření pravomoci Evropské unii, našemu přístupu nesvědčí.

²⁰⁵ Odst. 11, 12, 14 a 15 preambule směrnice 2005/29.

²⁰⁶ Stanovisko generální advokátky Verici Trstenjak ze dne 21. října 2008. Spojené věci C-261/07 a C-299/07, VTB-VAB NV proti Total Belgium NV a Galatea BVBA proti Sanoma Magazines Belgium NV. Odst. 84.

²⁰⁷ Ibidem, odst. 81.

posuzování dílčích jednání. Tomuto pojetí přisvědčil i Soudní dvůr EU.²⁰⁸ Postup Belgie proto vyhodnotil jako neodpovídající požadavkům úplné harmonizace stanoveným ve směrnici. Konstatoval, že „členské státy nemohou přijmout více omezující opatření, než jaká jsou stanovená směrnici, a to ani s cílem dosáhnout vyšší úrovně ochrany spotřebitele.“²⁰⁹

III.1.1 Vnější meze úplné harmonizace

Z požadavku úplné harmonizace nicméně existují výjimky. Dosah unijní právní úpravy totiž může být limitován, a to jejími vnějšími a vnitřními mezemi. Vnější meze jsou v prvé řadě určeny právním základem směrnice 2005/29 a její návazností na vnitřní trh. Dále vyplývají z působnosti a z cíle a účelu, který je touto směrnicí sledován, dosah je takto omezen jen na ochranu spotřebitele (použije se ve vztazích B2C, vztahy B2B a C2C již ale leží za její vnější mezí). Vnější meze předurčují rovněž vztah směrnice k jiným unijním nástrojům. Vymezení vnějších mezí ve směrnici 2005/29 nemusí nutně znamenat vyloučení vlastní unijní úpravy v příslušné oblasti.²¹⁰ Příkladem je oblast unijní regulace zdravotní nezávadnosti a bezpečnosti produktů,²¹¹ která je z dosahu směrnice vyloučena jejím článkem 3 odst. 3. Přesto směrnice jasně v příloze č. 1 vymezuje zakázané praktiky a zakazuje explicitně též obchodníko *„[n]epravdivé tvrzení, že produkt může vyléčit nemoci, poruchu nebo tělesné postižení.“* Takovéto konflikty jsou řešeny prostřednictvím článku 3 odst. 4 směrnice 2005/29 a v něm obsaženého pravidla, dle něhož je směrnice 2005/29 vůči ostatním unijním nástrojům v postavení *lex generalis*. Rozhodné proto bude těžiště právní úpravy. Bude-li zájmem ochrana zdraví ve smyslu obecné hodnoty veřejného zájmu v rámci politiky ochrany zdraví, uplatní se speciální úprava a dopad směrnice 2005/29 bude vyloučen. Bude-li naproti tomu předmětem úpravy ochrana individuálního spotřebitele před nekalým jednáním obchodníka a v rámci ní se sekundárně projeví

²⁰⁸ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 23. dubna 2009. (VTB-VAB NV (C-261/07) Galatea BVBA (C-299/07) proti Total Belgium NV (C-261/07) Odst. 59.

²⁰⁹ Ibidem, odst. 52.

²¹⁰ MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 88.

²¹¹ Tato kategorie zahrnuje unijní směrnice z oblasti regulace tabákové reklamy, léčivých přípravků.

požadavek ochrany zdraví, použije se úprava ve směrnici 2005/29.²¹² Jinými slovy, primárním účelem zakázané praktiky z přílohy č. 1 směrnice 2005/29 není ochrana zdraví, ale ochrana spotřebitele, a to přesto, že sekundárně bude zákazem takové praktiky zdraví spotřebitele pravděpodobně rovněž chráněno.

Vnější meze dopadu směrnice 2005/29 nejsou vymezeny jen rozdílným těžištěm právní úpravy, ale její použití je dále možné jen, pokud v dané oblasti již v unijním právu nebyly přijaty jiné nástroje obsahující úpravu nekalých praktik konkrétnější povahy, nebo odvětvově zaměřenou. Příkladem může být směrnice o smlouvách o spotřebitelském úvěru na nemovitosti určené k bydlení,²¹³ která zakazuje vázaný prodej, přestože ze směrnice 2005/29 jinak vyplývá požadavek ad hoc přezkumu. Jde však o úpravu odvětvovou, a proto má vůči směrnici 2005/29 postavení *lex specialis*.²¹⁴ Opačně bude hodnocena situace, kdy podnikatel poskytující telekomunikační služby bude požadovat vyplnění formuláře pro přenos čísla, aniž by tento formulář byl veřejně dostupný on-line a zároveň nebude kontaktní prostřednictvím telefonního spojení. Směrnice o univerzální službě²¹⁵ takové jednání nezakazuje, jelikož její článek 30 stanoví pouze požadavek možnosti přenosu čísla a jeho rychlé realizace. Půjde však o zakázanou agresivní obchodní praktiku ve smyslu článku 9 písm. d), *kteří veškeré obtížné nebo neúměrné mimosmluvní překážky uložené obchodníkem v případě, že spotřebitel chce uplatnit svá smluvní práva,*

²¹² Máme za to, že právě tyto závěry lze dovodit ze stanoviska generálního advokáta Geelhoeda ve věci C-99/01. V tomto případě byl pan Linhart shledán vinným ze spáchání správního deliktu, který způsobil tím, že dodal do obchodního řetězce Billa mýdlo Palmolive označené jako dermatologicky testované. Tím měl totiž vyvolat ve spotřebitelích mylný dojem, že dané mýdlo může mít zdravotní účinky. Generální advokát dovodil, že v tomto případě šlo o opatření, které nemiřilo na ochranu veřejného zdraví, ale spotřebitele a férové soutěže.

²¹³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/17/EU ze dne 4. února 2014 o smlouvách o spotřebitelském úvěru na nemovitosti určené k bydlení a o změně směrnic 2008/48/ES a 2013/36/EU a nařízení (EU) č. 1093/2010.

²¹⁴ Komise EU. *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách ze dne 25. května 2016, SWD(2016) 163 final*. [online] [cit. 10. 10. 2016], s. 15.

²¹⁵ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/22/ES ze dne 7. března 2002 o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací (směrnice o univerzální službě).

*včetně práv na vypovězení smlouvy nebo na přechod na jiný produkt nebo k jinému obchodníkovi za definiční kritérium takové praktiky považuje.*²¹⁶

- Soudní dvůr se problému poměru směrnice 2005/29 k jiným unijním nástrojům, jejichž některé instituty mohou mít vůči ní povahu *lex specialis*, zabýval v rozhodnutí ve slovenské předběžné otázce Jana Pereničová a Vladislav Perenič proti SOS financ, spol. s r. o. ze dne 15. března 2012, sp. zn. C-453/10:
 - Jana Pereničová a Vladislav Perenič se žalobou domáhali, aby spotřebitelská úvěrová smlouva, kterou dne 12. března 2008 uzavřeli se společností SOS financ, spol. s r. o., nebankovní institucí poskytující spotřebitelské úvěry na základě formulářových smluv, byla prohlášena za neplatnou. Podle této smlouvy společnost SOS financ, spol. s r. o. poskytla žalobcům v původním řízení úvěr ve výši 150.000 SKK (4.979 €), který měli splácet ve 32 měsíčních splátkách po 6.000 SKK (199 €), přičemž poslední, 33. měsíční splátka se měla rovnat výši úvěru. Žalobci v původním řízení tak byli povinni vrátit částku ve výši 342.000 SKK (11352 €). RPSN byla v uvedené smlouvě stanovena ve výši 48,63 %, i když podle výpočtu provedeného soudem ve skutečnosti odpovídala 58,76 %, jelikož společnost SOS financ, spol. s r. o. nezahrnula do výpočtu RPSN náklady spojené s poskytnutím úvěru. Krom toho smlouva obsahovala klauzule, které oba žalobce znevýhodňovaly. Otázkou bylo, zda lze tyto klauzule považovat za neplatné pro jejich rozpor se směrnicí 2005/29.
 - Podstata problému ve sporu podle generální advokátky Trstenjak spočívá v tom, že popsané jednání společnosti SOS financ, spol. s r. o. lze považovat jak za zneužívající klauzuli ve smyslu směrnice 93/13, tak i za klamavé jednání, a tedy nekalou obchodní praktiku podle směrnice 2005/29, jelikož je poskytnuta nesprávná informace a spotřebitel není informován o skutečném rozsahu smluvních práv a povinností. Podobně je podle generální advokátky třeba posoudit i případ, ve kterém obchodník naformuluje podstatné smluvní klauzule nejasně a nesrozumitelně, aby spotřebiteli neposkytl důležité informace. Je dále možné, že nesprávné, a tím klamavé údaje ve smluvní klauzuli ve smyslu

²¹⁶ Příklad převzat z výše citovaných pokynů k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách ze dne 25. května 2016, SWD(2016) 163 final.

směrnice 2005/29 právě vytvářejí její nekalý charakter.²¹⁷ Podle Soudního dvora EU však pouze na základě tohoto prvku nelze automaticky konstatovat zneužívající charakter sporných klauzulí, hodnocení je totiž nutné provést na základě kritérií vycházejících z toho, co stanoví sama směrnice 93/13. Generální advokátka dále připomíná, že směrnice 2005/29 sice ve svém článku 13 zakotvuje povinnost členských států stanovit sankce za porušení vnitrostátních předpisů přijatých na základě této směrnice. Dodává ale, že výklad v tom smyslu, že jako sankci lze stanovit i neplatnost smluvní klauzule, by ale byl v jednoznačném rozporu se směrnicí 93/13. ***Konstatování nekalého charakteru obchodní praxe podle směrnice 2005/29 tudíž dle Soudního dvora EU nemá přímý dopad na otázku, zda je smlouva platná s ohledem na směrnici 93/13. Tato otázka je z dosahu směrnice 2005/29 vyloučena*** neboť žádné její ustanovení nelze považovat za možný právní základ takového posouzení. To tak bude nutné provádět výhradně podle kritérií obsažených ve směrnici 91/13.²¹⁸

III.1.2 Vnitřní meze úplné harmonizace

V rámci pozitivně vymezené sféry vztahů, kterých se směrnice primárně z hlediska svého cíle a účelu věcně týká, je myslitelné stanovení vnitřních mezí omezením dosahu právní úpravy, a to jejím negativním vymezením a ponecháním možnosti regulace takto vyloučených oblastí vnitrostátním právem. Tohoto přístupu bylo v případě směrnice 2005/29 skutečně využito. Členskými státem samozřejmě ze směrnice 2005/29 nevyplývá povinnost tuto úpravu nad její rámec zavádět, zároveň její přijetí nebo ponechání a další uplatňování není porušením, nenarušuje totiž maximální harmonizovaný standard.

Časová vnitřní mez směrnice 2005/29 umožňovala ponechat si po dobu šesti let ode dne 12. června 2007, tj. do 12. června 2013, v oblasti harmonizované směrnici i nadále předpisy, které standardem rámec této směrnice přesahovaly, byly-li tyto předpisy důsledkem možnosti implementovat

²¹⁷ Viz stanovisko generální advokátky - Trstenjak - 29 listopadu 2011. Jana Pereničová a Vladislav Perenič proti SOS financ, spol. s r. o. Věc C-453/10, odst. 91.

²¹⁸ Srov. KEIRSBLYCK, B. The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Pereničová and Perenič. *Common Market Law Review*, 2013, 1, s. 258.

dřívější směrnice stanovící minimální úroveň úpravy a zároveň, pokud jejich další uplatňování bylo notifikováno Komisi.²¹⁹

Věcné vnitřní meze jsou představovány výlukami unijní úpravy a vyloučení jejího dosahu:

- a) z obecných institutů závazkového práva, jako otázky platnosti, vzniku nebo účinků smlouvy,²²⁰ jakkoliv zde může být dotčeno též unijní právo (vnější mez) jako ostatně dokazuje dále citovaný případ Soudního dvora EU ve věci Pereničová a Perenič,
- b) regulace zdravotní nezávadnosti a bezpečnosti produktů,²²¹ například ve vztahu k alkoholu, tabáku nebo léčivům,²²² případně úprava přijatá v rámci boje proti obezitě, zvláště dětské,²²³
- c) z úpravy podmínek pro výkon činnosti regulovaných profesí,²²⁴
- d) ve vztahu k finančním službám nemovitostem, kde je ale situace odlišná od ostatních výjimek v tom, že směrnice sice použitelná je, ovšem jen jako minimální standard,²²⁵
- e) z úpravy osvědčení a stanovení ryzosti předmětů z drahých kovů,²²⁶
- f) z úpravy procesních nástrojů zajišťujících soudní a správní prosazování úpravy přijaté na základě směrnice, včetně sankčního zabezpečení.²²⁷

V úvodu této kapitoly bylo konstatováno, že cílem směrnice 2005/29 je ochrana spotřebitele v dosahu její působnosti. Směrnice proto neupravuje a ani od členských států nepožaduje, aby stejný standard úpravy zaváděly též do svou ekonomickou podstatou identických vztahů mezi podnikateli navzájem (B2B), či do vztahů výhradně mezi spotřebiteli (C2C). Směrnice dopad

²¹⁹ Článek 3 odst. 5 a 6 směrnice 2005/29.

²²⁰ Článek 3 odst. 2 směrnice 2005/29.

²²¹ Ibidem článek 3 odst. 3.

²²² Ibidem, odst. 9 preambule.

²²³ Viz MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 88.

²²⁴ Článek 3 odst. 8 a odst. 9 preambule směrnice 2005/29.

²²⁵ Ibidem článek 3 odst. 9.

²²⁶ Ibidem článek 3 odst. 10.

²²⁷ Ibidem článek 11, 12 a 13. Srov. též FRIANT-PERROT, M. In: VAN BOOM, W., GARDE, A., AKSELI, O. (eds.). *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems*. England, Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2014, s. 5.

na B2B vztahy má, ale jen zprostředkovaný. Na straně druhé ale není zajištění ochrany srovnatelné se standardy ve směrnici vyloučeno, což ostatně potvrzuje i preambule směrnice 2005/29, když stanoví: „*Tato směrnice přímo chrání ekonomické zájmy spotřebitele před nekalými obchodními praktikami vůči spotřebitelům. Tím také nepřímě chrání oprávněné podniky před soutěžiteli, kteří nedodrží pravidla této směrnice, a zaručuje korektní hospodářskou soutěž v oblastech jí koordinovaných. Je zřejmé, že existují jiné obchodní praktiky, jež sice nepoškozují spotřebitele, ale mohou poškozovat soutěžitele a zákazníky z řad podniků. Komise by měla pečlivě posuzovat potřebu akce Společenství v oblasti nekalé hospodářské soutěže nad rámec této směrnice a v případě nutnosti vypracovat legislativní návrh zahrnující další hlediska nekalé hospodářské soutěže.*“²²⁸

Důsledek výše uvedeného je dvojitý. Ponechává jednak možnost Evropské unii regulovat tuto problematiku. Pravomoc Evropské unie je nicméně omezena jen na vztahy mezi podnikateli (B2B), regulace vztahů výlučně mezi nepodnikateli navzájem (C2C) unijním právem vůbec nepřichází s ohledem na právní základ v článku 114 Smlouvy o fungování EU v úvahu. Do současné doby ovšem žádný unijní nástroj, který by byl obecnou obdobou směrnice 2005/29, ale jen pro vztahy mezi podnikateli, nebyl přijat. Zvažována je pouze sektorová regulace nekalých obchodních praktik,²²⁹ a to v dodavatelském řetězci mezi podniky²³⁰ v oblasti potravinového (i nepotravinového) zboží.²³¹

²²⁸ Preambule směrnice 2005/29 odst. 8.

²²⁹ Srov. Zelená kniha o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinového a nepotravinového zboží /* COM/2013/037 final - 2012/ 0 */ [online] [cit. 10. 10. 2016] a usnesení Evropského parlamentu ze dne 7. června 2016 o nekalých obchodních praktikách v potravinářském dodavatelském řetězci (2015/2065(INI)) [online] [cit. 10. 10. 2016].

²³⁰ K tomu viz též BEJČEK, J. Nekalé obchodní praktiky mezi podnikateli a smluvní svoboda. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita, 2015, roč. 23, č. 1, s. 3–8.

²³¹ Mezi podnikateli zapojenými do dodavatelských řetězců byly identifikovány následující nežádoucí praktiky: prodlení při úhradě plateb; omezený přístup na trh; jednostranné nebo retroaktivní změny smluvních podmínek; neposkytnutí dostatečně podrobných informací o smluvních podmínkách nebo jejich nejednoznačná formulace; odmítnutí uzavřít písemnou smlouvu; náhlé a neodůvodněné zrušení smlouvy; nespravedlivý převod obchodního rizika; požadování plateb za zboží nebo služby, které pro jednu smluvní stranu nemají žádnou hodnotu; zpoplatnění fiktivní služby; přenášení nákladů na dopravu a skladování na dodavatele; vynucovanou účast na propagačních akcích, účtování poplatků za umístění zboží na předních pozicích v obchodech a dalších dodatečných poplatků; přenášení nákladů na propagaci zboží v prodejních místech na dodavatele; vynucování bezpodmínečného vrácení neprodaného zboží; vyvíjení tlaku na snižování cen; zabraňování obchodním partnerům v zajišťování zdrojů z jiných členských států (teritoriální omezení nabídky). Viz odst. F) výše citovaného usnesení Evropského parlamentu ze dne 7. června 2016 o nekalých obchodních praktikách v potravinářském dodavatelském řetězci (2015/2065(INI)).

Druhým důsledkem je ponechání prostoru pro úpravu problematiky nekalých obchodních praktiky v oblasti za vnějšími mezemi vnitrostátním právem. V dosahu českého práva tak lze jednání zakázané směrnicí 2005/29 postihovat ve vztazích mezi podnikateli, a to na základě občanského zákoníku a v něm obsažené generální klauzule o ochraně hospodářské soutěže, případně skutkových podstat zvláštních s tím, že nepůjde o porušení směrnice a překročení jejího maximálního standardu.²³²

Ve vztazích mezi spotřebiteli navzájem (např. v případě nepodnikatelského prodeje přes elektronické tržiště, jako je Aukro.cz) budou praktiky a tvrzení srovnatelné s těmi, na které dopadá směrnice 2005/29, postihnutelné zejména prostřednictvím obecných ustanovení občanského zákoníku, jakým je např. § 1 odst. 2 OZ zakazující jednání porušující dobré mravy, v úvahu bude též přicházet § 545 OZ, když součástí závazku mají být o povinnosti plynoucí z dobrých mravů. Ani zde přitom nebude možné ze strany osoby porušivší právo namítat jako obranu maximální standard harmonizace.

III.1.3 Dílčí závěr

Směrnice 2005/29 je úplnou harmonizací nekalých obchodních praktik. Z jejího dosahu jsou určité otázky vyloučeny, lze proto hovořit o jejich vnitřních a vnějších mezích. Ty určují vztah směrnice 2005/29 k jiným nástrojům unijního a vnitrostátního práva, jež mohou rovněž do oblasti regulace nekalých obchodních praktik zasahovat. Vnějšími mezemi rozumíme řešení otázek použití směrnice 2005/29 a jiných nástrojů unijního práva. Identifikací vnějších mezí jsme schopni určit, který nástroj je úpravou zvláštní (*lex specialis*) a který obecnou (*lex generalis*). Řešeny jsou tedy konflikty uvnitř unijního právního řádu, které jsou s ohledem na jeho značnou fragmentaci a množství dílčích směrnic časté.

Vnitřními mezemi rozumíme limity působnosti směrnice na vnitrostátní právo. Vyplyvá z nich, ve kterých harmonizovaných nebo s harmonizovanou oblastí souvisejících oblastech mohou členské státy i nadále používat

²³² Česká republika ostatně v tomto ohledu není nijak výjimečná, kupř. i rakouské právo zajišťuje prostřednictvím práva nekalé soutěže ochranu před nekalými obchodními praktikami podnikatelům, spotřebitelům a další veřejnosti (*Schutzgesetzektrias*). Viz CIVIC CONSULTING. *Study on the application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices in the EU*. [online]. [cit. 18. 10. 2016].

úpravu vlastní, aniž by se jednalo o rozpor s úplnou harmonizací a tedy porušení unijního práva. Zde se již nepohybujeme v rámci jednoho systému práva, nejde proto striktně vzato o řešení konfliktu obecného a zvláštního.

III.2 Působnost směrnice 2005/29 (právní úpravy nekalých obchodních praktik podle zákona o ochraně spotřebitele)

Předtím, než se přistoupí k přezkumu nekalého charakteru konkrétní obchodní praktiky podnikatele, je třeba učinit test působnosti směrnice, tedy zda předmětná věc vůbec spadá do rozsahu působnosti směrnice 2005/29 (či ji provádějícího ZOS a jeho úpravy nekalých obchodních praktik).

Rozlišovat je nutné osobní a věcnou působnost směrnice 2005/29 (právní úpravy nekalých obchodních praktik podle ZOS).

III.2.1 Osobní působnost směrnice 2005/29 (právní úpravy nekalých obchodních praktik podle zákona o ochraně spotřebitele)

Primární cíl směrnice 2005/29 spočívá v ochraně spotřebitele a je vyjádřen hned v prvním článku směrnice – účelem směrnice je „*přispět ke řádnému fungování vnitřního trhu a dosáhnout vysoké úrovně ochrany spotřebitele sblížením právních a správních předpisů členských států týkajících se nekalých obchodních praktik, které poškozují ekonomické zájmy spotřebitelů*“²³³. Tento cíl je dosahován skrze kolektivní ochranu spotřebitelů, která nastupuje tehdy, pokud je újma způsobená konkrétnímu spotřebiteli natolik malá, že individuální cesta vymáhání práv spotřebitele se jeví jako neefektivní.²³³

Předpokladem pro kvalifikaci nekalé obchodní praktiky spadající pod rozsah směrnice 2005/29²³⁴ (právní úpravy nekalých obchodních praktik podle

²³³ HOWELLS, G., MICKLITZ, H.-W., WILHELMSSON, T. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire (England): Ashgate Publishing Limited, 2006, s. 58.

²³⁴ *Ibidem*, s. 49 – 82.

ZOS) je „obchodní praktika podnikatele²³⁵ **zaměřená na spotřebitele**“,²³⁶ resp. směřující vůči spotřebiteli (tzv. B2C vztah²³⁷). To vyplývá jak ze samotného názvu směrnice (směrnice o nekalých obchodních praktikách „vůči spotřebitelům“ na vnitřním trhu – zdůraznila aut.), tak z článku 3 bodu 1 směrnice 2005/29 a z řady jejích dalších ustanovení²³⁸ včetně jejich důvodů²³⁹ (§ 1 odst. 1 a navazujících ZOS).²⁴⁰

²³⁵ Podle směrnice 2005/29 se podnikatelem (resp. obchodníkem ve smyslu terminologie směrnice) rozumí „fyzická nebo právnická osoba, jež v obchodních praktikách spadajících do oblasti působnosti této směrnice jedná za účelem, který lze považovat za provozování jejího obchodu, živnosti nebo řemesla anebo výkonu jejího svobodného povolání, a kadokoli, kdo jedná jménem obchodníka nebo v jeho zastoupení“ [článek 2 písm. b) směrnice 2005/29].

V zákoně o ochraně spotřebitele není podnikatel blíže definován. V § 2 odst. 1 písm. b) ZOS je obsažena definice prodávajícího, z níž se dovozuje, že tímto se rozumí „podnikatel, který spotřebiteli prodává výrobky nebo služby“ a je zde obsažen odkaz na ustanovení § 420 odst. 2 OZ. Pojetí podnikatele podle české veřejnoprávní i soukromoprávní úpravy je tak kompatibilní.

²³⁶ Podle směrnice 2005/29 [článek 2 písm. a)] se spotřebitelem rozumí „fyzická osoba, jež v obchodních praktikách spadajících do oblasti působnosti této směrnice jedná za účelem, který nelze považovat za provozování jejího obchodu, živnosti nebo řemesla anebo výkonu jejího svobodného povolání“. Tato definice představuje „definiční standard z mnoha evropských směrnic na ochranu spotřebitele“ (In: KEIRSBLICK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 241; stejný zdroj kritizuje uvedené pojetí definice, podle níž neuvádí, kdy určitá osoba jedná jako spotřebitel, ale pouze kdy osoba jako spotřebitel nejedná).

Podle zákona o ochraně spotřebitele [§ 2 odst. 1 písm. a)] se spotřebitelem rozumí „fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání“.

Podle občanského zákoníku (§ 419 OZ) se spotřebitelem rozumí „každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná“. Obě definice jsou významově totožné.

²³⁷ Vztah podnikatele vůči spotřebiteli se označuje také jako vztah „B2C“ neboli vztah „business to consumer“.

²³⁸ Viz také bod 6 a 8 odůvodnění směrnice 2005/29, článek 3 odst. 1, článek 5 odst. 2 písm. b), článek 8 směrnice 2005/29 atd.

²³⁹ Srov. např. bod 6 odůvodnění směrnice 2005/29, podle něhož se směrnice „nevztahuje na vnitrostátní právní předpisy, které se týkají nekalých obchodních praktik poškozujících pouze ekonomické zájmy soutěžitelů nebo které se týkají obchodování mezi obchodníky, ani se jich nedotýká“. Směrnice naopak „upravuje obchodní praktiky, které přímo ovlivňují rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci týkající se produktů.“ (bod 7 odůvodnění směrnice 2005/29). Viz také bod 10 či 11 odůvodnění směrnice 2005/29.

²⁴⁰ „Směrnice 2005/29 tak způsobila „rozlomení“ dosud jednotného komunitárního práva proti nekalé soutěži na jednak „právo proti nekalým obchodním praktikám ve vztahu mezi obchodníky a spotřebiteli“ a jednak „právo proti nekalým soutěžním praktikám ve vztahu mezi soutěžiteli“. HAJN, P. *Komunitární a české právo proti nekalé soutěži*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 28.

Uvedené vyplývá také z rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu,²⁴¹ podle níž je při posuzování nekalé obchodní praktiky **nutno vždy zkoumat, zda je konkrétním jednáním podnikatele ohrožen spotřebitel**. Podle Soudního dvora EU přitom postačí, je-li dotčen jediný spotřebitel.²⁴²

Soudní dvůr EU dospěl k závěru, že směrnice 2005/29 dopadá také na jednání pojišťoven zřízených jako veřejnoprávní subjekty²⁴³ a příslušníky svobodných povolání,²⁴⁴ naopak z dosahu směrnice 2005/29 vyňal jednání vydavatelů tisku.²⁴⁵

Právo nekalých obchodních praktik se tak zpravidla označuje jako právo spotřebitelské (na rozdíl od práva proti nekalé soutěži, jehož předmětem zájmu je ochrana jak spotřebitelů, tak jiných zákazníků i samotných soutěžitelů). Nicméně jak uvádí sama směrnice 2005/29 v bodu 8 svých důvodů, **skrze přímou ochranu spotřebitelů přispívá také k ochraně podnikatelů**,²⁴⁶ kteří dodržují pravidla stanovená touto směrnicí (následně implementovanou do vnitrostátních právních úprav).²⁴⁷ Směrnice 2005/29 poskytuje ochranu kolektivních ekonomických zájmů účastníků trhu.²⁴⁸

²⁴¹ Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 17. června 2015, sp. zn. 1 As 210/2014, nebo rozhodnutí téhož soudu ze dne 27. srpna 2015, sp. zn. 1 As 138/2015 (v této věci Nejvyšší správní soud posuzoval zaměnitelnost ochranných známek a zdůraznil, že pokud je touto zaměnitelností potenciálně poškozen spotřebitel, jedná se o dopad zákona o ochraně spotřebitele a právní úpravy nekalých obchodních praktik, pokud by byl poškozeným toliko podnikatel – vlastník ochranné známky, musel by využít právních prostředků soukromoprávních).

²⁴² Srov. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. dubna 2015, sp. zn. C-388/13. Soudní dvůr EU uzavřel, že společnost UPC sdělila spotřebiteli nesprávnou informaci, což představuje klamavou obchodní praktiku podle směrnice 2005/29, a to i přesto, že se dané sdělení týkalo pouze jediného spotřebitele.

²⁴³ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 3. října 2013, sp. zn. C-59/12.

²⁴⁴ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 17. října 2013, sp. zn. C-391/12.

²⁴⁵ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 10. července 2014, sp. zn. C-421/12.

²⁴⁶ Tato ochrana je však pouze nepřímá. Shodně FRIANT-PERROT, M. In: VAN BOOM, W., GARDE, A., AKSELI, O. (eds.). *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems*. England, Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2014, s. 102.

²⁴⁷ Podle bodu 8 důvodů směrnice 2005/29 platí: „Tato směrnice přímo chrání ekonomické zájmy spotřebitele před nekalými obchodními praktikami vůči spotřebitelům. Tím také nepřímo chrání oprávněné podniky před soutěžiteli, kteří nedodržují pravidla této směrnice, a zaručuje korektní hospodářskou soutěž v oblastech jí koordinovaných. Je zřejmé, že existují jiné obchodní praktiky, jež sice nepoškozují spotřebitele, ale mohou poškodovat soutěžitele a zákazníky z řad podniků. Komise by měla pečlivě posuzovat potřebu akce Společenství v oblasti nekalé hospodářské soutěže nad rámec této směrnice a v případech nutnosti vypracovat legislativní návrh zahrnující další hlediska nekalé hospodářské soutěže.“

²⁴⁸ KEIRSBLICK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 247.

Jak vyplývá z bodu 6 odůvodnění směrnice 2005/29, ačkoliv se směrnice nevztahuje na vnitrostátní právní předpisy, které se týkají nekalých obchodních praktik poškozujících pouze ekonomické zájmy soutěžitelů nebo které se týkají **obchodování mezi podnikateli**, při plném respektování zásady subsidiarity mohou členské státy dle vlastního rozhodnutí i nadále regulovat tyto praktiky v souladu s právem Společenství. „*Vyloučeno tak není rozšíření působnosti směrnice 2005/29 také na oblast vztahů mezi podnikateli navzájem. Zejména v Rakousku, Dánsku, Německu, Francii, Itálii a Švédsku se vnitrostátní právní předpisy na ochranu spotřebitelů před nekalými obchodními praktikami vztahují buď částečně, nebo zcela i na marketingové praktiky, jež poškozují podniky. Ostatní členské státy místo toho zdůrazňují smluvní svobodu a očekávanou vyšší míru péče v transakcích mezi podniky a nepovažují za vhodné, aby byli podniky a spotřebitelé rovnocenně chráněni.*“²⁴⁹

V souvislosti s výše uvedenou osobní působností směrnice 2005/29 (právní úpravy nekalých obchodních praktik v ZOS) se objevuje kritika níže uvedených přístupů,²⁵⁰ která vede k výslednému názoru, že by mělo dojít ke rozšíření osobní působnosti směrnice také na vztahy podnikatelů navzájem.²⁵¹ Těmito kritizovanými přístupy jsou následující:

- a) přístup, podle něhož je činěn ostrý rozdíl mezi obchodními praktikami B2C na straně jedné a obchodními praktikami B2B na straně druhé,
- b) přístup, podle něhož je činěn ostrý rozdíl mezi obchodními praktikami, které poškozují ekonomické zájmy spotřebitelů na straně jedné a obchodními praktikami, které poškozují ekonomické zájmy soutěžitelů na straně druhé a
- c) přístup, podle něhož jsou ekonomické zájmy spotřebitelů dotčeny přímo pouze v B2C vztazích a ekonomické zájmy soutěžitelů (jako zákazníků podnikatele) jsou dotčeny přímo pouze v B2B vztazích.

²⁴⁹ Srov. Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů. *Ochrana podniků před klamavými marketingovými praktikami a zjištění účinného prosazování práva. Revize směrnice 2006/114/ES o klamavé a srovnávací reklamě. COM (2012) 702 final. [online] [cit. 1. 10. 2016], s. 3. Obdobně Komise EU. *Pokyny ke provedení/ uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách.* [online] [cit. 1. 10. 2016] s. 14.*

²⁵⁰ KEIRSBLICK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law.* The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 248.

²⁵¹ *Ibidem*, s. 558.

III.2.2 Věcná působnost směrnice 2005/29 (právní úpravy nekalých obchodních praktik podle zákona o ochraně spotřebitele)

Praktika podnikatele směřující vůči spotřebiteli musí dále odpovídat definici pojmu „**obchodní praktika**“ (zdůraznila aut.) vůči spotřebiteli uvedené v článku 2 písm. d) směrnice 2005/29 [§ 2 odst. 1 písm. o) ZOS]. Uvedené ustanovení definuje obchodní praktiku jako „*jednání, opomenutí, chování nebo prohlášení, obchodní komunikace včetně reklamy a uvedení na trh ze strany obchodníka přímo související s propagací, prodejem nebo dodáním produktu spotřebiteli*“. Tato poměrně extenzivně pojatá definice obchodní praktiky zahrnuje všechny úkony podnikatele, jejichž cílem je přivést spotřebitele k uzavření smlouvy,²⁵² ale také praktiky poprodejní²⁵³ (jak vyplývá také z judikatury Nejvyššího správního soudu²⁵⁴). To odpovídá pojetí článku 3 bodu 1 směrnice 2005/29, podle něhož platí, že „*tato směrnice se vztahuje na nekalé obchodní praktiky vůči spotřebitelům, jak je stanoveno v článku 5, před obchodní transakcí týkající se produktu, v jejím průběhu a po ní.*“

Obchodní praktikou se tedy rozumí také internetové obchodní praktiky používané v sociálních médiích nebo na srovnávacích internetových stránkách, propagace prodeje apod., poprodejní služby podnikatele (neboli

²⁵² Stanovisko generálního advokáta Soudního dvora EU Verici Trstenjak ze dne 29. listopadu 2011, sp. zn. C-453/10 (věc „Jana Perničová, Vladislav Perenič proti S.O.S. financ. spol. s r. o.“).

²⁵³ Shodně např. HOWELLS, G. MICKLITZ, H.-W., WILHELMSSON, T. *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*. England, Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2006, s. 57.

²⁵⁴ Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014, sp. zn. 7 As 110/2014: „*Krajský soud pochybil, pokud považoval za rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci pouze uzavření smlouvy a odstoupení od smlouvy. Takový restriktivní výklad neodpovídá potřebě ochrany spotřebitele. Nutnost extenzivního výkladu pojmu „rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci“ vyplývá i z pokynů Evropské komise, ve kterých je na s. 22 výslovně uvedeno, že „změně použité v článku 2 písm. k) směrnice [o nekalých obchodních praktikách] naznačuje, že definici je nutno vykládat široce a že by pojem „rozhodnutí o obchodní transakci“ měl zahrnovat širokou škálu rozhodnutí, která spotřebitel učiní ve vztahu k určitému produktu nebo službě.“ Např. má-li spotřebitel zájem o koupi fotoaparátu a vypraví se do obchodu, kde od svého záměru upustí, jelikož zjistí, že za uvedenou cenu je dostupný pouze v případě, že se přiblíží do fotografického kurzu, pak lze v daném případě podle Evropské komise identifikovat tři rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci: rozhodnutí o koupi, rozhodnutí o cestě do obchodu a rozhodnutí daný produkt nekoupit. Podle Evropské komise tedy spotřebitel nemusí uskutečnit nákup, aby učinil rozhodnutí o obchodní transakci ve smyslu citované směrnice. Evropská komise v pokynech popisuje také rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci, která nastanou až po koupi produktu či uzavření smlouvy o poskytování služby. Jedná se např. o rozhodnutí, která souvisí s uplatněním smluvních práv spotřebitele, jako je právo na odstoupení, právo na vypovězení smlouvy o poskytování služeb nebo právo vyměnit produkt či přejít k jinému obchodníkovi.*“

naplnění příslibů podnikatele vůči spotřebiteli po uzavření smlouvy, vyřizování závazků podnikatele v oblasti odpovědnosti za vady či po odstoupení od smlouvy apod.), činnosti v oblasti vymáhání pohledávek (např. vymáhání dluhu spotřebitele vůči podnikateli) a další praktiky.²⁵⁵ Směrnice 2005/29 se vztahuje na obchodní jednání podnikatelů vůči spotřebitelům *on-line* i *off-line*.²⁵⁶

Směrnice 2005/29 (právní úprava nekalých obchodních praktik podle ZOS) se podle bodu 6 svého odůvodnění nedotýká uznávaných reklamních a obchodních praktik, například oprávněného umístění produktu, snahy o odlišení značky nebo nabídky pobídek, které mohou oprávněně ovlivnit vnímání produktu spotřebiteli a ovlivnit jejich chování, aniž by byla narušena jejich schopnost učinit informované rozhodnutí. Vyňaty jsou z dosahu právní úpravy nekalých obchodních praktik také výroční zprávy a podnikové propagační publikace, právní požadavky na vkus a slušnost a nevyžádaný pouliční prodej (bod 7 odůvodnění směrnice 2005/29).

III.2.3 Dílčí závěr

Dříve, než se přistoupí k přezkumu nekalého charakteru konkrétní obchodní praktiky, je třeba zjistit, zda předmětná věc vůbec spadá do rozsahu působnosti směrnice 2005/29 (zákona o ochraně spotřebitele a jeho úpravy nekalých obchodních praktik).

Z hlediska osobní působnosti směrnice 2005/29 (ZOS) je nutno zkoumat, zda se jednání podnikatele (jeho obchodní praktika) zaměřuje na spotřebitele, resp. směřuje vůči spotřebiteli (tzv. B2C vztah). Soudní dvůr EU dospěl k závěru, že směrnice 2005/29 dopadá také na jednání pojišťoven zřízených jako veřejnoprávní subjekty a příslušníky svobodných povolání, naopak z dosahu směrnice 2005/29 vyňal jednání vydavatelů tisku. Ochrana podnikatelů před nekalými obchodními praktikami jiných podnikatelů je tak v režimu směrnice 2005/29 (ZOS) toliko nepřímá. Podle bodu 6 důvodů směrnice 2005/29 však mohou členské státy rozšířit působnost právní úpravy nekalých obchodních praktik i na praktiky podnikatelů navzájem.

²⁵⁵ Srov. Komise EU. *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách*. [online] [cit. 1. 10. 2016].

²⁵⁶ MIŠŮR, P. Evropská komise navrhla nová pravidla elektronického obchodu. *Obchodněprávní revue*. 2016, č. 5, s. 189 a násl.

Z hlediska věcné působnosti se směrnice 2005/29 vztahuje na obchodní praktiky, přičemž extenzivně pojatá definice sem zahrnuje všechny úkony podnikatele, jejichž cílem je přivést spotřebitele k uzavření smlouvy, ale také praktiky poprodejní.

III.3 Kvalifikace jednání podnikatele jako nekalé obchodní praktiky podle směrnice 2005/29 (zákona o ochraně spotřebitele)

Článek 5 směrnice 2005/29 stanoví zákaz nekalých obchodních praktik a kromě toho uvádí kritéria umožňující určit takový nekalý charakter určité obchodní praktiky.

Podle článku 5 odstavce 2 směrnice 2005/29 (obdobně § 4 odst. 1 ZOS) je „*obchodní praktika nekalá, pokud je v rozporu s požadavky náležité profesionální péče a pokud podstatně narušuje nebo je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele ve vztahu ke produktu*“. Toto ustanovení se označuje jako tzv. **generální klauzule nekalých obchodních praktik**, někdy také jako „záchranná síť“, „velká generální klauzule“²⁵⁷, „základní generální klauzule“²⁵⁸ jindy se hovoří o „obecné klauzuli zakazující nekalé obchodní praktiky“²⁵⁹ nebo „indikativní listině“²⁶⁰.

Článek 5 odst. 4 směrnice 2005/29 (§ 4 odst. 3 ZOS) vymezuje **dvě kategorie nekalých obchodních praktik**, a sice **klamavé praktiky** (klamavé konání a klamavé opomenutí), odpovídající kritériím specifikovaným v článcích 6 a 7 (§ 5 a 5a ZOS), a **agresivní praktiky**, odpovídající kritériím specifikovaným v článcích 8 a 9 směrnice 2005/29 (§ 5 b ZOS). Uvedená ustanovení vymezující klamavé a agresivní obchodní praktiky se označují

²⁵⁷ REICH, R. Experiences with full harmonisation in Dir. 2005/29 after Plus – from black to grey lists? *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2011, č. 2, s. 395.

²⁵⁸ Např. ČECH, P. Nedotažená revoluce v právní úpravě nekalých obchodních praktik. *Právní zpravodaj*, 2008, č. 3, s. 1.

²⁵⁹ „*General prohibition*“ nebo *a contrario* „*general duty*“. In: SHEARS, P. Overview the EU Unfair Commercial Practices Directive: Concentric Circles. *European Business Law Review*. 2007, č. 4, s. 785.

²⁶⁰ MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 291.

také jako „šedá listina“,²⁶¹ „malé generální klauzule“,²⁶² „sub-generální klauzule“²⁶³ nebo „navazující zpřesňující klauzule“.²⁶⁴ Smyslem těchto klauzulí je pokus o „konkrétně-obecnou“ interpretaci generální klauzule nekalých obchodních praktik.²⁶⁵

Odborná literatura²⁶⁶ uvádí, že „černá listina představuje vždy protiprávní jednání, šedé listiny jednání, kde se presumuje nekalost a indikativní listina jednání, která mohou být nekalá“.

Směrnice 2005/29 dále stanoví ve své příloze I taxativní výčet jednatřiceti obchodních praktik, které jsou na základě článku 5 odst. 5 této směrnice považovány za nekalé „za všech okolností“, tedy tzv. *per se* zákaz (tzv. **černá listina nekalých obchodních praktik**)²⁶⁷. V důsledku toho, jak výslovně uvádí bod 17 odůvodnění směrnice 2005/29, lze pokládat za nekalé obchodní praktiky všechny praktiky uvedené v černé listině (tyto jsou tedy protiprávní a tedy vždy zakázané), aniž je třeba provádět hodnocení jednotlivých případů podle článků 5 až 9 směrnice. Totéž je upraveno v příloze č. 1 a č. 2 zákona o ochraně spotřebitele v návaznosti na jeho § 4 odst. 3.

²⁶¹ Srov. např. REICH, R. Case plus: Experiences with full harmonisation in Dir. 2005/29 after Plus – from black to grey lists? *Revue européenne de droit de la consommation*. 2011, č. 2, s. 399 a násl. nebo MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 291.

²⁶² Srov. např. HENNING – BODEWIG, F. (ed.). *International Handbook on Unfair Competition*. Germany, München: Verlag C. H. Beck, 2013, s. 53. Obdobně DUROVIC, M. The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices. *European Review of Private Law*. 2015, č. 5, s. 732, který uvádí, že směrnice 2005/29 obsahuje tři malé generální klauzule, a to klamavá jednání, klamavá opomenutí a agresivní praktiky (srov. s. 743 téhož zdroje).

²⁶³ WILLET, CH. Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive. *Journal of Consumer Policy*. 2010, č. 3, s. 250.

²⁶⁴ Např. ČECH, P. Nedotažená revoluce v právní úpravě nekalých obchodních praktik. *Právní zpravodaj*. 2008, č. 3, s. 1.

²⁶⁵ V původním anglickém znění „Concrete-general interpretation“. In: REICH, R. Experiences with full harmonisation in Dir. 2005/29 after Plus – from black to grey lists? *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2011, č. 2, s. 399.

²⁶⁶ MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 291.

²⁶⁷ Srov. např. REICH, R. Case plus: Experiences with full harmonisation in Dir. 2005/29 after Plus – from black to grey lists? *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, č. 2, s. 399 a násl. nebo MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 291.

Struktura právní úpravy nekalých obchodních praktik podle ZOS a směrnice 2005/29:

Generální klauzule nekalých obchodních praktik (§ 4 odst. 1 ZOS; čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29)	
Klamavé obchodní praktiky (§ 5 a 5a ZOS; čl. 6 a 7 směrnice 2005/29)	Agresivní obchodní praktiky (§ 5 b ZOS; čl. 8 a násl. směrnice 2005/29)
Jednání (§ 5 ZOS; čl. 6 směrnice 2005/29) Opomenutí (§ 5a ZOS; čl. 7 směrnice 2005/29)	
Černá listina klamavých obchodních praktik [písm. a) až v) přílohy č. 1 ZOS; body 1–23 přílohy I směrnice 2005/29]	Černá listina agresivních obchodních praktik [písm. a) až h) přílohy č. 2 ZOS; body 24–31 přílohy I směrnice 2005/29]

Při posuzování nekalosti obchodních praktik je nejprve nutné zkoumat, zda určitá obchodní praktika není zahrnuta v příloze I směrnice 2005/29 (tzv. černé listině), pokud nikoliv, je nutno zkoumat, zda naplňuje znaky klamavé praktiky podle článku 6 a 7 nebo agresivní obchodní praktiky podle článku 8 a 9 (tzv. šedá listina nebo malé generální klauzule) a pokud praktika nenaplňuje ani tyto znaky, je možné označit tuto praktiku za nekalou, naplňuje-li znaky obecné (generální) klauzule upravené v článku 5 odst. 2 směrnice 2005/29²⁶⁸ (§ 4 odst. 1 ZOS).

V odborné literatuře se hovoří o tzv. **třístupňové struktuře testu nekalosti**,²⁶⁹ jindy²⁷⁰ o **třech různých úrovních nekalosti** - obecný zákaz (velká generální klauzule), zákaz týkající se konkrétních obchodních praktik (malé generální klauzule) a seznam zakázaných praktik. Další zdroj²⁷¹ hovoří o tom,

²⁶⁸ K tomu bližší srov. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 19. září 2013, sp. zn. C-435/11 nebo Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014, sp. zn. 7 As 110/2014.

²⁶⁹ Viz Navickaite-Sakalauskiene, I. Unfair Commercial Practices Directive: Implementation and Application Challenges in the Case Plus: Experiences with full harmonisation in Dir. 2005/29 after Plus – from black to grey lists? *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2011, č. 2, s. 396.

²⁷⁰ MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 96.

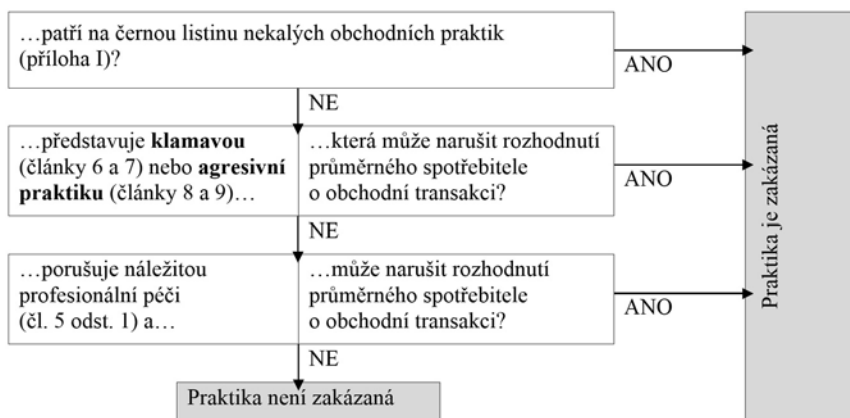
²⁷¹ KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 294.

že struktura právní úpravy nekalých obchodních praktik má tvar „převrácené pyramidy“, přičemž hrot tvoří černá listina a základnu velká generální klauzule (posuzování nekalosti obchodních praktik v rámci této pyramidy se považuje za „kaskádovité uvažování“).

Stejné pravidlo vyplývá z ustanovení § 4 až 5c ZOS a navazující judikatury Nejvyššího správního soudu²⁷². Takový postup je zcela odlišný od kvalifikace jednání jako nekalosoutěžního (tam je nezbytný postup od obecného ke zvláštnímu – srov. § 2976 odst. 1 OZ).²⁷³

Lze tedy stručně shrnout, že právní úpravu nekalých obchodních praktik je nutno číst „odzadu“.²⁷⁴

Schématické zobrazení postupu při kvalifikaci obchodní praktiky jako nekalé:



²⁷² Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014, sp. zn. 7 As 110/2014.

²⁷³ K tomu srov. například rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 29. dubna 2008, sp. zn. 32 Cdo 139/2008: „Při posuzování otázky, zda jednání soutěžitele splňuje podmínky zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže, je nutné nejprve zjistit, zda splňuje tři základní podmínky obecné skutkové podstaty nekalé soutěže, tj. generální klauzule.“ Obdobně rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 14. července 2008, sp. zn. 32 Cdo 2085/2007: „Není nutné řešit podmínky konkrétních skutkových podstat, nebyla-li naplněna generální klauzule nekalé soutěže.“

²⁷⁴ Srov. MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 104.

III.3.1 Dílčí závěr

Aby bylo možné určitou obchodní praktiku podnikatele vůči spotřebiteli kvalifikovat jako nekalou obchodní praktiku v režimu směrnice 2005/29 (zákon o ochraně spotřebitele), je nezbytné učinit tzv. třístupňový text nekalosti.

Nejprve je nutné zkoumat, zda konkrétní jednání podnikatele nespadá do některého z jednadvaceti vždy zakázaných jednání podle tzv. černé listiny nekalých obchodních praktik (příloha I směrnice 2005/29, příloha č. 1 a č. 2 ZOS). Pokud sem nelze dané jednání podřadit, je nutno posoudit, zda jednání podnikatele nenaplnuje znaky klamavého jednání či klamavého opomenutí (články 6 a 7 směrnice 2005/29, § 5 a 5a ZOS) nebo agresivní obchodní praktiky (článek 8 a 9 směrnice 2005/29, § 5 b ZOS), tato ustanovení jsou označována nejčastěji jako tzv. malé generální klauzule nebo tzv. šedé listiny nekalých obchodních praktik. Pokud jednání podnikatele nelze podřadit ani pod tato ustanovení, poté je nutné učinit test generální klauzule nekalých obchodních praktik (článek 5 odst. 2 směrnice 2005/29, § 4 odst. 1 ZOS).

III.4 Generální klauzule nekalých obchodních praktik podle směrnice 2005/29 (zákon o ochraně spotřebitele)²⁷⁵

III.4.1 Aplikovatelnost a význam generální klauzule nekalých obchodních praktik

Generální klauzule nekalých obchodních praktik je obsažena v článku 5 odst. 2 směrnice 2005/29 a § 4 odst. 1 ZOS. V odborné zahraniční literatuře se **označuje** také jako „záchranná síť“ nebo „velká generální klauzule“²⁷⁶, jindy se hovoří o „obecné klauzuli zakazující nekalé obchodní praktiky“²⁷⁷ nebo „indikativní listině“²⁷⁸.

²⁷⁵ Tato kapitola vychází volně z ONDREJOVÁ, D. Generální klauzule nekalých obchodních praktik. *Bulletin advokacie*, 2016, č. 11, s. 25–29.

²⁷⁶ In: REICH, R. Experiences with full harmonisation in Dir. 2005/29 after Plus – from black to grey lists? *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. 2011, č. 2, s. 395.

²⁷⁷ „General prohibition“ nebo *a contrario* „general duty“. In SHEARS, P. Overview the EU Unfair Commercial Practices Directive: Concentric Circles. *European Business Law Review*. 2007, č. 4, s. 785.

²⁷⁸ MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 291.

Jak již bylo uvedeno v části III. kapitole 3, na rozdíl od generální klauzule nekalé soutěže (§ 2976 odst. 1 OZ) není naplnění podmínek generální klauzule nekalých obchodních praktik předpokladem kvalifikace určitého jednání jako nekalé obchodní praktiky, když jednání může být shledáno nekalou obchodní praktikou i tehdy, pokud naplňuje pouze znaky některého z jednání upraveného v tzv. černé listině nekalých obchodních praktik nebo v některé z malých generálních klauzulí nekalých obchodních praktik (klamavých²⁷⁹ či agresivních²⁸⁰ obchodních praktik). Určité jednání tak může být nekalou obchodní praktikou, aniž by splňovalo podmínky generální klauzule nekalých obchodních praktik.

Nabízí se otázka, zda lze naznačený aplikační přístup uplatnit také na oblast nekalé soutěže, tedy že při naplnění znaků zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže (například klamavé reklamy podle § 2977 OZ, klamavého označení zboží nebo služby podle § 2978 OZ, případně vyvolání nebezpečí záměny podle § 2981 OZ) již není třeba zkoumat podmínky generální klauzule nekalé soutěže, pokud by byl žalobcem spotřebitel. Přípustnost naznačeného přístupu by mohla být zdůvodněna potřebou vysoké ochrany spotřebitele založené (mimo jiné) směrnicí 2005/29, ale také shodná podstata hmotněprávní úpravy naznačených nekalosoutěžních skutkových podstat zakazujících klamavost a klamavých obchodních praktik podle § 5 nebo 5a ZOS. Takový přístup odmítáme, neboť je potřeba vycházet z ustanovení § 2976 odst. 1 OZ a na něj navazující judikatury uvedené již výše, podle nichž se za nekalou soutěž považuje jednání, které naplňuje kumulativně znaky generální klauzule nekalé soutěže podle § 2976 odst. 1 OZ, nikoliv takové, které naplňuje znaky některé ze zvláštních skutkových podstat při absenci naplnění znaků generální klauzule nekalé soutěže. Kdyby tak byly naplněny znaky klamavosti podle některé ze zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže (§ 2977 až 2987 OZ), nikoliv však znaky generální klauzule nekalé soutěže (byť by za stavu klamavosti nebylo příliš pravděpodobné, že by tyto její znaky naplněny nebyly), a toto jednání současně naplnilo znaky klamavé obchodní praktiky podle § 5 nebo 5a ZOS, bylo by takové jednání kvalifikovatelné toliko jako klamavá obchodní praktika, nikoliv jako nekalá soutěž.

²⁷⁹ Viz § 5 a 5a ZOS a článek 6 a 7 směrnice 2005/29.

²⁸⁰ Viz § 5 b ZOS a článek 8 a 9 směrnice 2005/29.

Případ, kdy určité jednání naplňovalo znaky klamavé obchodní praktiky podle článku 6 směrnice 2005/29 (§ 5 ZOS), ale nenaplňovalo znaky generální klauzule nekalých obchodních praktik a přesto bylo shledáno nekalou obchodní praktikou, řešil Soudní dvůr EU (rozhodnutí ze dne 19. září 2013, sp. zn. C-435/11):

- CHS a Team4 Travel jsou dvě rakouské společnosti, které v Rakousku provozují konkurenční cestovní kanceláře, jež organizují a prodávají lyžařské kurzy a zimní prázdniny v Rakousku pro školní skupiny ze Spojeného království. Společnost Team4 Travel ve své prodejní brožurě v angličtině pro zimní sezónu 2012 označila některá ubytovací zařízení za „exkluzivní“, přičemž tento výraz znamenal, že se na předmětné hotely vztahuje trvalý smluvní vztah se společností Team4 Travel a v uvedených datech nemohou být nabízeny jinou cestovní kanceláří. Společnost Team4 Travel uzavřela smlouvy s několika podnikateli poskytujícími ubytovací zařízení. Při uzavírání těchto smluv se ředitelka společnosti Team4 Travel u těchto zařízení ujistila o tom, že žádná předběžná rezervace nebyla uskutečněna jinými cestovními kanceláři.
- Uvedené smlouvy obsahovaly ustanovení, na základě něhož poskytnuté pokojové kontingenty zůstávají v plné dispozici společnosti Team4 Travel a tato ubytovací zařízení se nemohou od smlouvy odchýlit, aniž by získala písemný souhlas od posledně uvedené společnosti. Kromě toho k zaručení exkluzivity ve prospěch společnosti Team4 Travel bylo sjednáno právo na ukončení smlouvy a další smluvní sankce. Následně si společnost CHS rovněž nechala zablokovat lůžkové kontingenty ve stejných ubytovacích zařízeních a pro stejná data jako společnost Team4 Travel. Předmětné hotely tedy porušily své smluvní povinnosti vůči společnosti Team4 Travel. Společnost Team4 Travel nevěděla, že společnost CHS uskutečnila konkurenční předběžné rezervace a šířila své prodejní brožury a svůj sazebník pro zimní sezónu 2012. Společnost CHS podala návrh na vydání rozhodnutí dozorového orgánu, neboť se domnívala, že prohlášení o exkluzivitě obsažené v těchto dokumentech porušuje zákaz nekalých obchodních praktik.
- Soudní dvůr EU zde dospěl k závěru, že v případě, kdy obchodní praktika splňuje všechna kritéria uvedená v článku 6 odst. 1 této směrnice 2005/29 k tomu, aby byla kvalifikována jako klamavá praktika

vůči spotřebiteli, není namístě ověřovat, zda je taková praktika rovněž v rozporu s požadavky náležité profesionální péče ve smyslu článku 5 odst. 2 písm. a) směrnice 2005/29, aby mohla být platně považována za nekalou, a tudíž zakázána na základě článku 5 odst. 1 směrnice 2005/29. Soudní dvůr EU tedy prohlášení o exkluzivitě ze strany společnosti Team4 Travel GmbH považoval za **klamavou obchodní praktiku ve vztahu ke spotřebiteli, a to přesto, že daný podnikatel neporušil požadavky profesionální péče**. K tomu lze dodat, že v rozporu s požadavkem profesionální péče i dobrými mravy soutěže naopak jednali poskytovatelé ubytovacích zařízení, což však nelze ve vztahu ke společnosti Team4 Travel GmbH považovat za nekalou obchodní praktiku (neboť se nejedná o obchodní praktiku podnikatele zaměřenou na spotřebitele), takové jednání by však bylo kvalifikovatelné podle práva proti nekalé soutěži (§ 2972 a násl. OZ).

Generální klauzule nekalých obchodních praktik může sloužit jako „**záchranná síť**“ (z pohledu ochrany spotřebitelů či společnosti proti nekalým obchodním praktikám) pro takové obchodní praktiky podnikatelů, které nejsou kvalifikovatelné jako nekalé podle černé listiny či malých generálních klauzulí. Generální klauzule by měla být aplikovatelná pouze v „extrémních případech“, kdy jednání není „zachytitelné“ přes předchozí ustanovení.²⁸¹ R. Reich²⁸² označuje generální klauzuli jako „obecný právní rámec nekalých obchodních praktik“.

III.4.2 Jednotlivé podmínky generální klauzule nekalých obchodních praktik

V ustanovení § 4 odst. 1 ZOS je generální klauzule nekalých obchodních praktik vymezena následovně: „*Obchodní praktika je nekalá, je-li v rozporu s požadavky odborné péče a podstatně narušuje nebo je způsobila podstatně narušit ekonomické*

²⁸¹ MICKLITZ, H.-W. STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 104.

²⁸² REICH, R. Experiences with full harmonisation in Dir. 2005/29 after Plus – from black to grey lists? *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. 2011, č. 2, s. 395. Shodně MICKLITZ, H.-W. STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 96.

chování spotřebitele, kterému je určena, nebo který je jejímu působení vystaven, ve vztahu k výrobku nebo službě. Je-li obchodní praktika zaměřena na určitou skupinu spotřebitelů, posuzuje se podle průměrného člena této skupiny.“

V ustanovení článku 5 odst. 2 směrnice 2005/29 je generální klauzule nekalých obchodních praktik definována takto: „*Obchodní praktika je nekalá, pokud je v rozporu s požadavky náležitě profesionální péče a podstatně narušuje nebo je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele, který je jejímu působení vystaven nebo kterému je určena, nebo průměrného člena skupiny, pokud se obchodní praktika zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů, ve vztahu k danému produktu.“*

Při srovnání obou generálních klauzulí je patrné, že se významově neliší. Jediným rozdílem je odlišnost v použitém výrazu „odborná péče“ (ZOS) a „náležitá profesionální péče“ (směrnice 2005/29), o čemž bude pojednáno blíže v dalším textu.

Generální klauzuli nekalých obchodních praktik tak tvoří dvě základní podmínky, které musí být naplněny kumulativně (shodně s podmínkami generální klauzule nekalé soutěže podle § 2976 odst. 1 OZ), a to:

1. obchodní praktika musí být v rozporu s požadavky odborné (profesionální) péče a
2. obchodní praktika musí podstatně narušovat nebo být způsobilá podstatně narušit ekonomické chování (průměrného) spotřebitele, kterému je určena, nebo který je jejímu působení vystaven (ve vztahu k výrobku nebo službě).

Ad 1) Podmínka rozpornosti obchodní praktiky s odbornou (profesionální) péčí

Zákon o ochraně spotřebitele stanoví jako jednu z kvalifikačních podmínek nekalých obchodních praktik „rozpornost s odbornou péčí“, zatímco směrnice 2005/29 „rozpornost s profesionální péčí“.

Oba pojmy jsou definovány shodně [§ 2 odst. 1 písm. p) ZOS, článek 2 písm. h) směrnice 2005/29] jako „úroveň zvláštních dovedností a péče, kterou lze od podnikatele ve vztahu ke spotřebiteli rozumně očekávat a která odpovídá poctivým obchodním praktikám nebo obecným zásadám dobré víry v oblasti jeho činnosti“.²⁸³

²⁸³ Tuto definici bez vlastní přidané hodnoty přebírá také Nejvyšší soud v rozhodnutí ze dne 2. května 2013, sp. zn. 23 Cdo 2205/2012.

Například J. Vavrečka však dovozuje, že „*z pojmu profesionální péče by tedy bylo možné dovodit širší požadavky na obchodníka, než z pojmu odborná péče, a to v určité oblasti aspektů dobré víry obchodníka*“.²⁸⁴ S tímto názorem nesouhlasíme.²⁸⁵ S ohledem na totožnou definici obou pojmů v uvedených pramenech (ZOS i směrnice 2005/29) a nezbytnost eurokomformního výkladu směrnice 2005/29 dovozujeme totožný obsah obou přívlastků péče (odborná i profesionální).

Výraz „odborná péče“ (resp. „odborná starostlivost“) používá také slovenská právní úprava generální klauzule nekalých obchodních praktik [srov. § 7 odst. 2 písm. a) slovenského zákona o ochraně spotřebitele].

Ačkoliv směrnice 2005/29 (ZOS) definuje pojem „profesionální péče“ (odborná péče podle ZOS), nepřináší bližší návod, jak vysoký standard této péče mají národní zákonodárci nebo soudy nastavit.²⁸⁶ Odborná péče má být vykládána za použití objektivního měřítka průměrného profesionála (odborníka), jak vyplývá z § 5 OZ.²⁸⁷ Konkrétní úroveň požadované odborné péče bude odvislá od podnikatelského oboru (zda to bude řemeslník, finanční či pojišťovací makléř, advokát, provozovatel e-shopu apod.).²⁸⁸

Výraz „náležitá profesionální péče“ je navázán na neurčitý právní pojem „poctivé obchodní praktiky“ a obsahuje hodnocení, která se mohou v jednotlivých členských státech odlišovat v závislosti na převládajících kulturních a morálních hodnotách.²⁸⁹

²⁸⁴ VAVREČKA, J. Směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům. *eLaw.cz* [online] [cit. 18. 10. 2016].

²⁸⁵ Ke stejnému závěru dospívá ETLÍKOVÁ, M. Generální klauzule nekalých obchodních praktik v zákoně č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve světle judikatury SDEU. *Rekodifikace a praxe*, 2016, č. 7-8, s. 26.

²⁸⁶ REICH, R. Experiences with full harmonisation in Dir. 2005/29 after Plus – from black to grey lists? *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2011, č. 2, s. 395.

²⁸⁷ Blíže viz LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník. I. Obecná část (§ 1 – 654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 70, nebo MELZER, F., CSACH, K. In: MELZER, F., TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník. § 1 – 117. Velký komentář. Svazek I*. Praha: Nakladatelství Leges, s. r. o., s. 94 a násl.

²⁸⁸ K pojetí odborné péče při obchodování na úvěr blíže viz HUSTÁK, Z. Margin trading – k některým otázkám odborné péče. *Obchodněprávní revue*, 2015, č. 7-8, s. 223–224.

²⁸⁹ Srov. stanovisko generální advokátky V. Trstenjak ve věci C-304/08 přednesené dne 3. září 2009. [online] [cit. 16. 10. 2016]; BERK, K. In: BERK, K. *The New European Law Unfair Commercial Practices and Competition Law*. Oxford: 2011, s. 702, spojuje profesionální péči s institutem obchodních zvyklostí a dobré víry.

Ad 2) *Podmínka podstatného narušení nebo způsobilosti podstatně narušit ekonomické chování (průměrného) spotřebitele, kterému je určena, nebo který je jejím působení vystaven (ve vztahu k výrobku nebo službě)*

Podle druhé podmínky generální klauzule nekalých obchodních praktik musí obchodní jednání podnikatele vůči spotřebiteli podstatně narušovat nebo být způsobilé podstatně narušit ekonomické chování (průměrného) spotřebitele, kterému je určena, nebo který je jejím působení vystaven (ve vztahu k výrobku nebo službě).

Z této podmínky vyvstává několik následujících dílčích subpodmínek (které musí být splněny rovněž kumulativně):

- a) jednání podnikatele musí narušit ekonomické chování spotřebitele podstatně,
- b) postačí, je-li jednání způsobilé podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele,
- c) narušeno či způsobilé k narušení musí být ekonomické chování spotřebitele a tímto dotčeným spotřebitelem je spotřebitel, kterému je obchodní praktika určena, nebo který je jejím působení vystaven (ve vztahu k výrobku nebo službě).

Ad a) *jednání podnikatele musí narušit ekonomické chování spotřebitele podstatně*

V generální klauzuli nekalých obchodních praktik je obsaženo hledisko bagatelnosti. Z tohoto ustanovení vyplývá, že k tomu, aby byla obchodní praktika nekalá ve smyslu uvedené generální klauzule, je nezbytné, aby ekonomické chování spotřebitele obchodní praktika narušovala (či byla způsobilá narušit) „podstatně“, tedy nikoliv pouze zanedbatelně. Pojem „podstatně“ je jedním z neurčitých právních pojmů, jehož výklad bude záviset na okolnostech konkrétního případu.

Právní úprava nekalých obchodních praktik je tedy navzdory své přímé (výslovné) ochraně spotřebitele ve své generální klauzuli méně přísná, než je tomu u generální klauzule nekalé soutěže (§ 2976 odst. 1 OZ), která kritérium „podstatnosti“ újmy způsobené spotřebiteli neobsahuje.²⁹⁰

²⁹⁰ Shodně HAJN, P. Oslabená ochrana spotřebitelů? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Obchodněprávní revue*. 2009, č. 2, s. 46.

Ad b) *postačí, je-li jednání způsobilé podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele*
 Z generální klauzule nekalých obchodních praktik vyplývá, že postačí, pokud je jednání podnikatele „způsobilé“ podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele, tedy existuje pouhá potenciální možnost, aby bylo ekonomické chování spotřebitele obchodní praktikou podnikatele narušeno, aniž by muselo k podstatnému narušení ekonomického chování spotřebitele skutečně dojít. Tato potencialita je podobná podmínce generální klauzule nekalé soutěž (§ 2976 odst. 1 OZ) – „způsobilost přivodit újmu jinému soutěžiteli nebo zákazníkovi“.

Ad c) *narušeno či způsobilé k narušení musí být ekonomické chování spotřebitele*

Obchodní praktika podnikatele vůči spotřebiteli musí směřovat k podstatnému narušení (způsobilosti narušit) „ekonomického“ chování²⁹¹ spotřebitele.

Co se rozumí „podstatným narušením ekonomického chování spotřebitele“, definuje § 2 odst. 1 písm. s) ZOS [shodně článek 2 písm. e) směrnice 2005/29] jako „*použití obchodní praktiky, která významně zhoršuje schopnost spotřebitele učinit informované rozhodnutí, což vede k tomu, že učiní rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil*“.

Ekonomickým chováním je nutno rozumět chování spotřebitele, jež má hospodářský (ekonomický) dopad do jeho sféry, nikoliv jiné chování spotřebitele (například sociální). Ekonomické chování spotřebitele představuje rozhodování, zda koupí zboží nebo službu a od koho, ale také zda vrátí zakoupené zboží zpět podnikateli – toto rozhodnutí záleží například na tom, zda podnikatel spotřebiteli vrátí peníze či poskytnutou zálohu.²⁹²

²⁹¹ V původním anglickém znění článku 5 odst. 2 směrnice 2005/29 je uveden výraz „*behaviour*“ neboli „chování“. Například v publikaci Howells, HOWELLS, G., MICKLITZ, H.-W., WILHELMSSON, T. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire (England): Ashgate Publishing Limited, 2006, s. 58, se však tento pojem vykládá v kontextu článku 1 směrnice 2005/29, z něhož vyplývá účel směrnice, jímž je „*příspěk k řádnému fungování vnitřního trhu a dosažnout vysoké úrovně ochrany spotřebitele sblížením právních a správních předpisů členských států týkajících se nekalých obchodních praktik, které poškozují ekonomické zájmy (podtrhla aut.) spotřebitelů*“.

²⁹² Srov. SHEARS, P. Overview the EU Unfair Commercial Practices Directive: Concentric Circles. *European Business Law Review*. 2007, č. 4, s. 783.

Tuto podmínku nenaplníují obchodní praktiky, které nepoškozují ekonomické zájmy spotřebitelů. Podle textu směrnice 2005/29 (bod 7 její preambule) tato „*neupravuje obchodní praktiky, jež se uskutečňují převážně za jiným účelem, jako je například obchodní komunikace zaměřená na investory, jako jsou výroční zprávy a podnikové propagační publikace, neupravuje právní požadavky na vks a slušnost, které jsou v jednotlivých členských státech značně rozdílné.*“ Takovými dalšími praktikami vyňatými z dosahu právní regulace nekalých obchodních praktik by byly například praktiky dotýkající se ochrany lidské důstojnosti, zobrazující nahotu, násilí, společensky nebezpečné jednání,²⁹³ sociální jednání nebo jednání poškozující ryze soukromé zájmy spotřebitelů bez ekonomického aspektu.

Ekonomické chování spotřebitele je nutno vykládat v pochybnostech spíše restriktivně.²⁹⁴ Dojde-li obchodní praktikou k ovlivnění ekonomického chování (zájmu) jiného podnikatele, nikoliv spotřebitele, nebude předmětná podmínka naplněna.²⁹⁵

Ad d) *dotčeným spotřebitelem je (průměrný) spotřebitel, kterému je obchodní praktika určena, nebo který je jejím působení vystaven (ve vztahu k výrobku nebo službě)*

Daný bod upravuje hledisko průměrného spotřebitele, které je zcela zásadní při posuzování ovlivnitelnosti obchodní praktikou podnikatele (k tomuto kritériu obsahově blíže viz část IV. kapitola 2).

Zákon o ochraně spotřebitele ve svém § 4 odst. 1 neobsahuje výslovně výraz „průměrný“ spotřebitel, na rozdíl od článku § 5 odst. 2 směrnice 2005/29. Ve smyslu obou úprav se však bude jednat o aplikaci shodného hlediska průměrného spotřebitele.

²⁹³ Komise EU. *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách ze dne 25. května 2016, SWD(2016) 163 final.* [online] [cit. 16. 10. 2016].

²⁹⁴ Lze si představit situaci, kdy určitá obchodní praktika (například smutný příběh v televizní reklamě na zmrzlinu) podnítl spotřebitele k přemýšlení nad vlastní pracovní situací (nespokojenosti) a bude impulsem (tzv. poslední kapkou) k tomu, aby spotřebitel podal z vlastní vůle výpověď v dosavadním zaměstnání. Nelze poté dovodit, že tato obchodní praktika podnikatele vedla určitému ekonomickému chování spotřebitele (podání výpovědi a následně nezaměstnanosti spotřebitele a poklesu jeho životní úrovně).

²⁹⁵ Do oblasti působnosti nekalých obchodních praktik nespádají opatření chránící výlučně zájmy soutěžitelů (pokud členské státy Evropské Unie nepřijaly rozšíření působnosti směrnice 2005/29 také na tyto praktiky). Spadají sem však obchodní praktiky smíšené – chránící jak ekonomické zájmy spotřebitelů, tak podnikatelů. Srov. Komise EU. *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách ze dne 25. května 2016, SWD(2016) 163 final.* [online] [cit. 16. 10. 2016] s. 14 a 15.

Obchodní praktika se musí posuzovat vždy pohledem průměrného spotřebitele, kterému je daná obchodní praktika přímo určena (je jejím od počátku zamýšleným adresátem), ale také spotřebitele, který je jejím působením vystaven²⁹⁶ (osobou, k níž se taková obchodní praktika dostane nepřímo, kdo je takovou obchodní praktikou zasažen, ovlivněn²⁹⁷).

III.4.3 Tzv. nepojmenované nekalé obchodní praktiky (nekalé obchodní praktiky podle generální klauzule)

Jak již bylo uvedeno výše, v případě, že určitá obchodní praktika nespadá pod černou listinu ani některou z malých generálních klauzulí nekalých obchodních praktik (klamavou či agresivní), naplňuje však generální klauzuli nekalých obchodních praktik (§ 4 odst. 1 ZOS, článek 5 odst. 2 směrnice 2005/29), jedná se o nekalou obchodní praktiku zákonem však blíže nepojmenovanou. Lze očekávat, že nekalé obchodní praktiky spadající pod generální klauzuli budou rozvíjeny rozhodovací praxí Soudního dvora EU či členských států Evropské Unie a vytvářeny z nich různá typová jednání (obdobně jako je tomu u nepojmenovaných či soudcovských skutkových podstat nekalé soutěže podle generální klauzule nekalé soutěže podle § § 2976 odst. 1 OZ²⁹⁸).

Nekalé obchodní praktiky podle generální klauzule lze označovat také jako „nepojmenované“, „soudcovské“ nebo „obecné nekalé obchodní praktiky“.

V současné době lze z *judikatury a dostupných oficiálních zdrojů dozorových orgánů dovodit následující příklady* nekalých obchodních praktik podle generální klauzule:

- Z rozhodovací praxe Soudního dvora EU:²⁹⁹ Tzv. vázané nabídky neboli podmíněné dodání určitého zboží či poskytnutí služby jiným

²⁹⁶ Právní úprava klamavé reklamy podle § 2977 odst. 1 OZ (nekalá soutěž) používá označení „osoby, jimž je určena nebo k nimž dospěje“.

²⁹⁷ Takovou osobou může být například ten, kdo shlédne billboard obsahující určitou reklamu a na jejím základě učiní obchodní rozhodnutí a zakoupí si propagovaný výrobek.

²⁹⁸ K těmto typovým jednáním blíže viz ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 54–64.

²⁹⁹ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. července 2013, sp. zn. C-265/12. Je tomu tak z důvodu, že „finanční služby jsou své povahy složitě a plynou z nich zvláštní rizika, o kterých spotřebitel není vždy dostatečně informován. Vázaná nabídka má kromě toho sama o sobě schopnost vyvolat u spotřebitele představu cenové výhody. Z toho plynn, že vázaná nabídka, jejíž součástí je finanční služba, představuje zvýšené riziko, že nebude transparentní, pokud jde o podmínky, cenu a přesný obsah uvedené služby. Taková nabídka může vést ke klamání spotřebitele o skutečném obsahu a skutečných vlastnostech nabízené kombinace zboží a zároveň jej připravit o možnost provést srovnání cen a kvality této nabídky s jinými odpovídajícími plněními jiných hospodářských subjektů.“

produktem či plněním, které s původním plněním nesouvisí nebo bonusové přidání určitého zboží (služby) ke zboží (službě) zakoupenému spotřebitelem. Soudní dvůr EU v několika případech³⁰⁰ shledal nedovolenou takovou vnitrostátní právní úpravu, která bez dalšího zakazovala vázané nabídky. Vzhledem k tomu, že zákaz vázaných nabídek není součástí tzv. černé listiny nekalých obchodních praktik, shledal takový *per se* zákaz Soudní dvůr EU nepřípustným, aniž by byly posouzeny podmínky některé z malých generálních klauzulí či obecné generální klauzule nekalých obchodních praktik – právě to této by dané jednání pravděpodobně spadalo. To neplatí pro oblast finančních služeb, kde členské státy mohou vázané nabídky bez dalšího zakázat.

- Z rozhodovací praxe České obchodní inspekce:³⁰¹ Vyplněná kupní smlouva obsahovala ustanovení, dle kterého spotřebitel bere na vědomí a podpisem smlouvy potvrzuje, že současně s jejím uzavřením a na jeho žádost mu byla aktivována VIP karta, a že s touto aktivací bez výhrad výslovně souhlasí. Dle textu smlouvy spotřebitel dále bere výslovně na vědomí, že deaktivace VIP karty, k níž dojde při odstoupení od smlouvy či při jejím zániku jiným způsobem, je zpoplatněna částkou 8.000 Kč.
- Příklad uváděný Českou národní bankou:³⁰² Skupina spotřebitelů je po dlouhé cestě autobusem bez jídla a pití pozvána do restaurace, kde je spotřebitelům zdarma nabídnuto jídlo a pití a zároveň při té příležitosti jsou mu prezentována pravdivě a srozumitelně fakta o finančním produktu, kterým však nevěnují dostatečnou pozornost, protože obědvají. Po obědě však už následuje pouze stručný shrnující blok a spotřebitelům je nabídnuta k podpisu smlouva o pojištění.

³⁰⁰ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 23. dubna 2009, spojené věci sp. zn. C-261/07 a C-299/07. V prvním případě dostali spotřebitelé vlastníci kartu TOTAL-CLUB za každé načerpání alespoň 25 litrů paliva bezplatnou asistenční službu. Ve druhém případě měli spotřebitelé, kteří si zakoupili dámský časopis „Flair“ poukázku na slevu ve výši 15 až 25 procent na různé výrobky prodávané v různých obchodech s prádlem.

V rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 14. ledna 2010, sp. zn. C-304/08, se jednalo o podmínění účasti ve spotřebitelské soutěži o ceny koupí zboží.

V rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 11. března 2010, sp. zn. C-522/08, se jednalo o podmínění uzavření smlouvy o přístupu k internetu uzavřením smlouvy o telefonních službách.

V rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 9. listopadu 2010, sp. zn. C-540/08, se jednalo o podmínění účasti v soutěži „Fotbalista roku“ zasláním kupónu z novin deníku Österreich.

³⁰¹ Česká obchodní inspekce. *Kontrola na předváděcí prodejní akci v Brně*. [online] [cit. 18. 10. 2016].

³⁰² Česká národní banka. *Nekalé obchodní praktiky*. [online] [cit. 18. 10. 2016].

- Příklad uváděný Generálním ředitelstvím zdraví a ochrany spotřebitele:³⁰³ Malé zahradní centrum zahájilo prodej cizokrajných druhů rostlin a keřů pro zahrady. Zákazník si v březnu zakoupil jistý druh rostliny, ta ale za týden uhynula. Poté zjistil, že se ve skutečnosti jednalo o pokojový druh rostliny, který neměl být zasazen na zahradě. Když požádal zahradní centrum o náhradu, bylo mu řečeno, že to byla jeho chyba, že rostlina uhynula, že měl vědět, o jaký druh rostliny se jedná.
- Příklad uváděný Generálním ředitelstvím zdraví a ochrany spotřebitele:³⁰⁴ Spotřebitel podnikateli dluží (opozdil se se splátkami) a podnikatel využívá nepatřičného ovlivňování, nabídne-li, že změní termín splacení dluhu pod podmínkou, že si spotřebitel zakoupí další výrobek.
- Příklad uváděný Generálním ředitelstvím zdraví a ochrany spotřebitele:³⁰⁵ Manželé byli na dovolené v zahraničí, kde dostali stírací los, na němž bylo uvedeno, že vyhráli cenu. Souhlasili, že půjdou s obchodníkem cenu si vyzvednout. Byli zavezeni do vzdálené budovy bez možnosti vrátit se do města, v němž pobývali, museli podstoupit zdoluhavou prezentaci o rekreačním klubu, byli přinuceni k zaplacení zálohy a teprve poté byli zavezeni do svého apartmá.
- Příklad uváděný Generálním ředitelstvím zdraví a ochrany spotřebitele:³⁰⁶ Zákazník se dohodl s instalátérem na opravě vadného radiátoru. Původně mu bylo řečeno, že práce bude stát 80 €, namísto toho však přišel účet na 450 €. Když zákazník odmítl zaplatit navýšenou částku, instalátér mu odpojil přívod horké vody.

III.4.4 Dílčí závěr

Generální klauzule nekalých obchodních praktik není (na rozdíl od generální klauzule nekalé soutěže) předpokladem pro kvalifikaci určitého jednání podnikatele vůči spotřebiteli jako závadného (nekalé obchodní praktiky). Její aplikace nastává tehdy, pokud nedojde ke kvalifikaci jednání jako nekalé obchodní praktiky skrze tzv. černou listinu nekalých obchodních praktik (příloha č. 1 a č. 2 ZOS, příloha I směrnice 2005/29) nebo následně skrze

³⁰³ Generální ředitelství zdraví a ochrany spotřebitele. Směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Nové zákony zabraňující nečestnému jednání vůči spotřebitelům*. [online] [cit. 18. 10. 2016], s. 13.

³⁰⁴ Ibidem, s. 14.

³⁰⁵ Ibidem, s. 15.

³⁰⁶ Ibidem, s. 15.

tzv. malé generální klauzule klamavých (§ 5 a 5a ZOS, článek 6 a 7 směrnice 2005/29) či agresivních (§ 5 b ZOS, článek 8 a 9 směrnice 2005/29) obchodních praktik (tzv. třístupňový test nekalosti).

Generální klauzule nekalých obchodních praktik se skládá ze dvou základních podmínek, které musí být kumulativně naplněny pro shledání obchodní praktiky jako nekalé.

První podmínkou je rozpornost obchodní praktiky s odbornou (profesionální) péčí, tedy takovou péčí, kterou lze od podnikatele ve vztahu ke spotřebiteli rozumně očekávat a která odpovídá poctivým obchodním praktikám nebo obecným zásadám dobré víry v oblasti jeho činnosti. Naplnění tohoto kritéria bude ponecháno dozorovým orgánům a soudům v konkrétních případech.

Druhou podmínkou je nezbytnost, aby obchodní praktika podstatně narušovala nebo byla způsobilá podstatně narušit ekonomické chování (průměrného) spotřebitele, kterému je určena, nebo který je jejímu působení vystaven (ve vztahu k výrobku nebo službě). V této podmínce je zahrnuto kritérium bagatelnosti, tedy že ekonomické (nikoliv však jiné chování) průměrného spotřebitele musí být narušeno podstatně (tedy nikoliv zanedbatelně). Postačí však, pokud je obchodní praktika k narušení ekonomického chování průměrného spotřebitele způsobilá (k tomuto narušení tedy nemusí ve skutečnosti vůbec dojít). Dotčeným spotřebitelem je modelový průměrný spotřebitel, a to takový, kterému je obchodní praktika určena, případně který je jejímu působení fakticky vystaven.

Lze očekávat, že se postupem času vyvine rozhodovací praxe soudů a dozorových orgánů tak, že se z daných nepojmenovaných nekalých obchodních praktik podle generální klauzule vyvinou typová zakázaná jednání (obdobně, jak je tomu v případě nepojmenovaných či soudcovských skutkových podstat nekalé soutěže podle § 2976 odst. 1 OZ).

III.5 Tzv. malé generální klauzule nekalých obchodních praktik podle směrnice 2005/29 (zákona o ochraně spotřebitele)

Malé generální klauzule klamavých obchodních praktik jsou obsaženy v článku 6 směrnice 2005/29 a § 5 ZOS, které shodně zakazují klamavá

jednání (konání), v článku 7 směrnice 2005/29 a § 5 a 5a ZOS, kde je zakázáno klamavé opomenutí a v člancích 8 a 9 směrnice 2005/29, respektive podle § 5 b ZOS, jde-li o zákaz agresivních obchodních praktik. České právo se tedy nevydalo cestou společného (obecného) zákazu klamavých jednání podnikatelů jejich v širokém pojetí, zahrnující též klamavou reklamu obdobně, jako je tomu například v Německu,³⁰⁷ či Belgii.³⁰⁸ Koncepti srovnatelnou s tou českou naproti tomu přijalo Slovensko.³⁰⁹

Smyslem těchto malých generálních klauzulí je na straně jedné dále konkretizovat velkou generální klauzuli při zachování stále ještě vysoké míry obecnosti úpravy tak, aby ji bylo možno flexibilně interpretací přizpůsobovat invenci a kreativě obchodníků. Právní úprava totiž musí obstát v čase a v případě kazuistického přístupu by hrozilo nebezpečí, že by se stala pro praxi nedostatečnou. Malé generální klauzule jsou proto kompromisem mezi přístupem obecným a přístupem kazuistickým, když provádí a konkretizují velkou generální klauzuli³¹⁰ za účelem řádného zohlednění nebezpečí, které pro spotřebitele představují ty případy, které se vyskytují v praxi nejběžněji, a sice klamavé obchodní praktiky a agresivní obchodní praktiky.³¹¹

Na straně druhé je ale nutné připomenout to, co již bylo konstatováno v rámci výkladu ke generální klauzuli nekalých obchodních praktik, totiž že malé generální klauzule neprovádí jen typizaci nekalých praktik zakázaných generální klauzulí, ale zároveň rozšiřují obecný zákaz nekalých obchodních praktik o praktiky, které by jinak dle generální klauzule mohly obstát.³¹²

Všem malým generálním klauzulím je společné to, že se netýkají těch obchodních praktik, které **neovlivňují** rozhodnutí spotřebitele o obchodní

³⁰⁷ KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 311.

³⁰⁸ Viz HILTY, R., HENNING-BODEWIG, F. *Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe?* *Springer Science & Business Media*, 2007, s. 143 a násl.

³⁰⁹ Srov. Úpravu v zákoně č. 250/2007 Z.z., Zákon o ochrane spotrebiteľa a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov.

³¹⁰ Jsou zvláštními poddruhy („přesnými kategoriemi“) nekalých obchodních praktik. Viz stanovisko generálního advokáta - Wahl - 13 června 2013. CHS Tour Services GmbH proti Team4 Travel GmbH. Věc C-435/11, odst. 20.

³¹¹ Srov. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 19. září 2013. CHS Tour Services GmbH proti Team4 Travel GmbH. Věc C-435/11, odst. 40.

³¹² V české rozhodovací praxi je tento požadavek reflektován. Viz rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 12. června 2014, sp. zn. 62 A 44/2013.

transakci týkající se produktů **přímo**. Neupravuje tedy obchodní praktiky, jež se uskutečňují převážně za jiným účelem, jako jsou výroční zprávy a podnikové propagační publikace, či za účelem zajištění určitého standardu vkusu a slušnosti či prosazení místních kulturních zvyklostí (např. zákaz pouličního prodeje).³¹³ Hodnocení, zda praktika může spotřebitele ovlivnit přímo, či nikoliv však bude náročné z důvodu existence „šedé zóny“ praktik, kde bude záležet na individuálním posouzení. Kupř. tak opakovaná e-mailová nabídka uzavření smlouvy může být jak obtěžující praktikou způsobilou přímo ovlivnit spotřebitelovo rozhodování, tak i odrazujícím nástrojem, který spotřebitele od rozhodnutí nejen odradí,³¹⁴ ale zároveň též upozorní na možnou problematičnost obchodníka i do budoucna. Efekt takové komunikace proto bude přesně opačný, než bylo původně zamýšleno. Podle okolností pak prvá situace zakázána bude, zatímco na druhou zákaz klamavých a agresivních praktik nedopadne.³¹⁵

III.5.1 Klamavé obchodní praktiky podle směrnice 2005/29 (zákon o ochraně spotřebitele)

III.5.1.1 Klamavá jednání

Klamavá jednání mají komisivní povahu a jejich podstata úzce souvisí s přenosem informací souvisejících s transakcí mezi spotřebitelem a obchodníkem. Tok informací je zejména v předmluvní fázi značně nevyvážený a směřuje od obchodníka ke spotřebiteli. Tento stav je jednak přirozený zapříčiněný faktickou povahou jejich postavení. Je totiž v zájmu obchodníka aktivně jednat a prostřednictvím informací poskytnutých spotřebiteli jej přesvědčit ke koupi. Obchodníková povinnost poskytnout informace spotřebiteli může vyplývat rovněž z požadavků právní úpravy. Rozsáhlá informační povinnost je obchodníkovi uložena kupř. směrnicí 2011/83/EU (směrnice o právech spotřebitelů).

³¹³ Viz článek 7 preambule směrnice 2005/29.

³¹⁴ KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 378.

³¹⁵ K případům klamavého a agresivního jednání podnikatele vůči spotřebiteli před uzavřením smlouvy a jejich vlivu na platnost smlouvy blíže viz ONDREJOVÁ, D. *Porušení závazkového práva jako nekalá obchodní praktika nebo nekalá soutěž*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 107 a násl.

Jak již bylo naznačeno, podstata problému spočívá v tom, že relevantními informacemi v rozsahu potřebném zpravidla, nikoliv ale výlučně, pro kontraktaci, disponuje spíše obchodník, zatímco spotřebitel je ve stavu informační nouze. Obchodník toho může svým aktivním jednáním vhodně v mezích vytyčených právem využít, ale i v rozporu s ním zneužít. Zákaz klamavých jednání ve směrnici 2005/29 má takovému zneužití zabránit.

Podle článku 6 odst. 1 směrnice 2005/29 je malá generální klauzule klamavých obchodních praktik spočívající v klamavém jednání vymezena následovně: „*Obchodní praktika je považována za klamavou, 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, i když informace jsou věcně správné, což v obou případech vede nebo může vést k rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci, které by jinak neučinil...*“³¹⁶

Článek 6 odst. 2 směrnice 2005/29 dále zákaz rozšiřuje takto: „*Obchodní praktika je rovněž považována za klamavou, pokud ve věcných souvislostech, s přihlédnutím ke všem jejím rysům a okolnostem, vede nebo může vést k tomu, že průměrný spotřebitel učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil, a zahrnuje: a) jakékoli uvádění produktu na trh, včetně srovnávací reklamy, které vede k záměně s jinými produkty, ochrannými známkami, obchodními firmami nebo jinými rozlišovacími znaky jiného soutěže; b) skutečnost, že obchodník nedodrží závazky obsažené v kodexu chování, k jejichž dodržování se zavázal, pokud i) se nejedná o záměr závazku, ale o jednoznačný závazek, který lze ověřit, a ii) obchodník v obchodní praktice uvádí, že je vázán kodexem.“*

³¹⁶ Dílčí body, na které citované ustanovení odkazuje, nejsou pro další výklad v této části publikace podstatné, proto je uvádíme pouze zde v poznámce pod čarou: „a) existence nebo podstata produktu; b) hlavní znaky produktu, jako je jeho dostupnost, výběry, rizika, provedení, složení, příslušenství, poprodejní služby zákazníkům a vyřizování reklamaci a stížností, výrobní postup a datum výroby nebo dodání, způsob dodání, způsobnost k účelu použití, možnosti použití, množství, specifikace, zeměpisný nebo obchodní původ, očekávané výsledky jeho použití nebo výsledky a podstatné části zkoušek nebo kontrol provedených na produktu; c) rozsah závazků obchodníka, motivační pro obchodní praktiku a podstata prodejního postupu, prohlášení nebo symbol týkající se přímého nebo nepřímého sponzorování nebo schválení obchodníka nebo produktu; d) cena nebo způsob výpočtu ceny anebo existence konkrétní cenové výbory; e) nutnost servisu, náhradních dílů, výměny nebo opravy; f) podstata, charakteristické rysy a práva obchodníka nebo jeho zástupce, například jeho totožnost a majetek, způsobnost, postavení, schválení, přidružení nebo vztahy, práva průmyslového, obchodního nebo duševního vlastnictví nebo jeho ocenění a vyznamenání; g) práva spotřebitele, včetně práva na náhradní dodání nebo vrácení kupní ceny podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES ze dne 25. května 1999 o určitých aspektech prodeje spotřebního zboží a záruk na toto zboží (8), nebo rizika, kterým může být vystaven.“

V ustanovení § 5 ZOS je malá generální klauzule klamavých obchodních praktik klamavého konání vymezena v zásadě totožně.³¹⁷ Z jejich srovnání proto vyplývá, že se významově podstatným způsobem neliší.³¹⁸ Odlišnost spočívá v identifikaci závazku, kdy směrnice hovoří obecně o transakci, zatímco česká úprava zavedla užší pojem koupě. Ten však musí být chápán nejen v kontextu úpravy unijní, ale též ve vazbě na § 2 odst. 1 písm. r) ZOS, z něhož vyplývá, že se koupí rozumí i dodávka služeb, a tedy že tento pojem nelze chápat ve striktně ve vazbě na soukromé právo a smlouvu kupní.

Rozdělení podmínka stanovených článkem 6 směrnice 2005/29 v jeho prvním odstavci do dvou odstavců v § 5 ZOS nijak nemění podstatu úpravy, obě

³¹⁷ Ve snaze zajistit přehlednost textu a zabránit jeho prodlužování uvádíme pro srovnání text české úpravy pouze zde v poznámce pod čarou. ZOS definuje klamavé jednání v § 5 takto:

„(1) *Obchodní praktika se považuje za klamavou, pokud obsahuje věcně nesprávnou informaci a je tedy nepravdivá, což vede nebo může vést spotřebitele k rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil.*
 (2) *Za klamavou se považuje také obchodní praktika obsahující pravdivou informaci, jestliže vede nebo může vést spotřebitele k rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil, pokud jakýmkoli způsobem uráží nebo je schopna urazit spotřebitele v omyl ohledně*

- a) *existence a podstaty výrobku nebo služby,*
- b) *hlavních znaků výrobku nebo služby, jako jsou údaje o jejich dostupnosti, výhodách, rizicích, provedení, složení, příslušnosti, poprodejním servisu a vyřizování reklamací a stížností, výrobním postupu a datu výroby nebo dodání, způsobu dodání, způsobilosti k účelu použití, možnosti použití, množství, specifikaci, zeměpisném nebo obchodním původu, očekávaných výsledcích jejich použití nebo výsledcích a provedených zkouškách nebo kontrolách,*
- c) *rozsahu záručky prodávajícího, motivu pro obchodní praktiku a podstaty prodejního postupu, prohlášení nebo symbolu týkajících se přímého nebo nepřímého sponzorování nebo schválení prodávajícího nebo výrobku nebo služby,*
- d) *ceny nebo způsobu výpočtu ceny anebo existence konkrétní cenové výbody,*
- e) *nutnosti servisu, náhradního dílu, výměny nebo opravy,*
- f) *podstaty, charakteristických rysů a práv prodávajícího nebo jeho zástupce, například jeho identifikace a majetku, způsobilosti, postavení, schválení, přidružení nebo vztahů, práv průmyslového, obchodního nebo duševního vlastnictví nebo jeho ocenění a vyznamenání, nebo*
- g) *práv spotřebitele, včetně práva na náhradní dodání nebo vrácení kupní ceny vyplývajících z práv z vadného plnění nebo rizika, kterému může být vystaven.*

(3) *Obchodní praktika se rovněž považuje za klamavou, pokud ve věcných souvislostech, s přihlédnutím ke všem jejím rysům a okolnostem, vede nebo může vést k tomu, že spotřebitel učiní rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil, a pokud zahrnuje*

- a) *jakékoli uvádění výrobku nebo služby na trh, včetně srovnávací reklamy, které vede k záměně s jiným výrobkem nebo službou,*
- b) *jakékoli uvádění výrobku nebo služby na trh, včetně srovnávací reklamy, které vede k záměně s ochrannou známkou, obchodní firmou nebo jinými rozlišovacími znaky jiného prodávajícího, nebo*
- c) *nedodržení jednoznačného závazku obsaženého v kodexu chování, k jehož dodržování se prodávající prokazatelně zavázal.“*

³¹⁸ Nebylo tomu tak vždy, problémy se překonávaly cestou výkladu ve světle směrnice 2005/29. Viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014, sp. zn. 7 As 110/2014.

podmínky totiž představují alternativy a každá z nich proto obstojí i samostatně. Výraznější rozdíl ve formulaci lze vidět pouze v případě posledního požadavku článku 6 odst. 2 písm. b) bod ii) směrnice 2005/29. Česká úprava totiž stanoví navíc požadavek **prokazatelnosti** závazku obchodníka dodržovat určitý kodex,³¹⁹ zatímco dle směrnice 2005/29 postačuje již fakt, že závazán je (tedy nikoliv nutně prokazatelně), a že tuto skutečnost deklaruje. Při výkladu, který by nebyl souladný, by totiž v krajním případě bylo možno dovozovat rozdílnou důkazní pozici spotřebitele. Problém je nicméně jen zdánlivý, neboť je snadno řešitelný právě eurokonformním výkladem dotčeného ustanovení ZOS. Tento závěr lze též vztáhnout na absenci upřesnění v ZOS, že spotřebitelem je myšlen spotřebitel průměrný, přičemž tomuto výkladu nasvědčuje i výklad systematický v kontextu s § 4 odst. 1 a odst. 2 ZOS. K odlišení jednotlivých kategorií spotřebitelů viz část IV.

Spotřebitel je článkem 6 odst. 1 směrnice 2005/29 (a shodně i dle ZOS) chráněn jak pokud jde o „kvalitu“ informace (musí být pravdivá), tak i „kvalitu sdělení“ (prezentace) této informace. Máme-li parafrázovat známou anekdotu, pak i jinak zcela pravdivá informace o výsledném umístění výrobku v jejich vzájemném srovnání může být zavádějící, pokud ji podáme tak, že se náš výrobek umístil na čestném druhém místě, zatímco výrobek srovnávaný skončil až na místě předposledním, byly-li ve skutečnosti srovnávány výrobky jen dva. Není dále nutné, aby ke klamání spotřebitele skutečno došlo, rozhodný je objektivní stav. Stačí tedy i potencialita oklamání.³²⁰

Konkrétním příkladem „nekvalitní“ informace, tedy klamavé praktiky, která může být článkem 6 odst. 1 směrnice 2005/29 jako klamavá zakázána, je např. uvedení nesprávné výše RPSN v úvěrové smlouvě způsobem, který byl popsán výše v rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci Pereničová a Perenič. Představuje totiž nesprávnou informaci o celkových nákladech úvěru, a tedy o ceně, která za něj bude muset být zaplacená a má potenciál ovlivnit chování spotřebitele při rozhodování volbě úvěru. Z rozhodovací

³¹⁹ Viz § 5 odst. 3 ZOS, písm. c).

³²⁰ Související otázkou je to, kdo nese důkazní břemeno při posuzování, zda je určitá informace nepravdivá či její sdělení zavádějící. Směrnice 2005/29 tuto otázku neupravuje (původní návrh, aby toto břemeno nesl obchodník, nebyl přijat) a její preambule výslovně v odst. 21 stanoví, že „stanovení důkazního břemene přísluší vnitrostátním právním“. Viz též KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law. The United Kingdom*, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 314.

činnosti Nejvyššího správního soudu pak vyplývá, že nejčastěji se na pořad jeho jednání dostávají ty věci, kde obsah „nekvalitní“ informace spočívá v klamání spotřebitele prostřednictvím jednání obchodníka, které porušuje práva duševního vlastnictví zásahem do práv k ochranné známce třetích osob.³²¹ Článkem 6 směrnice však není zakázána každá nekvalitní informace, tzn. i informace nepravdivá nebo zavádějící může být za určitých okolností přípustná. Posuzování kvality informace proto musí být prováděno nikoliv formálně, ale vždy ad hoc v kontextu jednotlivých souvislostí daného případu a v potaz je bráno také materiální hledisko, jak ostatně dokazuje i starší rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci Nissan (rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. ledna 1992. Trestní řízení proti X. Věc C-373/90.)³²²

- Spor měl původ ve stížnosti na klamavou reklamu, kterou podal výlučný dovozce aut značky Nissan do Francie. Stížnost byla podána proti konkurenční společnosti, která zveřejnila reklamu „Kupte si své nové vozidlo levněji“. Reklama se týkala vozidel, která byla do Francie dovážena z Belgie, šlo přitom o vozidla v Belgii dosud nepoužitá. Z dostupných informací vyplývalo, že jejich cena byla skutečně nižší ve srovnání s vozidly téže značky prodávanými v oficiální distribuční síti. Prodávána byla ovšem s nižší výbavou, jelikož Belgické základní modely nebyly továrně vybaveny tak, jako modely francouzské. Z pohledu hospodářské soutěže šlo o situaci označovanou jako paralelní dovoz. Auta přitom nemohla být skutečně nová, když již jednou byla zregistrována a tudíž uvedena do provozu.
 - Soudní dvůr EU v hodnocení nejprve připomenul význam reklamy pro hospodářskou soutěž a paralelní dovozy. Dále dovodil, že auto ztrácí „peř“ novoty v okamžiku, kdy je řízeno po silnici, nikoliv v okamžik jeho registrace. Podstatná je tedy skutečnost, výsledný stav, nikoliv formální administrativní akt uvedení do provozu,

³²¹ Viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 13. listopadu 2014, sp. zn. 9 As 146/2014, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 13. listopadu 2014, sp. zn. 9 As 146/2014, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 11. prosince 2014, sp. zn. 10 As 157/2014, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014, sp. zn. 7 As 110/2014, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 27. srpna 2015, sp. zn. 1 As 138/2015, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 13. února 2014, sp. zn. 9 As 49/2013 – 46, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 11. září 2013, sp. zn. 31Af 52/2012.

³²² Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. ledna 1992. Trestní řízení proti X. Věc C-373/90.

který nota bene činil paralelní dovozy jednoduššími. O zakázanou praxi by šlo teprve tehdy, pokud by toto potenciálně zavádějící tvrzení bylo skutečně schopno ovlivnit rozhodování spotřebitele, zda vůz jako „nový“ koupit, či nikoliv. Stejně tak i tvrzení o nižší ceně nemusí být nutně klamavé za předpokladu, že by rozhodnutí pořídit si nový vůz u paralelního dovozce bylo u podstatné části spotřebitelů bylo ovlivněno tím, že si plně neuvědomovali důvod nižší ceny spočívající v nižší výbavě.³²³

Soudní dvůr EU řešil rovněž otázku vymezení toho, jaké jednání vůbec lze považovat za praxi ve smyslu článku 6 odst. 1 směrnice 2005/29, a zda jí může být i jednání ojedinelé, zapříčiněné chybou a nikoliv snahou spotřebitele klamat, a to v rozhodnutí ze dne 16. dubna 2015 Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság proti UPC Magyarország kft. Věc C-388/13:

- Případ se týkal závazku mezi panem L. I. Szabó jednajícím v pozici spotřebitele a dlouhodobého zákazníka společnosti UPC Magyarország kft., poskytovatele služeb kabelové televize. Za účelem podání výpovědi smlouvy k poslednímu dni poskytování již zaplacených služeb požádal pan Szabó v dubnu roku 2010 společnost UPC o informaci, jakého platebního období se přesně týkalo již roční zúčtování z roku 2010, neboť to jasně nevyplývalo z faktury. Společnost UPC mu odpověděla, že poslední roční vyúčtování se týkalo „období od 11. 1. 2010 do 10. 2. 2011 včetně, ačkoli relevantním dnem byl 10. leden 2011. Pan Szabó proto požádal o odpojení k poslednímu dni zaplacené služby, tak jak vyplýval z poskytnuté odpovědi, v důsledku špatně poskytnuté informace to ale znamenalo, že část doby, kdy ještě služby UPC odebíral, neměl zaplacenou. Společnost UPC ho proto k úhradě této částky (přibližně 18 €) vyzvala.
 - V rámci sporu společnost UPC namítala, že v daném případě nemohlo její jednání být klamavou obchodní praktikou, když šlo o ojedinelou administrativní chybu, která se týkala jen jednoho zákazníka, nelze kvalifikovat jako „praxi“. V daném případě

³²³ Slabinou případu potenciálně limitující jeho zobecnění je fakt, že se netýká přímo směrnice 2005/29. Zároveň je toto rozhodnutí nutné interpretovat v souvislostech, kdy zde byl Soudní dvůr EU možná více motivován rozhodnout tak, jak rozhodl, a to z důvodu jeho snahy eliminovat překážky fungování vnitřního trhu a umožnit paralelní dovozy. Viz MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 120 a 121.

se dle tohoto pojetí mělo jednat o redakční chybu při psaní číslice, informace poskytnutá spotřebiteli proto nebyla klamavá, ale jen nesprávná.

- Soudní dvůr EU však takový přístup odmítl, neboť směrnice 2005/29 nestanoví žádnou minimální hranici pro počet překročení, termín „praktika“ tedy nepřepokládá opakovanost či dokonce soustavnost jednání k tomu, aby mohl být aktivován článek 6 odst. 1 směrnice, jakož i velká generální klauzule. Nadto by takový požadavek učinil pozici spotřebitele mimořádně obtížnou z pohledu důkazního, protože prokázat, že stejný obchodník poškodil i jiné spotřebitele by bylo prakticky značně komplikované.³²⁴ Soudní dvůr EU odmítl rovněž jako irelevantní tvrzenou neúmyslnou povahu takového protiprávního jednání.
- Generální advokátka ve svém stanovisku vymezila pojem praktika tak, že ji představuje jednání obchodníka splňující nejméně jednu ze dvou podmínek: (1) jednání buď směřuje vůči nespécifikované skupině adresátů (příkladem je příkladem je reklama v novinách nebo časopise nebo cedule v obchodě vysvětlující politiku vracení peněz všem (skutečným nebo potenciálním) zákazníkům), nebo (2) se jednání opakuje ve vztahu k více než jednomu spotřebiteli (jednání tedy musí být opakované a týkat se více než jednoho spotřebitele).
- Nad rámec rozboru pojmu „praktika“ lze dále dovodit, že odpovědnost obchodníka za protiprávní jednání dle článku 6 odst. 1 směrnice 2005/29 je odpovědností objektivní a otázka zavinění se nezkoumá. Proto i jedno jediné neúmyslné pochybení ze strany obchodníkovy zaměstnance může při splnění dalších podmínek odpovědnost tohoto obchodníka založit. Tato koncepce je shodná s posuzováním klamavosti u nekalé soutěže.

Pro hodnocení, zda určité jednání je či není zakázanou klamavou praktikou, rovněž není rozhodné, zda obchodníkové jednání může v konečném

³²⁴ Tento závěr je ovšem v odborné literatuře zpochybňován argumentem, že by spotřebitel musel prokazovat jen, že jednání obchodníka nebylo namířeno výhradně vůči němu samotnému, a že tedy bylo tržně relevantní, což skutečně není nepřiměřeně obtížné. Viz KEIRSBILCK, B. The UCPD's notion of "commercial practice": UPC Magyarország. *Common Market Law Review*, 2016, 2, s. 542.

důsledku představovat prospěch pro spotřebitele, jakož i fakt, že újma, kterou spotřebitel utrpěl, je nepatrná ve srovnání s hodnotou celé transakce.

- Nejvyšší správní soud v rozhodnutí ze dne 27. června 2013, sp. zn. I. As 13/2013, tak potvrdil zákaz jednání spočívajícího v informování spotřebitelů o tom, že příplatek za cestovní pojištění BlueComfort je jedním z povinných příplatků tvořících konečnou cenu zájezdu jako klamavé obchodní praktiky.
 - Dotčený obchodník v katalogu zájezdů zařadil příplatek za cestovní pojištění BlueComfort mezi takové povinné příplatky, jako jsou letištní a bezpečnostní taxy, víza či palivový příplatek, o nichž je průměrnému spotřebiteli známo, že tvoří nevyhnutelnou součást ceny leteckého zájezdu a že bez jejich zaplacení není možné letecký zájezd uskutečnit a zcela jednoznačně informoval spotřebitele o tom, že i příplatek za cestovní pojištění BlueComfort má stejný charakter, tedy že jeho zaplacení je úkonem nutným a nezbytným k tomu, aby spotřebitel vůbec mohl vybraný letecký zájezd absolvovat. Podle zákona č. 159/1999 Sb., o některých podmínkách podnikání v oblasti cestovního ruchu, má přítom spotřebitel možnost, nikoliv povinnost uzavřít individuální pojištění pro cesty a pobyt. Možnost zrušení cestovního pojištění BlueComfort sice byla deklarována, ale drobným písmem na konci katalogu v obchodních podmínkách. Požadována byla nadto písemná forma takové žádosti. Nejvyšší správní soud odmítl vcelku účelovou argumentaci obchodníka, že skutečným důvodem, proč pojištění takto nabízel, byl jeho motiv předejít situacím, kdy se zákazníci při cestování v důsledku nějaké nečekané události potýkají s nedostatkem finančních prostředků. Byť se toto tvrzení skutečně v některých případech může ukázat pravdivým, existují i jiné, přiměřenější cesty jak takového cíle dosáhnout, aniž by spotřebitel musel být klamán. Stejně tak Nejvyšší správní soud odmítl argument nepatrnosti ceny pojištění ve vztahu k celému zájmu.

Obdobně i nabídka kominíka, na revizi komína či nabídka kontroly kvality vody ve studni vhozená do schránky spotřebitele vyvolávající svým vzhledem dojem, že jde ve skutečnosti nikoliv o soukromou nabídku služeb, ale o úřední rozhodnutí veřejné správy, může být považována za klamavé jednání, byť je nepochybně v zájmu spotřebitele, jakož i jeho zákonnou

povinností kontrolu odvodu spalin periodicky provádět. Stejně tak mu může kontrola pitné vody odhalit včas její případně nedostatky.

- Otázka vymezení klamavé praktiky a vazby mezi jednotlivými požadavky článku 6 odst. 1 směrnice 2005/29 byla řešena Soudním dvorem EU (rozhodnutí ze dne 19. prosince 2013, Trento Sviluppo srl a Centrale Adriatica Soc. coop. arl proti Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. sp. zn. C-281/12). Sporný byl vztah mezi jednotlivými podmínkami požadovanými článkem 6 odst. 1 směrnice, konkrétně, zda má být chápán tak, že určitá praktika je klamavá a tudíž zakázaná už pouze z toho důvodu, že obsahuje nesprávné informace nebo že je schopná uvést průměrného spotřebitele v omyl, nebo zda je kromě toho nezbytné, aby uvedená praktika byla způsobila vést spotřebitele k přijetí rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil.³²⁵
 - Společnost Trento Sviluppo provozuje v Itálii několik velkých supermarketů, které jsou součástí distribučního řetězce skupiny COOP Italia. Centrale Adriatica poskytuje služby společně s ostatními společnostmi patřícími do skupiny COOP Italia, přičemž sama je její součástí. V březnu 2008 Centrale Adriatica uvedla v některých prodejních místech označených názvem COOP Italia speciální akční nabídku, v jejímž rámci byly některé výrobky nabízeny za výhodné ceny. Akce trvala v období od 25. března do 9. dubna 2008. Na reklamním letáku bylo uvedeno „slevy až o 50 % a mnoho dalších zvláštních nabídek“. Mezi výrobky, které byly na tomto reklamním letáku nabízeny za akční ceny, byl též přenosný počítač. Dne 10. dubna 2008 podal spotřebitel stížnost k italskému Úřadu na ochranu hospodářské soutěže a pravidel trhu, přičemž důvodem této stížnosti bylo, že toto reklamní oznámení bylo podle jeho názoru nepřesné, protože když v době platnosti akce navštívil supermarket v Tridentu, nebyl tento výrobek výpočetní techniky dostupný. V návaznosti na tuto stížnost zahájil Úřad

³²⁵ Zdůrazňujeme, že na rozdíl od velké generální klauzule není definičním znakem malé generální klauzule o klamavých obchodních praktikách podmínka náležité profesionální péče (směrnice 2005/29), resp. odborné péče (ZOS). Postačí tedy prostě kumulativní splnění obou výše naznačených podmínek. K tomu viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014, sp. zn. 7 As 110/2014 a rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 19. září 2013, sp. zn. C-435/11. Věc CHS Tour Services GmbH proti Team4 Travel GmbH.

na ochranu hospodářské soutěže a pravidel trhu proti Trento Sviluppo a Centrale Adriatica řízení z důvodu porušení italského spotřebitelského zákoníku jednáním, které mělo charakter nekalých obchodních praktik a pokutoval ji, proti čemuž se tato společnost bránila soudní cestou.

- Problém byl v daném případě způsoben rozdílným zněním směrnice 2005/29 v jednotlivých jazykových verzích. Znění v italském jazyce (který používá výraz „e in ogni caso“) a v německém jazyce (který používá výraz „und [...] in jedem Fall“) naznačovaly v duchu znění generální klauzule, že už sama skutečnost, že určitá obchodní praktika je způsobila ovlivnit rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci, stačí k tomu, aby byla tato obchodní praktika považována za klamavou. Znění v anglickém jazyce („and in either case“) a ve francouzském jazyce („et dans un cas comme dans l'autre“) naproti tomu vedly k domněnce, že klamavá obchodní praktika může existovat pouze při splnění jedné ze dvou alternativních podmínek uvedených v první části úvodní věty tohoto článku a dále podmínky, podle níž obchodní praktika musí být způsobila ovlivnit rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci.
- Soudní dvůr EU teleologickým výkladem dovedl, že s ohledem na cíl směrnice zabezpečit vysokou úroveň ochrany spotřebitele zavedením jednotného obecného zákazu těch nekalých obchodních praktik, které **narušují ekonomické chování spotřebitelů** je k tomu, aby určitá obchodní praktika mohla být považována a klamavou ve smyslu článku 6 odst. 1 směrnice, musí být mimo jiné schopna vést spotřebitele k přijetí obchodního rozhodnutí, které by jinak neučinil.

Z výše uvedeného vyplývá, že samotný fakt, že určitá informace postrádá potřebnou kvalitu, či absence kvality sdělení jinak pravdivé informace, samy o sobě nevedou k zákazu jednání obchodníka podle § 6 odst. 1 směrnice 2005/29, respektive dle § 5 ZOS. Povinnost prokázat schopnost praktiky chování spotřebitele ovlivnit bude úkolem správních orgánů. Bude to pro ně činnost mnohem náročnější ve srovnání s požadavkem prokázání existence obchodníkovy praktiky. Judikatura Nejvyššího správního soudu reflexí tohoto požadavku bezvýhradně potvrzuje.³²⁶

³²⁶ Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 19. listopadu 2015 sp. Zn. 2 As 218/2015.

Požadavek směrnice 2005/29 (a shodně ZOS) testovat, zda příslušná praktika byla schopna spotřebitele ***vést k rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil***, může sám o sobě činit v praxi problémy. Kupř. v rámci hodnocení toho, zda byl spotřebitel ovlivněn označením zaměnitelným s chráněnou ochrannou známkou, bude klíčové právě hledisko spotřebitele (tzn. zda jej použití zaměnitelné ochranné známky skutečně motivovalo ke koupi dotčeného zboží) a nikoliv fakt, zda ochranná známka skutečně podle zákona č. 441/2003 Sb. o ochranných známkách, zaměnitelná opravdu je či nikoliv.³²⁷

III.5.1.2 Klamavá opomenutí

Klamavá praktika může mít vedle komisivní povahy též povahu omisivní. Zatajením či neuvedením určité důležité informace, která může ovlivnit chování spotřebitele, tímto spotřebitelem může obchodník manipulovat k dosažení vlastních zájmů. Spotřebitel bude nadto spíše tím, kdo potřebnými informacemi nebude disponovat, a bude tak mnohdy zcela závislý, pokud jde o jejich poskytnutí, na obchodníkovi. Z pohledu praktického bude v případě této skutkové podstaty vždy podstatný způsob komunikace se spotřebitelem, případně přesněji řečeno prostředek takové komunikace. Může totiž nastat situace, kdy obchodník při nejlepší vůli nebude schopen poskytnout plný rozsah informací, jelikož mu to vybraný prostředek komunikace fakticky neumožní.

Podle článku 7 odst. 1 směrnice 2005/29 je malá generální klauzule klamavých obchodních praktik spočívající v klamavém opomenutí vymezena následovně: „*Obchodní praktika je považována za klamavou, pokud ve svých věcných souvislostech a s přihlédnutím ke všem jejím rysům, okolnostem a omezením sdělovacího prostředku opomene uvést závažné informace, které v dané souvislosti průměrný spotřebitel potřebuje pro rozhodnutí o obchodní transakci, čímž způsobí nebo může způsobit, že průměrný spotřebitel učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil.*“ Odst. 2 této směrnice dále stanoví: „*Za klamavé opomenutí je také považováno, pokud obchodník závažné informace uvedené v odstavci 1 zatají nebo poskytne nejasným, nesrozumitelným nebo dvojznačným způsobem nebo v nevhodný čas vzhledem*

³²⁷ Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014, sp. zn. 1 As 210/2014 a rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 27. srpna 2015, sp. zn. 1 As 138/2015.

ke okolnostem popsaným v uvedeném odstavci anebo neuvede obchodní záměr obchodní praktiky, není-li patrný ze souvislosti a pokud to v obou případech vede nebo může vést ke rozhodnutí spotřebitele o obchodní transakci, které by jinak neučinil.“

V ustanovení § 5a odst. 1 ZOS je malá generální klauzule klamavých obchodních praktik klamavého opomenutí vymezena následovně: *Obchodní praktika se považuje za klamavou, pokud ve svých věcných souvislostech a s přihlédnutím ke všem jejím rysům, okolnostem a omezením sdělovacího prostředku opomene uvést podstatné informace, které v dané souvislosti spotřebitel potřebuje pro rozhodnutí ohledně koupě, čímž způsobí nebo může způsobit, že spotřebitel učiní rozhodnutí ohledně této koupě, které by jinak neučinil.“* § 5a odst. ZOS dále stanoví: *„Za klamavé opomenutí se také považuje, pokud prodávající podstatné informace uvedené v odstavci 1 zatají nebo poskytne nejasným, nesrozumitelným nebo nejednoznačným způsobem nebo v nevhodný čas vzhledem ke okolnostem popsaným v odstavci 1 anebo neuvede obchodní záměr obchodní praktiky, není-li patrný ze souvislosti, a pokud to v obou případech vede nebo může vést spotřebitele ke rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil.“*

Při srovnání obou malých generálních klauzulí klamavého opomenutí je patrné, že se významově zásadně neliší. Drobné terminologické změny nejsou při transpozici v zásadě vyloučeny a zde reflektují českou právní terminologii. K výkladu pojmu koupě viz předchozí subkapitola.

Informace mnohdy spotřebiteli obchodníkem ve snaze dostat požadavkům práva poskytnuty skutečně jsou, ale způsobem, který spotřebiteli efektivně neumožňuje jejich obsah vstřebat. Povinnost je tedy splněna pouze formálně, z hlediska výsledku se ale stav neliší od situace, kdy by informace nebyla poskytnuta vůbec. Bude tomu tak např. tehdy, kdy jsou informace poskytnuty v rámci obsáhlých obchodních podmínek či propagačních materiálů písmem malé velikosti, či pokud jsou záměrně formulovány tak, aby byly nesrozumitelné, nebo připouštěly rozdílný výklad, případně, pokud k jejich poskytnutí dojde v takové fázi kontraktačního procesu, kdy jsou již irrelevantní.³²⁸ To však není dostatečné a obchodníka takový postup odpovědnosti nezbavuje. Přístup k článku 7 směrnice 2005/29 tedy není čistě formální, tzn. neomezuje se jen na zhodnocení, zda informace nějak, jakko-

³²⁸ MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 121.

liv, spotřebiteli poskytnuta byla (hledisko obchodníka), ale i zde se projevuje materiální hledisko spočívající v možnosti se s informací vhodným způsobem a ve vhodný okamžik seznámit (hledisko spotřebitele).

Zároveň je z uvedeného patrné, že hranice mezi klamavým jednáním a klamavým opomenutím nemusí být vždy zřetelná, informace poskytnuty být mohou, ale v takovém kontextu a takovým způsobem, že spotřebitele uvedou v omyl (klamavé jednání), a zároveň tak, že je spotřebitel nebudou mít požadovanou vypovídací schopnost (klamavé opomenutí), což bude v praxi realizováno např. prostřednictvím obchodních podmínek. To ovšem z pohledu právního není překážkou, články 6 a 7 směrnice 2005/29 nepředstavují dvě oddělné autonomní sféry, ale jeden komplex sledující stejný účel. Při právním hodnocení proto není nutné k oběma skutkovým podstatám přistupovat ve smyslu vzájemně se vylučujících alternativ. Rovněž výklad obou skutkových podstat by měl být souladný, a při výkladu jedné skutkové podstaty by mělo být tam, kde je to případné, přihlíženo k druhé a naopak.³²⁹

Ústředním pojmem definice klamavých opomenutí je „závažná informace“ (dle směrnice 2005/29), respektive „podstatná informace“ (dle ZOS), který však není s výjimkou výzvy (směrnice 2005/29), respektive nabídky (dle ZOS) ke koupi,³³⁰ nijak definován. Upřesnění tohoto pojmu nicméně obsahuje článek 7 odst. 5 směrnice 2005/29, který však v českém znění situaci spíše komplikuje. Dle tohoto ustanovení platí, že: „*Požadavky na informace stanovené právními předpisy Společenství v souvislosti s obchodní komunikací, včetně reklamy a uvádění na trh, jejichž demonstrativní výčet je uveden v příloze II, jsou považovány za podstatné.*“ Směrnice tedy v českém znění pracuje s dvěma druhy informací – se závažnými a s podstatnými. Praktický problém nicméně nevzniká, jelikož lze srovnáním jazykových verzí dovodit, že jde o rozlišování vzniklé patrně chybou v překladu. Německé znění totiž jak v odst. 1, tak i 5 tohoto článku pracuje se stejným pojmem (*wesentlich*), stejně tak znění anglické (*mate-*

³²⁹ KEIRSBILCK, B. The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Perenicová and Perenic. *Common Market Law Review*, 2013, 1, s. 257.

³³⁰ Dle článku 2 písm. i) směrnice 2005/29 je „výzvou ke koupi“ obchodní komunikace, která (1) uvádí základní znaky produktu a cenu způsobem vhodným pro použitý typ obchodní komunikace, a (2) umožňuje tak spotřebiteli uskutečnit koupi. Není přitom vyžadováno, aby výzva spotřebiteli poskytla i mechanismus k uskutečnění koupě. Srov. Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 21. října 2010, sp. Zn. 9 As 38/2010.

ria) či slovenské (*podstatné*), stejnému významu nasvědčuje ostatně i výklad systematický. Implementace do českého práva, které mezi těmito informace nijak nerozlišuje, proto byla provedena správně.³³¹ Vrátime-li se k podstatě věci, pak toto ustanovení upravuje vazby na jiné nástroje unijního práva, z nichž vyplývá informační povinnost obchodníka.³³² Toto ustanovení tím, že tyto informace za „závažné“ považuje, přispívá k soudržnosti unijního spotřebitelského práva stíženého jinak problémem značné fragmentace. Informace proto bude považována za závažnou:

- a) Vždy, jde-li o informaci vyžadovanou jinými unijními předpisy dle článku 7 odst. 5 směrnice 2005/29, nebo
- b) v ostatních případech po individuálním zhodnocení dané informace ve vazbě na konkrétní situaci a rozhodování spotřebitele.

Informační povinnost je v případě výzvy ke koupi směrnicí 2005/29 zesílena, důvodem je totiž rozdílná potřeba informací v různých fázích kontrakčního procesu, kdy v úvodní je nejcitelnější. V případě výzvy ke koupi se za závažné považují tyto informace, nejsou-li patrné ze souvislosti:³³³

- a) hlavní znaky produktu v rozsahu odpovídajícím danému sdělovacímu prostředku a produktu,³³⁴ Může postačovat, jsou-li uvedeny pouze některé hlavní znaky produktu, jestliže obchodník ve zbývající části odkazuje na svou internetovou stránku, za podmínky, že tato internetová stránka obsahuje podstatné informace o hlavních znacích produktu, ceně a ostatních podmínkách,³³⁵
- b) adresa a totožnost obchodníka, například jeho obchodní firma, a případně adresa a totožnost obchodníka, jehož jménem jedná,³³⁶

³³¹ Viz § 5a odst. 4 ZOS.

³³² Jednotlivé směrnice, jsou specifikovány v příloze č. II směrnice 2005/29.

³³³ Článek 7 odst. 4 směrnice 2005/29.

³³⁴ Nároky na obsah sdělení budou tedy odlišné v případě, kdy mají být předmětem koupě např. potraviny běžné denní spotřeby od toho, kdy jím bude kupř. složitá elektronika. Stejně tak budou požadavky odlišné v případě, že komunikačním kanálem bude prostorem omezený papírový leták, či internet.

³³⁵ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 12. května 2011. Konsumentombudsmannen proti Ving Sverige AB. Věc C-122/10. Odst. 50.

³³⁶ Jde o poměrně častý nedostatek webových prezentací, pokud neuvádí informace o obchodníkovi, který jejich prostřednictvím svou činnost vůči spotřebitelům provozuje. Absence těchto údajů přitom může působit komplikace při uplatňování práv z vad zboží.

- c) cena včetně daní, nebo pokud z povahy produktu vyplývá, že cenu nelze rozumně stanovit předem, způsob jejího výpočtu, a případně i veškeré další poplatky za dopravu, dodání nebo poštovné, nebo pokud tyto poplatky nelze rozumně stanovit předem, skutečnost, že k ceně mohou být účtovány takové další poplatky; Je-li proto uvedena jen výchozí cena bez způsobu výpočtu, nemusí nutně znamenat, že jde o klamavé opomenutí, ovšem jen za předpokladu, že spotřebitel může o obchodní transakci učinit informované rozhodnutí, samozřejmě s přihlédnutím k dalším podmínkám vyplývajícím z článku 7 směrnice 2005/29;³³⁷
- d) ujednání o platebních podmínkách, dodání, plnění a vyřizování reklamací a stížností, pokud se odchylují od požadavků náležité profesionální péče;
- e) u produktů a obchodních transakcí, u kterých existuje právo na odstoupení nebo zrušení, existence³³⁸ takového práva.³³⁹

Z obecné definice klamavého opomenutí je zřejmý požadavek určité vyšší důležitosti zatajovaných informací. Platí tedy, že ne každá informace mající vliv na rozhodnutí spotřebitele, zda transakci uskuteční, či nikoliv, povede k naplnění skutkové podstaty klamavého opomenutí. Domníváme se přitom, že požadavek závažnosti je kategorií objektivní, což pro obchodníka znamená, že nebude povinen přizpůsobovat své jednání konkrétní osobě spotřebitele. Na straně druhé se ale rovněž domnívám, že se nejedná o kategorii absolutní v tom smyslu, že by byla zcela nerozhodná osoba obchodníka. Hodnocení závažnosti poskytovaných informací proto nejspíše bude jiné, bude-li informace neposkytnuta lékárníkem při prodeji potravinového

³³⁷ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 12. května 2011. Konsumentombudsmannen proti Ving Sverige AB. Věc C-122/10. Odst. 70 a násl.

³³⁸ Slovo „existence“ naznačuje, že není nezbytně nutné specifikovat též obsah tohoto práva ani konkrétní způsoby jeho uplatnění. Nepostačí naproti tomu prostý odkaz na zákonnou úpravu bez jakékoliv bližší specifikace. Bylo by jej totiž možné kvalifikovat jako zakázané klamavé jednání. Právo tedy musí být uvedeno, ale již nemusí být konkretizováno. Tím ovšem není dotčena speciální úprava informační povinnosti vůči spotřebiteli v rámci procesu kontraktace.

³³⁹ Výčet požadovaných informací je s ohledem na snahu o úplnou harmonizaci problematiky taxativní, byť byla v průběhu procesu přijímání směrnice 2005/29 zvažována i možnost jejich demonstrativního výčtu. Viz KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 355.

doplňku v lékárně, a jiná při koupi téhož produktu v běžném supermarketu. Tento případ je zároveň demonstrací požadavku zohlednění věcných souvislostí. Situace zdánlivě na první pohled stejné proto mohou být v konečném důsledku hodnoceny rozdílně, bude-li odlišný celkový kontext, jak ostatně naznačuje i výše v této publikaci citovaný případ koupě pokojové rostliny jako rostliny pro zahrady.³⁴⁰

Je zjevné, že v případě pojmů, jakými jsou závažnost informace a věcné souvislosti, nelze přijmout definice konkrétnější, břemeno tedy poneseou vnitrostátní soudy, které budou muset v individuálních případech hodnotit, zda je požadavek závažnosti skutečně naplněn. Jakýkoliv pokus konkrétněji nadefinovat tento pojem přímo ve směrnici by nevyhnutelně musel skončit kazuistickým výčtem, kterých je již tak směrnice 2005/29 plná.

- a) Nejvyšší správní soud v rozhodnutí ze dne 20. března 2012, sp. zn. 7 Ca 168/2009, dovedl porušení informační povinnosti opomenutím sdělit důležité údaje zabýval ve sporu mezi společností STUDENT AGENCY, s. r. o a Českou obchodní inspekcí. Společnost STUDENT AGENCY se dopustila porušení tím, že při uzavření kupní smlouvy na letenku Praha – Brusel s odletem dne 31. 8. 2007 a Brusel – Praha s odletem dne 21. 9. 2007 informovala spotřebitele nejednoznačným způsobem o skutečnosti, že v případě zakoupení obousměrné letenky se při nenastoupení na první úsek cesty automaticky ruší zpáteční letenka.
- b) Jiným příkladem zakázané praktiky spočívající v klamavém opomenutí byla praxe některých obecně prospěšných společností, které rozesílaly zpravidla nabídky školení, samozřejmě placených a často velmi draze. Motivem takového jednání patrně byla (marná) snaha vyhnout se zákazu rozesílání nevyžádaných obchodních sdělení v režimu zákona č. 480/2004 Sb. o některých službách informační společnosti. Školení totiž byla pořádána podnikatelským subjektem. V případě opomenutí uvést, kdo skutečně školení provádí v případě tradiční komunikace, tzn. jiné než elektronické v dosahu zákona 480/2004 Sb., by bylo možno o postihu za klamavé opomenutí uvažovat.

³⁴⁰ Viz kapitola Tzv. nepojmenované nekalé obchodní praktiky (nekalé obchodní praktiky podle generální klauzule).

- c) Jako zakázaná byla hodnocena též praktika spočívající ve zvaní spotřebitelů na zdravotní prohlídky v rámci programu „Zajímám se o své zdraví“. Obchodník totiž nezveřejnil fakt, že hlavním účelem programu je předvést své produkty za účelem jejich prodeje spotřebiteli.³⁴¹ Problematická je z tohoto pohledu praktika „měření tělního tuku zdarma“, se kterou se lze občas v ulicích města Brna setkat, kdy obchodníkům záměr nabízet prostředky na zhubnutí rovněž nebývá nijak patrný.

Z výše uvedeného přehledu vyplývá, že rozhodná je skutečnost, tzn. to, jak se daná praktika projevuje vůči spotřebiteli. Zákaz takové klamavé praktiky proto nelze snadno obejít tím, že se formálně naplní požadavky vyplývající z právní úpravy ve vztahu ke kvalitě jednání obchodníka, aniž by tato kvalita byla zajištěna též materiálně.

III.5.2 Agresivní obchodní praktiky podle Směrnice 2005/39 (zákon o ochraně spotřebitele)

Jestliže nebezpečí klamavých jednání a klamavých opomenutí spočívá v tom, že tato praktika vede k právnímu jednání spotřebitele, jež je stíženo vadou projevu jeho vůle, neboť je jednáno v omylu, sama spotřebitelova svoboda vůle takovým jednáním dotčena není. Na jednání spotřebitele pod nátlakem, kdy o jeho svobodné vůli lze hovořit jen částečně nebo dokonce vůbec, míří relativně nová unijní úprava agresivních obchodních praktik. Právní úprava tedy zasahuje do oblasti úpravy právního jednání, regulované též soukromým právem, které jako důsledek takového jednání zpravidla dovozuje jeho neplatnost, a paralelně s ním postihuje v rovině veřejnoprávní samo jednání podnikatele.³⁴² Zakázány jsou jak praktiky používající fyzický nátlak, tak i jednotlivé formy a stupně nátlaku psychického.

Podle článku 8 směrnice 2005/29 je malá generální klauzule agresivních obchodních praktik vymezena následovně: „*Obchodní praktika je považována za agresivní, pokud ve svých věcných souvislostech a s přihlédnutím ke všem jejím rysům*

³⁴¹ Komise EU. *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách ze dne 25. května 2016, SWD(2016) 163 final.* [online] [cit. 3. 9. 2016], s. 71.

³⁴² Tyto důsledky ve sféře soukromého práva samozřejmě není možné dovozovat automaticky na základě úpravy nekalých obchodních praktik ve směrnici 2005/29. Ta to ostatně výslovně deklaruje, když v článku 3 odst. 2 stanoví: „*Touto směrnicí není dotčeno smluvní právo, zejména pravidla týkající se platnosti, vzniku nebo účinků smlouvy.*“

a okolnostem obtěžováním, donucováním včetně použití fyzické síly nebo nepatřičným ovlivňováním výrazně zhoršuje nebo může výrazně zhoršit svobodnou volbu nebo chování průměrného spotřebitele ve vztahu k produktu, čímž způsobí nebo může způsobit, že spotřebitel učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil.“

V ustanovení § 5 b odst. 1 ZOS je malá generální klauzule klamavých obchodních praktik klamavého opomenutí vymezena následovně: „*Obchodní praktika se považuje za agresivní, pokud ve svých věcných souvislostech a s přiblížením ke všem jejím rysům a okolnostem výrazně zhoršuje nebo může výrazně zhoršit svobodu volby nebo chování spotřebitele ve vztahu k výrobku nebo službě, a to obtěžováním, donucováním včetně použití fyzické síly nebo nepatřičným ovlivňováním, čímž způsobí nebo může způsobit, že spotřebitel učiní rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil.“*

Český zákonodárce tedy zvolil opět cestu výslovného převzetí textu směrnice do českého práva, stejně jako řada jiných členských států (ale rozdílně např. od obecné úpravy německé).³⁴³ Změny v textu a pořadí jednotlivých podmínek v ZOS mají význam jen jazykový, aniž by měnily právní obsah transponovaného ustanovení směrnice. K výkladu pojmu koupě viz předchozí kapitola.

V české soudní praxi se ukázalo sporným vymezení požadavku poslední věty článku 8 odst. 1 směrnice 2005/29, resp. § 5 b odst. 1 ZOS, tzn. otázky výkladu pojmu „*učiní rozhodnutí o obchodní transakci*“. V rozhodnutí Krajského soudu v Brně byla řešena otázka agresivních obchodních praktik ve vztahu k jednání obchodníka vůči spotřebiteli, který je pasivním v tom smyslu, že sám nijak právně nejedná, v rozhodnutí ze dne 12. června 2014, sp. zn. 62 A 44/2013:

- Společnost CENTROPOL ENERGY, a. s. byla rozhodnutím Energetického regulačního úřadu shledána vinnou tím, že jako držitel licence k obchodu s plynem užila agresivní obchodní praktiku vůči odběrateli L. S. Té se měla dopustit tím, že poté, co s tímto spotřebitelem uzavřela smlouvu o sdružených dodávkách a odběru zemního plynu (dne 14. února 2011), od které tento spotřebitel následně (dne 16. 2. 2011) odstoupil, realizovala společnost CENTROPOL ENERGY změnu dodavatele zemního plynu podle uzavřené smlouvy

³⁴³ KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 371.

a tím, že neakceptovala projev vůle spotřebitele zůstat u původního dodavatele, kladla nepřiměřenou překážku v uplatnění jeho práv, což se projevilo tak, že v období od 1. 7. 2011 do 31. 8. 2011 donutila tohoto spotřebitele stát se zákazníkem odebírajícím jí dodávaný zemní plyn, přestože to tak spotřebitel nechtěl.

- Krajský soud v Brně dovedl, že posuzované jednání CENTROPOL ENERGY nevedlo k žádným úkonům spotřebitele směřujícím ke vzniku či zániku smluvního vztahu se CENTROPOL ENERGY, pod nátlakem či pod působením jiné skutečnosti přičitatelné CENTROPOL ENERGY, jež by byla způsobila ovlivnit jeho rozhodování (samotná dodávka plynu, žalobcem v rozporu s požadavkem spotřebitele realizovaná a nakonec i odběrateli účtovaná a odběratelem zaplacená, nebyla výsledkem rozhodnutí spotřebitele, jež by bylo ovlivněno žalobcovým působením). „Nedbání odstoupení od smlouvy“, proto nelze pokládat za působení na spotřebitele způsobilé vyvolat spotřebitelské rozhodnutí, jež by spotřebitel jinak neučinil a není tedy agresivní klamavou praktikou.

Toto pojetí představuje striktní výklad pojmu „učiní rozhodnutí o obchodní transakci“, neboť jej váže na právní jednání spotřebitele. To však ve skutečnosti bylo substituováno jednáním obchodníka. Preambule směrnice 2005/29 nadto jasně stanoví, že obecný zákaz nekalých praktik by se měl vztahovat jak na fázi prekonsenzuální směřující k právnímu jednání spotřebitele, tak i na fázi pozdější³⁴⁴ a naznačuje tak široké pojetí tohoto institutu. Tento přístup rovněž nezohledňuje dopad činnosti obchodní na spotřebitele, zejména v tom, že mu bylo zabráněno se svobodně rozhodnout, s kým smlouvu o dodávce plynu uzavře. Máme za to, že takový přístup vycházející především z jazykové metody výkladu dostatečně nereflektuje účel sledovaný zákazem agresivních obchodních praktik.

Rozhodnutí Krajského soudu v Brně bylo následně rozhodnutím Nejvyššího správního soudu zrušeno a vráceno k novému projednání s požadavkem přezkumu podle extenzivně pojatého pojmu „rozhodnutí o obchodní transakci.“ Nejvyšší správní soud nadto zdůraznil praktický dopad závěru Krajského soudu v Brně, které by při argumentaci ad absurdum vedly

³⁴⁴ Odst. 13 preambule směrnice 2005/29.

v určitých případech k veřejnoprávní nepostižitelnosti určitých praktik.³⁴⁵ Uvedené závěry Nejvyšší správní soud dále zopakoval a potvrdil ve svém navazujícím rozhodnutí, v němž uvedl, že:

„...při posuzování agresivní obchodní praktiky podle ust. § 5a odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele nesmí být pojem rozhodnutí spotřebitele vykládán restriktivně, tj. v konečném důsledku v neprospěch spotřebitele. Správní orgány tento pojem vyložily v souladu s citovanou směrnicí, tj. dospěly ke správnému závěru, že stěžovatelovo jednání ovlivnilo rozhodování spotřebitele v mnoha ohledech. Podle Nejvyššího správního soudu tedy správní orgány nepochybily, když předmětné jednání stěžovatele posoudily jako agresivní obchodní praktiku.“³⁴⁶

Agresivní obchodní praktiky lze dále členit do tří kategorií:

- a) obtěžování,
- b) donucování,
- c) a nepatřičné ovlivňování,

a při jejich hodnocení je nutné brát v potaz kritéria pro ně společně stanovená článkem 9 směrnice 2005/29, respektive § 5 b odst. 2 ZOS, který v zásadě věrně požadavky unijního práva transponuje.³⁴⁷

III.5.2.1 Obtěžování

Agresivní obchodní praktika spočívající v obtěžování se buď může týkat jednání obchodníka, které je (1) svou podstatou dotěrné a nepřiměřeně zasahující do osobní sféry obtěžovaného spotřebitele (např. v situaci, kdy obchodník na ulici osloví spotřebitele, doprovodí jej domů a následně nebude chtít

³⁴⁵ Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014 sp. zn. 7 As 110/2014–55.

³⁴⁶ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 6. listopadu 2015, sp. zn. 7 As 141/2015.

³⁴⁷ Dle článku 9 směrnice 2005/29 se „[p]ři určení, zda obchodní praktika používá obtěžování, donucování včetně použití fyzické síly nebo nepatřičné ovlivňování, se bere v úvahu:

- a) její načasování, místo, povaha nebo doba trvání;
- b) použití výhrůžného nebo urážlivého jazyka nebo chování;
- c) vědomé využití obchodníkem jakéhokoli konkrétního neštěstí nebo takových závažných okolností, které vedou ke zhoršení úsudku spotřebitele, k ovlivnění rozhodnutí spotřebitele ve vztahu k produktu;
- d) veškeré obtížné nebo neúměrné mimosmluvní překážky uložené obchodníkem v případě, že spotřebitel chce uplatnit svá smluvní práva, včetně práv na vypovězení smlouvy nebo na přechod na jiný produkt nebo k jinému obchodníkovi;
- e) výhrůžka právně nepřípustným jednáním.“

odejít bez uzavření smlouvy),³⁴⁸ ale i (2) jednání, které takovýto charakter samo o sobě nemá. V celkovém kontextu dané situace, zejména pak prostředků použitých ke komunikaci, času a místa, kdy k němu dochází, jeho četnosti a opakování, se totiž i jednání jinak nezávadné, může stát obtěžujícím. Příkladem může být telefonní nabídka k uzavření smlouvy učiněná v noci, opakované nabídky k uzavření smlouvy během pracovního dne nebo opakovaně zasílané písemné výzvy k uzavření smlouvy³⁴⁹ či dokonce zaplacení fakturované částky, ani by ovšem pro platbu existoval právní důvod.³⁵⁰ V případě této skutkové podstaty (platí to samozřejmě i pro podstaty další) je nutné připomenout, že rozhodné pro posouzení situace je vždy hledisko průměrného spotřebitele, jelikož např. neoprávněná hrozba zaevidováním svobodné matky samoživitelky do registru dlužníků bude mít na takovou spotřebitelku zcela rozdílný efekt ve srovnání s osobou, která má dobře placenou práci a je finančně zajištěná.

Otázka obtěžování byla řešena v rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 27. května 2015, sp. zn. 10 A 181/2014. Skutkový stav, který zapříčinil toto soudní řízení zahrnoval mimo jiné zasílání výzvy k vyzvednutí konkrétní zásilky, aniž si spotřebitel cokoli objednal. Při kontrole bylo zjištěno, že Mezinárodní centrum přepravy jako neexistující subjekt zasílá spotřebitelům oznámení s informacemi, které jsou nezbytné pro zaslání balíku. To podmiňuje uhrazením částky 500 Kč jako poplatek za dopravu a doručení a současně je spotřebitel vyzván k tomu, aby řádně vyplnil připojený kupón a ten odeslal žalobci na adresu P. O. BOX ve Valašských Kloboukách. Z textu určeného pro příjemce je tudíž zcela jednoznačně zřejmé, že předpokladem doručení balíku je zaslání částky 500 Kč a kupónu. Jako agresivní byla tato praktika vyhodnocena z toho důvodu, že tyto výzvy byly spotřebiteli zasílány opakovaně.

³⁴⁸ MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 140.

³⁴⁹ KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 374.

³⁵⁰ Osuji, O. K. Business-to-consumer Harassment, Unfair Commercial Practices Directive and the UK- A Distorted Picture of Uniform Harmonisation? *Journal of consumer policy*, 2011, č. 4, s. 13.

III.5.2.2 *Donucování*

Cílem obchodníka obecně je „donutit“ spotřebitele, aby kupoval jeho zboží a služby, musí tak ovšem činit v souladu s právem a férovými prostředky. Donucováním je nutno rozumět fyzický či psychický nátlak na spotřebitele, který v konečném důsledku znamená nahrazení jeho svobodné vůle vůlí obchodníka. Pokud jde o aplikaci tohoto institutu, ta zpravidla nebude činit problémy v případě použití fyzického násilí proti spotřebiteli, jakkoliv skutečně dokázat takové jednání přirozeně může být v praxi obtížnější. Obtížnější bude hodnocení donucení v případech, které nemají základ v použití prosté síly. Hranice mezi aktivním a ještě povoleným přesvědčováním na straně jedné a hrozbou na straně druhé může být tenká. Platit nicméně bude, že hrozba musí být důvodná a protiprávní. Těžko si totiž lze představit možnost postihu za donucování hrozbou, která je zcela zjevně nereálnou. Dále platí, že oprávněná hrozba podáním žaloby a následné exekuce proto nebude v případě již splatného dluhu zakázána, jakkoliv formu psychického nátlaku z povahy věci představuje. Lze si nicméně představit, že i takový postup zakázaný bude, a to při splnění podmínek uvedených výše jako obtěžování. Psychický nátlak na spotřebitele rovněž často bývá součástí právem povolených praktik, práce s emocemi či obavami je běžnou součástí reklamy a konkurenčního boje, ale praktik uplatňovaných vůči spotřebitelům. Problém ale představují v okamžiku, kdy přesáhnou tolerovatelnou mez.

Agresivní obchodní praktiky spočívající v donucení jsou v tuzemsku typické pro prodeje zboží formou předváděcích akcí. Na spotřebitele je vyvíjen fyzický nátlak spočívající v nemožnosti opustit prostory, kde taková akce koná, případně nátlak psychický ve snaze vzbudit ve spotřebiteli pocit viny za to, že v důsledku neuskutečnění transakce obchodník vynaložil čas, vlastní energii a prostředky (za jízdné, pronájem sálu, občerstvení) nadarmo.

III.5.2.3 *Nepatřičné ovlivňování*

Nepatřičné ovlivňování je praktikou, jejíž podstata spočívá obdobně jako donucení v omezení či vyloučení svobodné vůle spotřebitele. Jako jediná z trojice je tato praktika definována směrnici 2005/29, a to tak že jím rozumí „*využívání pozice síly vůči spotřebiteli ke činění nátlaku, a to i bez použití fyzické síly nebo hrozby jejího použití, způsobem, který významně omezuje schopnost spotřebitele*“

*učinit informované rozhodnutí*³⁵¹, přičemž tento text byl doslovně a tedy beze změny transponován do českého práva.³⁵² Z pohledu praktického bude problémem představovat vymezení „pozice síly“, proto lze očekávat spíše tendenci postihovat obchodníky spíše prostřednictvím úpravy donucování.

Nerovnost postavení spotřebitele a podnikatele je výchozí premisou úpravy celého spotřebitelského práva. V konečném důsledku proto u každého z obchodníků může být uvažováno o tom, že má vůči spotřebiteli takovou pozici síly. To by však bylo v rozporu se smyslem a účelem úpravy této praxe. Domníváme se proto, že jde o kategorii, jež se týká pozice speciální, která se uplatní v případě, že mezi obchodníkem a spotřebitelem existuje určitá užší vazba, která staví obchodníka do výhodnější pozice ve srovnání se stavem, kdy by takové pouto neexistovalo. Tato vazba přitom může být jak právní povahy (např. v případě již existující smlouvy, tak i povahy neprávní (kupř. emocionální).

Příklad uváděný Generálním ředitelstvím zdraví a ochrany spotřebitele:³⁵³ Pokud již spotřebitel dluží obchodníkovi a opozdil se se splátkami, obchodník využívá nepatřičného ovlivňování, nabídne-li, že změní termín splacení dluhu pod podmínkou, že si spotřebitel zakoupí další výrobek.

III.5.3 Dílčí závěr

Malé generální klauzule byly přijaty za účelem konkretizace velké generální klauzule o určitá opakovaně se objevující jednání podnikatelů stejného druhu. Vztah mezi nimi a generální klauzulí přitom totožný se vztahem mezi generální klauzulí nekalé soutěže v občanském zákoníku a jednotlivých skutkových podstatám. Na rozdíl od české vnitrostátní úpravy totiž malé generální klauzule neprovádí jen typizaci nekalých praktik zakázaných generální klauzulí, ale zároveň rozšiřují obecný zákaz nekalých obchodních praktik o praktiky další. Proto může nastat situace, kdy určitá praktika sice nenaplní znaky velké generální klauzule, ale přesto bude zakázána podle některé generální klauzule malé.

³⁵¹ Viz článek 2 písm. j) směrnice 2005/29.

³⁵² Viz § 2 odst. 1 písm. t) ZOS.

³⁵³ Generální ředitelství zdraví a ochrany spotřebitele. *Směrnice o nekalých obchodních praktkách. Nové zákony zabráňující nečestnému jednání vůči spotřebitelům.* [online] [cit. 3. 9. 2016] s. 15.

Malé generální klauzule dopadají na praktiky, které přímo ovlivňují rozhodování spotřebitele o obchodních transakcích. Úprava se člení na regulaci:

1. klamavých obchodních praktik, které lze dále rozdělit na:
 - a) klamavá jednání, a
 - b) klamavá opomenutí.
2. agresivních obchodních praktik.

První skupina se týká těch praktik, které jsou stíženy vadou vůle spotřebitele, který v důsledku nepravdivých nebo klamavých informací poskytnutých obchodníkem (klamavá jednání) nebo v důsledku toho, že informace nebyly poskytnuty vůbec (klamavé opomenutí) jedná v omylu.

Druhá skupina se týká praktik obchodníků, které omezují samu spotřebitelovu svobodu vůle. V rámci této kategorie je zakázáno veškeré obtěžování spotřebitele, donucování, a nepatřičné ovlivňování.

III.6 Tzv. černá listina nekalých obchodních praktik (*per se* zakázané obchodní praktiky)

Tzv. černá listina nekalých obchodních praktik obsahuje **výčet vždy (*per se*) zakázaných obchodních praktik** (*a contrario* představuje katalog práv spotřebitele), aniž je potřeba činit test jejich nekalosti skrze malé generální klauzule nekalých obchodních praktik (klamavých podle článku 6 a 7 směrnice 2005/29 nebo podle § 5 a 5a ZOS, nebo agresivních podle článku 8 a 9 směrnice 2005/29 nebo podle § 5 b ZOS) či velkou generální klauzulí (podle článku 5 odst. 2 směrnice 2005/29 nebo § 4 odst. 1 ZOS). Na druhou stranu – i taková obchodní praktika, která nespadá do černé listiny, může být shledána nekalou – je však nutno učinit test malými generálními klauzulemi či velkou generální klauzulí (k tomu viz část III. kapitola 3).

Výčet nekalých obchodních praktik podle černé listiny je **taxativního charakteru**. V současné době se na úrovni Evropské unie neuvažuje o jejím rozšíření o další praktiky,³⁵⁴ v odborné literatuře³⁵⁵ se však objevují názory

³⁵⁴ Srov. Komise EU. Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách ze dne 25. května 2016, SWD(2016) 163 final. [online] [cit. 3. 9. 2016].

³⁵⁵ KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 559.

doporučující začlenění do černé listiny (tedy *per se* zákazů) nezákonné srovnávací reklamy a redukce na toliko devět zákazů nekalých obchodních praktik, avšak jak pro vztahy B2C, tak B2B.

Třidvacet z těchto vždy zakázaných obchodních praktik je **klamavých** (bod 1 až 23 přílohy I směrnice 2005/29, příloha č. 1 ZOS), **osm** z nich je **agresivních** (bod 24 až 31 přílohy I směrnice 2005/29, příloha č. 2 ZOS).

Tento jednotný výčet vždy zakázaných obchodních praktik platí ve všech členských státech a může být změněn pouze revizí směrnice 2005/29,³⁵⁶ což podporuje volný pobyt zboží a kapitálu a obchod v rámci jednotlivých členských států Evropské Unie.

Pojetí černé listiny nekalých obchodních praktik (seznam zakázaných praktik) zjednodušuje vnímání nekalosti pro podnikatele a spotřebitele, ale i soudy a dozorové orgány,³⁵⁷ když jsou těmto nastoleny konkrétní případy nedovoleného jednání. Přináší právní jistotu a důvěru spotřebitelů ukládáním ex-ante zákazů nekalých obchodních praktik.³⁵⁸

III.6.1 Klamavé obchodní praktiky podle tzv. černé listiny směrnice č. 2005/29/ES359

Obchodní praktiky se považují za klamavé vždy, pokud spadají pod body 1 až 23 (z celkových jednatřiceti bodů zahrnujících také agresivní obchodní praktiky) tzv. černé listiny (přílohy I) směrnice 2005/29 (přílohy č. 1 ZOS). Jejich výčet je taxativní, za klamavé mohou však být považovány i další praktiky,³⁶⁰ a to sice takové, které naplní tzv. malé generální klauzule upravené v článku 6

³⁵⁶ Srov. stanovisko generální advokátky V. Trstenjak ve věci C-304/08 přednesené dne 3. září 2009. [online] [cit. 3. 9. 2016] bod 73. Shodně MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 97.

³⁵⁷ MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, s. 291.

³⁵⁸ B. Keirsbilek s odkazem na Komisi EU (její Memorandum k návrhu směrnice 2005/29, bod 30). In: KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 386.

³⁵⁹ Tato podkapitola vychází volně z ONDREJOVÁ, D. Klamavé obchodní praktiky podle tzv. černé listiny směrnice č. 2005/29/ES. *Bulletin advokacie*, 2015, č. 11, s. 27 – 37.

³⁶⁰ Jak uvádí P. Hajn in *Oslabená ochrana spotřebitelů? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách*. *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 2, s. 47: „*Směrnice nabízí řadu příležitostí k obsahové expanzi svého textu, k takové podobě jeho interpretace, která odpovídá současnému, ekonomickému počasí*“.

(klamavé jednání) a článku 7 (klamavé opomenutí), případně generální klauzule nekalých obchodních praktik podle článku 5 směrnice 2005/29.

S účinností od 28. prosince 2015 byla uskutečněna novela přílohy č. 1 zákona o ochraně spotřebitele a text zákona se tak dostal do obsahové i formulační kompatibility se směrnicí 2005/29.

Obchodní praktiky jsou tedy vždy považovány za klamavé, pokud podnikatel činí některé (či více) z **trřadvaceti jednání** přílohy I směrnice 2005/29.³⁶¹

1. Údajná zavázanost kodexy chování

Podle bodu 1 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. a) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Tvrzení, že obchodník podepsal kodex chování, ačkoli tomu tak není.*“

Pod daný bod spadá například situace, kdy podnikatel tvrdí, že dodržuje etické kodexy daného oboru či vlastní etický kodex³⁶² ačkoliv tomu tak není a ani nerespektuje případná rozhodnutí (doporučení) příslušného orgánu oprávněného dohlížet na dodržování takových kodexů (například v České republice působící Arbitrážní komise Rady pro reklamu či profesních komor).

Podle tohoto ustanovení lze řešit také případy porušení kodexů chování, jež obsahují závazky o ochraně životního prostředí, podnikatelem, který se zavázal takový kodex dodržovat. Příkladem je situace, kdy se podnikatel zavázal dodržovat závazný kodex chování, který podporuje udržitelné využívání dřeva a na svých internetových stránkách zveřejní logo tohoto kodexu. V kodexu je obsažen závazek, že strany, které se rozhodly kodex dodržovat, nebudou používat tvrdé dřevo z lesů, jež nejsou udržitelně obhospodařovány, avšak se zjistí, že výrobky propagované na této internetové stránce obsahují dřevo z odlesněné oblasti.³⁶³

³⁶¹ K tomu blíže srov. např. KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 392 až 426.

³⁶² Svůj etický kodex či jinou formu zakotvení etických pravidel mají například podnikatelé působící v oblasti reklamy, advokacie, medicíny, žurnalistiky (tyto kodexy jsou poté závazné v daném oboru pro všechny osoby v něm působící). Etický kodex však může přijmout jakýkoliv individuální podnikatel pro své zaměstnance, poté je závazný interně.

³⁶³ Z pokynů k nařizení Spojeného království (květen 2008), kterými se provádí směrnice o nekalých obchodních praktikách – ochrana spotřebitelů před nepoctivými obchodními postupy (Consumer Protection from Unfair Trading). Antimonopolní úřad Spojeného království (*Office of Fair Trading*), oddělení pro obchodní společnosti a regulační reformu (*Department for Business Enterprise and Regulatory Reform*), 2008.

2. Neoprávněné využívání značek jakosti a obdobných označení

Podle bodu 2 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. b) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Používání značky důvěry, značky jakosti nebo rovnocenné značky bez získání potřebného povolení.*“

Pod vymezené jednání spadají případy, kdy podnikatel bez existence skutečného oprávnění používá například značku „Klasa“ (česká kvalita), „Český výrobek“, „Ekologicky šetrný výrobek“,³⁶⁴ „Bezpečná kvalitní hračka“, značkou shody „CE“, „bez GMO“,³⁶⁵ „Czech made“, „Pečeť jakosti“, „Práce postižených“ apod.

Na zneužívání tzv. ekologických tvrzení³⁶⁶ (označení typu „ekologický“, „biologický“, „rozložitelný“, „udržitelný“ a „přírodní“) upozorňuje také Komise EU³⁶⁷, která zdůrazňuje, že jsou dané výrazy v praxi používány vágně, neseriózně a nepřesně.³⁶⁸

3. Nepravdivé tvrzení o schválení kodexu chování

Podle bodu 3 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. a) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Tvrzení, že kodex chování byl schválen veřejným nebo jiným subjektem, ačkoli tomu tak není.*“

³⁶⁴ Například označení „Ekologicky šetrný výrobek“ se vyznačuje znalostí u 61 % spotřebitelů. Viz Asociace malých a středních podniků. *Výsledky kvality a jejich vnímání spotřebiteli a podnikateli.* [online]. [cit. 14. 8. 2015].

³⁶⁵ Bez genetické modifikace.

³⁶⁶ Ekologická označení jsou definována a upravena nařízením Rady (ES) č. 834/2007, o ekologické produkci a označování ekologických produktů a o zrušení nařízení (EHS) č. 2092/91. Toto nařízení uvádí seznam výrazů a zkratk (jako je „bio“ nebo „eko“), jež mohou být používány. Podnikatelé jsou na prvním místě povinni předkládat ekologická tvrzení, která jsou konkrétní, přesná a jednoznačná. K podpoře svých tvrzení musí mít obchodníci vědecký důkaz a být připraveni jeho výsledky poskytnout srozumitelným způsobem v případě, že jejich tvrzení bude zpochybněno.

³⁶⁷ Srov. První zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování směrnice o nekalých obchodních praktikách 2005/29/ES. COM (2013). [online] [cit. 14. 8. 2015].

³⁶⁸ Společnost Consumer Focus zveřejnila studii, z níž vyplývá, že 58 % spotřebitelů se domnívá, že mnoho společností předstírá ekologické chování jen proto, aby si mohly účtovat vyšší ceny. Blíže viz Consumer Focus: *Consumers understanding of green claims in advertising.* [online] Citizens Advice Scotland. [cit. 14. 8. 2015].

Podnikatel upozorňuje na dodržování etického kodexu v rámci svého podnikání,³⁶⁹ přičemž poukazuje na skutečnost, že tento schválila určitá profesní komora nebo sdružení, ačkoliv tomu tak není. Činí tak proto, že přihlášení podnikatele k takovému kodexu může vylepšit jeho obraz „v očích“ spotřebitelů a zlepšit jeho konkurenceschopnost.

4. **Nepravdivé prohlášení o schválení, potvrzení nebo povolení**

Podle bodu 4 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. c) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: *„Tvzení, že obchodníku (jakož i jeho obchodním praktikám) nebo produktu bylo uděleno schválení, potvrzení nebo povolení veřejného nebo soukromého subjektu, ačkoliv tomu tak není nebo takové tvrzení není v souladu s podmínkami schválení, potvrzení nebo povolení.“*

Do daného rámce spadají praktiky, kdy prodávající tvrdí, že jeho výrobku (službě) bylo uděleno povolení, ačkoliv tomu tak není, nebo nejedná v rámci podmínek povolení.

Může se jednat o příklad, kdy podnikatel prodávající houby nepravdivě uvádí, že má osvědčení prokazující znalost hub vydané krajskou hygienickou stanicí,³⁷⁰ nebo že má povolení k prodeji chráněných rostlin či živočichů či schválení léčiv či doplňků stravy k prodeji na území konkrétního státu.

5. **Vábivá reklama**

Podle bodu 5 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. d) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: *„Výzva ke koupi produktů za určitou cenu, aniž by obchodník zveřejnil důvody, na základě kterých se může domnívat, že nebude sám nebo prostřednictvím jiného obchodníka schopen zajistit dodávku uvedených nebo rovnocenných produktů za cenu platnou pro dané období a v přiměřeném množství vzhledem ke povaze produktu, rozsahu reklamy a nabízené ceny (vábivá reklama).“*

³⁶⁹ Pro jednotlivé podnikatele však není žádný problém vytvořit si vlastní (soukromý) kodex chování, pokud se však má dohodnout více podnikatelů, je to samozřejmě náročnější; obdobně to platí pro kodexy, které jsou schvalovány veřejnými subjekty. K tomu viz ZEMAN, J. *Oborová příručka. Ochrana spotřebitele. Doplněk ke vybraným živnostem.* [online] Hospodářská komora České republiky, Odbor Informačních míst pro podnikatele. [cit. 16. 8. 2015].

³⁷⁰ Viz § 3 odst. 9 zákona č. 110/1997 Sb., o potravinách a tabákových výrobcích, ve znění pozdějších předpisů.

Komise EU³⁷¹ uvádí k danému bodu oficiální příklad, a to reklamu na mobilní telefon za velmi nízkou cenu v porovnání s ostatními nabídkami na trhu, aniž by nabízející měl přiměřenou zásobu s ohledem na poptávku, kterou lze na základě reklamy očekávat.

Pod zmíněný bod spadá řada praktik obchodních řetězců, které se snaží lákat zákazníky na zboží, které následně není dostupné nebo je dostupné za odlišných než inzerovaných podmínek. K tomu se přílehavě vyjádřil Městský soud v Praze (sp. zn. 9 Ca 66/2003), který dané jednání shledal právně nepřipustným (klamavým): „*Spotřebitelé se zlákáni reklamou dostavili za účelem koupě zboží do prodejen žalobce, a to ve větší míře, než by běžně činili. I pokud by žádný z těchto spotřebitelů v prodejnách žalobce nic jiného nezakoupil, což soud považuje za nepravděpodobné, lze spatřovat způsoblost předmětné reklamy zjednat prospěch žalobci v hospodářské soutěži na úkor jiných soutěžitelů - prodejců v téže oboru již v samotném přilákání velkého množství spotřebitelů do prodejen žalobce. Při návštěvě prodejny se tito spotřebitelé nepochybně mohli seznámit s nabídkou ostatního zboží prodávaného žalobcem a v paměti jim také utkvěl název a místo prodejny žalobce. Seznámení značného počtu potenciálních zákazníků s těmito údaji je bezesporu předpokladem k tomu, aby si někteří z nich právě v prodejnách žalobce určité zboží skutečně koupili, a to buď při první, či při některé z dalších návštěv. Předmětnou reklamou žalobce totiž zviditelnil více své obchodní jméno, spojení tohoto jména s prodejem určitých výrobků a místo svých provozoven. Žalobce jako obchodní soutěžitel tak zvýraznil své postavení na trhu a byl zachycen ve vědomí spotřebitele reklamy ve spojení s určitými výrobky nad rozsah obvyklé pozornosti.*“

Dalším příkladem, který se v praxi objevil, byla reklamní praktika letecké společnosti, která pořádala zvláštní akci na všechny své lety do Barcelony. Tato akce byla po dobu jednoho měsíce inzerována v řadě časopisů a na internetu, ale za sníženou cenu byl ve skutečnosti pouze malý blok sedadel. Většina zákazníků, kteří se snažili využít této nabídky, nedostala rezervaci.³⁷² Letecká společnost měla být schopna nabídnout za akční cenu rozumný počet míst a měla by přitom vzít v úvahu rozsah reklamy a/nebo (přínejmenším) uvést počet míst, která jsou za akční cenu k dispozici.

³⁷¹ Viz Směrnice o nekalých obchodních praktikách. Generální ředitelství zdraví a ochrany spotřebitele. *Europa.eu* [online] Evropská unie. [cit. 11. 8. 2015].

³⁷² K tomu blíže viz Je to poctivé? (Nekalé obchodní praktiky. *Malé PENÍZE*. [online]. Malé PENÍZE. [cit. 14. 8. 2015].

Na rozšířené klamavé obchodní praktiky společností zajišťujících prodej letenek prostřednictvím webových stránek poukazuje také Komise EU ve své Zprávě o provádění směrnice 2005/29.³⁷³ Komise EU vyzdvihuje jako nebezpečnou praktiku, kdy při rezervaci letenky prostřednictvím internetu nejsou do ceny zahrnovány nevynutitelné náklady, například přírázky za platbu kreditní nebo debetní kartou.

Do této oblasti spadá například praktika některých internetových serverů, které nabízí určitou cenu za hotelový pokoj za jednu osobu na noc, spotřebitel si tento pokoj objedná a při potvrzení objednávky je cena zvýšena, aniž je na to spotřebitel zvláště upozorněn (na dotaz aktivního a bystrého spotřebitele je podnikatelem sděleno, že daný pokoj již nebyl k dispozici a jedná se tedy o apartmán se zvýšenou cenou). Obdobně praktika cestovních kanceláří – potvrzení pokoje ve vybraném hotelu a následné sdělení na letišti při příjezdu do dané destinace, že kapacita hotelu byla překročena a spotřebiteli bude nabídnut pokoj v jiném hotelu (který nemusí naplňovat původní spotřebitelovy představy).

6. Reklama typu „přivábit a zaměnit“

Podle bodu 6 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. e) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Výzva ke koupi produktu za určitou cenu a poté odmítnutí ukázat inzerovaný předmět spotřebitelům nebo odmítnutí přijetí objednávky produktu nebo dodání produktu v přiměřené lhůtě nebo předvedení vadného vzorku produktu s úmyslem propagovat jiný produkt (reklama typu „přivábit a zaměnit“).*“

V praxi se jedná o případy, kdy podnikatel inzeruje v rámci reklamy určitý produkt za velmi výhodnou cenu a při dostavení se spotřebitele na prodejnu a zájem spotřebitele o koupi výrobku akceptací objednávky podnikatel odmítne, případně odmítne spotřebiteli daný výrobek ukázat nebo spotřebiteli ukáže záměrně vadný výrobek, za který spotřebiteli nabídl jiný výrobek (typicky dražší).

Může se jednat také o situaci, kdy spotřebitel na základě reklamní kampaně vyhledá určitého prodejce za účelem objednání konkrétního zboží, například velmi výkonného vysavače pro domácnost.

³⁷³ Zpráva o provádění směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách (2013/2116(INI)) ze dne 20. prosince 2013. [online] Evropský parlament. [cit. 14. 8. 2015].

V prodejně mu ovšem sdělí, že zásoby jsou vyprodané na všech pobočkách a další kusy nebudou k dostání ani v budoucnu, nicméně jako substituci nabízí vysavače průmyslové, jež sice přesně nesplňují váhové a velikostní parametry slibovaného vysavače a nejsou tak designové, nicméně jejich výkon je stejný.

7. Údajně časově omezené nabídky

Podle bodu 7 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. f) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Nepravdivé tvrzení, že produkt bude dostupný pouze po omezenou dobu nebo že bude dostupný pouze po omezenou dobu za určitých podmínek, za účelem přimět spotřebitele k okamžitému rozhodnutí bez příležitosti nebo času potřebného k učinění informované volby.*“

Případy, kdy podnikatel na spotřebitele vytváří tlak vyvolaný nepravdivým tvrzením, že se jedná o extrémně výhodnou, nýbrž časově velmi omezenou nabídku (například „zbývá pouze poslední kus zboží“ nebo „akce končí dnes“), přičemž taková sleva se už nebude opakovat. Ve skutečnosti se taková akce vždy prodlouží a je to tzv. celoroční taktika podnikatele.

Česká obchodní inspekce³⁷⁴ sankcionovala společnost, která použila v rámci televizní reklamy následující praktiku: „*Pozor, nyní senzace, zavoláte-li a objednáte-li ihned, nezaplatíte 1 299 Kč, ani 999 Kč, ale pouze senzacích 899 Kč.*“

8. Poprodejní servis v odlišném jazyku než při kontraktaci

Podle bodu 8 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. g) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Závazek poskytnout poprodejní servis spotřebitelům, s nimiž obchodník před uzavřením obchodní transakce komunikoval jazykem, který není úředním jazykem členského státu, v němž se obchodník nachází, a následné poskytování servisu pouze v jiném jazyce, aniž to bylo spotřebiteli jasně sděleno předtím, než se spotřebitel zavázal k obchodní transakci.*“

V praxi se uskutečnilo jednání mezi českým podnikatelem a německým spotřebitelem o poskytnutí záručního (pozáručního) servisu v němčině, přičemž následně byl servis poskytnut toliko v češtině.

³⁷⁴ Více viz *Výroční zpráva o činnosti za rok 2009*. [online] Česká obchodní inspekce, 2010. [cit. 10. 10. 2016].

Takový přístup podnikatele však mohl vést k tomu, že spotřebitel učinil obchodní rozhodnutí, které by při absenci takového tvrzení podnikatele jinak neučinil.

9. *Klamání ohledně dovolenosti prodeje produktu*

Podle bodu 9 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. h) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Tvrzení nebo jiné vytváření dojmu, že prodej produktu je dovolený, i když tomu tak není.*“

Podle Komise EU³⁷⁵ se praktiky podle tohoto bodu dělí na dvě skupiny. První skupina se týká zboží nebo služeb, jejichž prodej je zakázán (není dovolen). Druhá skupina se týká zboží nebo služeb, jejichž prodej není zakázán, ale je právně omezen (nezbytností určitých povolení, licencí apod.).

Jedná se například o nedovolený prodej chráněných živočichů nebo rostlin doprovázený tvrzením podnikatele o právní nezávadnosti takového prodeje. Daný bod souvisí také s nabízením různých zdravotně závadných produktů (například „léčiva“ obsahující oxid chloričitý, který se používá jako bělidlo či desinfekce do bazénů, a které má údajně vyléčit pásový opar, lymfskou boreliózu či rakovinu)³⁷⁶, případně prodej léků vázaných na lékařský předpis prostřednictvím internetu bez receptu.

10. *Zavádějící představa o právech spotřebitele*

Podle bodu 10 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. i) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Uvádění práv, která spotřebitelům vyplývají ze zákona, jako přednosti obchodníkovy nabídky.*“

Pod hypotézu daného bodu patří situace, kdy podnikatel zdůrazňuje práva spotřebitele jako zvláštní práva, která poskytuje pouze tento podnikatel (např. při uzavírání smluv se spotřebitelem distančním způsobem³⁷⁷ zdůraznění v reklamě „*u nás může spotřebitel odstoupit*

³⁷⁵ Srov. Komise EU. *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách ze dne 25. května 2016, SWD(2016) 163 final.* [online]. [cit. 6. 10. 2016].

³⁷⁶ Více viz: Lidé pijí nebezpečné bělidlo, aby vyléčili nemoci, třeba i rakovinu. *Novinky.cz* [online] Seznam.cz, a. s., 2015 [cit. 14. 8. 2015].

³⁷⁷ Srov. § 1820 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

od smlouvy do čtrnácti dnů³⁷⁸ a vrátíme mu všechny peněžní prostředky včetně nákladů na dodání!“ nebo obecná tvrzení „*při porušení smlouvy z naší strany můžete odstoupit od smlouvy*“ apod.), event. pouze tomuto spotřebiteli.³⁷⁹

11. Skrytá reklama

Podle bodu 11 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. j) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Využití prostoru ve sdělovacích prostředcích k propagaci produktu, za kterou obchodník zaplatil, aniž by to byl spotřebitel schopen z obsahu, obrázků nebo zvuků jednoznačně poznat. (Placená reklama ve formě novinových článků, advertorial).*“

Jedná se o typický případ tzv. skryté reklamy neboli reklamy, která se vůči spotřebiteli jako reklama netváří. Jedná se o různé podoby článků o aktuálních problémech, kde jsou zmiňovány nevhodnější produkty pro jejich vyřešení – at' už nemoci, zahrádkářství apod., které nejsou jako reklama označeny, byť jí ve skutečnosti je a je poskytována také za úplatu.³⁸⁰

Komise EU uvádí následující oficiální příklad:³⁸¹ Článek v cestopisném časopisu o cestování v Norsku obsahuje popis toho, jak se pro tento výlet výborně hodí určitý druh tábornického vybavení, kvůli čemuž výrobce tábornického vybavení finančně přispěl k článku, pokud o tom čtenáři nejsou informováni.

³⁷⁸ Dané tvrzení může obsahovat také nedovolené zkrácení práv spotřebitele proti zákoněné úpravě.

³⁷⁹ Ke střetu povinnosti dodržet toto ustanovení a informační povinnosti podnikatele vůči spotřebiteli blíže viz ONDREJOVÁ, D. *Porušení závazkového práva jako nekalá obchodní praktika nebo nekalá soutěž*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 103 a násled.

³⁸⁰ Podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 24. června 2010, sp. zn. 7 As 24/2010 je reklama skrytá, „*šíří-li provozovatel televizního vysílání určité sdělení s vědomím, že má reklamní charakter*“. Podle téhož rozhodnutí „*vystupuje-li vrcholový sportovec v televizním vysílání v oblečení charakteristickém pro sport, který provozuje, či pro životní styl s daným sportem obecně spojovaný, nejde zpravidla o skrytou reklamu, i když určité prvky tohoto oblečení jsou nosiči reklamního sdělení. O skrytou reklamu by však mohlo jít, pokud by si sportovec takové oblečení, ač je jinak při sportovních akcích nebo příležitostech spojených s tímto sportem nebo s ním souvisejícím životním stylem nenosí, vzal s cílem adresovat prostřednictvím televizního vysílání skryté reklamní sdělení divákům*“.

Podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 17. března 2010, sp. zn. 6 As 47/2009 má skrytá reklama tři znaky:

- prezentace v pořadu, který nemá charakter reklamy, sleduje reklamní cíl
- prezentace záměrně sleduje reklamní cíl a
- prezentace je způsobilá uvést veřejnost co do své povahy v omyl.

³⁸¹ Viz Směrnice o nekalých obchodních praktikách. Generální ředitelství zdraví a ochrany spotřebitele. *Europa.eu* [online] Evropská unie. [cit. 11. 8. 2015].

Komise EU ve své Zprávě o provádění směrnice 2005/29³⁸² zdůrazňuje nebezpečí skryté reklamy na internetu ve formě komentářů na sociálních sítích, fórech či blozích, jež zdánlivě pocházejí od samotných spotřebitelů - ve skutečnosti se jedná o zprávy komerční nebo reklamní povahy přímo či nepřímo vytvářené nebo financované hospodářskými subjekty.³⁸³

12. Přehnané zneužívání strachu z bezpečnostních rizik pro spotřebitele

Podle bodu 12 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. k) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Věcně nesprávné tvrzení o povaze a míře rizika pro osobní bezpečnost spotřebitele nebo jeho rodiny, pokud si produkt nezakoupí.*“

Jedná se o využití různých forem neodůvodněného motivu strachu v reklamě (tvrzení typu „nekoupíte-li si náš výrobek, stane se Vám...“). Taková tvrzení jsou často využívána ve vztahu k pojistným produktům, dětským hračkám, autosedačkám, bezpečnostní výbavě automobilů, také různým druhům zabezpečení domů a bytů³⁸⁴ spolu s různými naturalistickými zobrazeními následků nezakoupení propagovaného výrobku (služby) apod.

13. Údajná výroba renomovaným výrobcem

Podle bodu 13 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. l) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Propagace výrobku podobného výrobku konkrétního výrobce způsobem, jenž cíleně vede k uvedení spotřebitele v omyl tak, že uvěří, že daný výrobek je vyroben tímž výrobcem, i když tomu tak není.*“

Propagace výrobku je doplněna tvrzením o výrobě produktu uskuetečně známými, v daném oboru zavedenými, kvalitními výrobci, byť tomu tak ve skutečnosti není (výrobce je v oboru neznámý). Obdobou je napodobování obalů známých výrobců pro tzv. neznámkové výrobky.

³⁸² Zpráva o provádění směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách (2013/2116(INI)) ze dne 20. prosince 2013. [online]. Evropský parlament. [cit. 14. 8. 2015].

³⁸³ Komise EU apeluje na členské státy, aby přijaly vhodná opatření, kterými by zabránily dalšímu rozvoji těchto praktik, mj. také formou zavádění pozorovatelů či moderátorů internetových fór, kteří by byli za tímto účelem vyškoleni a poučeni o nebezpečích takové skryté reklamy.

³⁸⁴ Viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15. září 2010, sp. zn. 1 As 47/2010.

14. Pyramidové programy

Podle bodu 14 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. m) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Zabíjení, provozování nebo propagace pyramidového programu, kdy spotřebitel zaplatí za možnost získat odměnu, která závisí především na získávání nových spotřebitelů do programu, a nikoli na prodeji nebo spotřebě produktů.*“

Pyramidový program je „*obchodní model, ve kterém jeho účastníci platí vstupní poplatek za možnost stát se členy tohoto obchodního modelu. Zisku pak členové pyramidového programu dosahují tak, že sami aktivně získávají další členy tohoto obchodního modelu – za každého získaného nového člena jim náleží odměna.*“³⁸⁵

Komise EU³⁸⁶ uvádí následující příklad spadající do uvedeného bodu: Osoby, které se chtějí zapojit jako distributoři, musí zaplatit vstupní poplatek, který je neúměrný hodnotě nákladů na obdržený naučný materiál (např. informace o produktech) nebo administrativním nákladům za zahrnutí do sítě a pokud se hlavního zdroje odměny dosáhne nábořem dalších osob do sítě.

Touto problematikou se zabýval Soudní dvůr EU ve věci C-515/12 ze dne 3. dubna 2014: „*Pyramidový program představuje obchodní praktiku nekalou za všech okolností pouze tehdy, vyžaduje-li takový program od spotřebitele, aby zaplatil jakoukoliv částku za možnost získat odměnu, která závisí především na získávání nových spotřebitelů do programu, a nikoli na prodeji nebo spotřebě produktů.*“

15. Nesprávná tvrzení o přestěhování či ukončení činnosti provozovny

Podle bodu 15 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. n) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Tvrzení, že obchodník zamýšlí ukončit obchodování nebo se stěhuje, ačkoli tomu tak není.*“

³⁸⁵ ŠVÁSTA, P. In: Pyramidové programy a Ponzioho schémata v českém právu. *epravo.cz* [online] epravo.cz, a. s., publikováno 7. 11. 2012 [cit. 14. 8. 2015]. V České republice se trestněprávní rovinou takové praktiky zabýval Nejvyšší soud ve věci sp. zn. 6 Tdo 1280/2007.

³⁸⁶ Směrnice o nekalých obchodních praktikách. Generální ředitelství zdraví a ochrany spotřebitele. *Europa.eu* [online] Evropská unie. [cit. 11. 8. 2015].

Pod hypotézu tohoto bodu spadají různé akce typu „likvidace“, „konec zásob“, „likvidační výprodej“, „totální výprodej“ nebo „výprodej veškerých zásob – rušíme pobočku“, „výprodej z důvodu ukončení činnosti“ apod., ačkoliv se jedná o běžný (například sezónní) výprodej. Ve spotřebitelích podobné akce vyvolávají pocit časově omezené a vysoce aktuální nabídky, kterou je potřeba využít.

16. Údajné usnadňování možnosti výhry v loterii

Podle bodu 16 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. o) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Tvrzení, že produkty usnadní výhru ve hrách založených na náhodě.*“ Podnikatelé používají například tvrzení „při zakoupení našeho výrobku vyhrajete v loterii“ nebo „při zakoupení našeho výrobku se zvýší možnost výhry v loterii o 70 %“ (může se týkat jakýchkoliv výrobků, nejčastěji je tomu však ve vztahu k drahým kamenům, náramkům, amuletům apod.).

17. Nepravdivá tvrzení o léčivé schopnosti produktu

Podle bodu 17 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. p) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Nepravdivé tvrzení, že produkt může vyléčit nemoci, poruchu nebo tělesné postižení.*“ Jedná se o častá tvrzení prodejců běžných potravin nebo doplňků stravy o jejich vlivu na vyléčení nemoci³⁸⁷ (například rakovina, alergie), ačkoliv tyto účinky nebyly nikdy prokázány.³⁸⁸ Tyto praktiky

³⁸⁷ Nemocní lidé či lidé trpící určitými fyzickými nedostatky (padání vlasů, nadváha apod.) jsou velmi náchylní k ovlivnění reklamou či jinými marketingovými praktikami a jejich úsudek je odlišný oproti běžnému spotřebiteli – to potvrzuje také rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 4 As 98/2013.

³⁸⁸ I kdyby však prokázány byly, taková tvrzení (například „výrobek XY vyléčí chřipku i nachlazení; do dvou dnů budete bez příznaků!“) jsou nepřípustná podle právní úpravy evropské i české.

V evropském právním prostředí zakazuje tvrzení o přibližování doplňků stravy (potravin) léčivům například Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/13/ES ze dne 20. března 2000 o sblížení právních předpisů členských států týkajících se označování potravin, jejich obchodní úpravy a související reklamy nebo nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1924/2006 ze dne 20. prosince 2006 o výživových a zdravotních tvrzeních při označování potravin.

V českém právním prostředí je to například zákon o regulaci reklamy – srov. § 5d odst. 2 písm. d). K zakázaným tvrzením u doplňků stravy a potravin viz bohatá rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu – srov. např. sp. zn. 7 As 49/2007, 7 As 48/2008. Z rozhodovací praxe Soudního dvora EU viz sp. zn. C-544/10 nebo C-195/14.

se často zaměřují také na usnadnění hubnutí toliko prostřednictvím zázračných pilulek, krémů či hubnoucích přístrojů bez nezbytnosti vyvinutí jakéhokoliv fyzického úsilí či dietního omezení.

V České republice byly zaznamenány nabídky různého zboží, které dokáže vyléčit různé potíže a nemoci (zpravidla v medicíně rovinně nevyléčitelné) – magnetický náramek na ruku (pomáhající proti bolesti svalů a kloubů), dětské lněné kalhotky (které mají údajně pomoci při bolestech svalů, příznivě ovlivňovat kardiovaskulární systém apod.), oblečení (pomáhající léčit ekzém), léčivé hrnky³⁸⁹ apod.

Uvedený bod nebude naplněn (a nebude se tedy jednat o nekalou obchodní praktiku), pokud podnikatel prokáže, že daný výrobek může skutečně nemoc vyléčit (to se týká humánních léčivých výrobků, nikoliv doplňků stravy či potravin).³⁹⁰

18. Nesprávné informace o tržních podmínkách

Podle bodu 18 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. q) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Poskytování věcně nesprávných informací o tržních podmínkách nebo o možnosti opatřit si produkt s úmyslem přimět zákazníka k jeho pořízení za méně výhodných podmínek, než jsou běžné tržní podmínky.*“

V praxi se stala například následující praktika: Spotřebiteli byl nabízen čistič brýlí označený cenou 899 Kč s tím, že v současné době probíhá časově omezená a velmi výhodná akce, kdy v případě zakoupení pěti čističů bude cena za všechno dohromady 500 Kč. Na výrobku byly současně uvedeny webové stránky výrobce, kde spotřebitel zjistil, že cena za jeden čistič zdaleka nedosahovala ani 100 Kč.

Oficiálním příkladem uvedeným Komisí EU³⁹¹ je situace, kdy obchodník, který prodává zabezpečovací zařízení jako např. alarmy, předkládá statistiky vloupání v určité části města, čímž naznačuje, že je tato část města obzvláště ohrožena, přičemž tomu tak ve skutečnosti není.

³⁸⁹ Jejich prodej sankcionovala Česká obchodní inspekce. Viz *Výroční zpráva o činnosti za rok 2009*. [online] Česká obchodní inspekce, 2010. [cit. 10. 10. 2016], s. 34.

³⁹⁰ K tomu blíže První zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování směrnice o nekalých obchodních praktikách 2005/29/ES. COM (2013). [online]. [cit. 14. 8. 2015].

³⁹¹ Viz Komise EU. *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách ze dne 25. května 2016, SWD(2016) 163 final*. [online]. [cit. 6. 9. 2016].

19. Neudělení slibovaných cen v soutěži

Podle bodu 19 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. r) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Obchodní praktika, v níž se tvrdí, že v rámci propagace probíhá soutěž o ceny, aniž by byly uděleny ceny, které odpovídají uvedenému popisu, nebo jejich odpovídající náhrada.*“

Jedná se o různé spotřebitelské soutěže, kdy spotřebitel splní veškeré stanovené podmínky (například nasbírání určitého počtu kupónů za nákupy), za něž má získat určitou věc (cenu) zdarma, avšak podnikatel mu bez náhrady sdělí, že veškeré ceny již byly rozdány, případně dostane jinou věc výrazně nižší hodnoty.

20. Nepravdivé vytváření dojmu bezplatných nabídek

Podle bodu 20 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. s) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Popis produktu slovy „gratis“, „zdarma“, „bezplatně“ a podobnými, pokud musí spotřebitel zaplatit jakékoli jiné náklady, než jen nevyhnutelné náklady spojené s reakcí na obchodní praktiku a s vyzvednutím nebo doručením věci.*“

Z uvedeného vyplývá, že podnikatel nesmí spotřebiteli k ceně výrobku připočítat náklady na balné, manipulaci nebo správu. Naopak přípustné je zahrnutí nákladů spojených s reakcí na obchodní praktiku, skutečné náklady na přepravu nebo doručení, event. na cestu spotřebitele konanou za účelem vyzvednutí věci.³⁹²

Do daného bodu spadají například praktiky typu: „kosmetická taštička k časopisu jako dárek zdarma“ a doplněno malým písmem v jiné části „za pouhých 120 Kč“ nebo tvrzení „sluneční brýle k nákupu zdarma“, přičemž tyto jsou dodány pouze v případě, že si zákazník objedná letní doplňky nad 4.000 Kč. Nebo různé nabídky zdarma, když musí spotřebitel zavolat na nestandardně zpoplatněné telefonní číslo.³⁹³

Při kontrole předváděcí prodejní akce bylo Českou obchodní inspekcí³⁹⁴ zjištěno, že sedm spotřebitelů (účastníků akce) mělo

³⁹² Ibidem.

³⁹³ Podle Soudního dvora EU je „nerozhodné, že náklady uložené spotřebiteli, jako je cena poštovní známky, jsou zanedbatelné oproti hodnotě ceny nebo z nich obchodníkovi neplyne žádný zisk.“ Viz C-428/11.

³⁹⁴ Zpráva České obchodní inspekce „Nekalé obchodní praktiky na předváděcích akcích vedou“. Česká obchodní inspekce. [online] Česká obchodní inspekce, 2010. [cit. 10. 10. 2016], s. 2.

zdarma obdržet sadu výrobků (paměťový polštář, indukční vařič nebo konvektomat a dvě ložní soupravy – příkrývky a polštáře), avšak podmínkou pro obdržení těchto dáreků byl nákup jedné sady, tj. příkrývky a polštáře v ceně 9.900 Kč.

Daný bod tak klade na podnikatele požadavek vysoké transparentnosti týkající se pravdivosti a úplnosti ceny.

21. Zasilání neobjednaných produktů

Podle bodu 21 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. t) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Přiložení faktury nebo podobných dokladů pro provedení platby k marketingovým materiálům, čímž se ve spotřebiteli vyvolá dojem, že si nezero- vaný produkt již objednal, ačkoli tomu tak není.*“

Praktiky jsou označovány jako tzv. katalogové podvody.

Tyto praktiky jsou běžně zaměřovány podnikateli na jiné podnikatele, územní samosprávné celky, profesní či neziskové subjekty apod. (v takovém případě se tedy nemůže jednat o nekalou obchodní praktiku v dosahu ZOS a směrnice 2005/29, ale o nekalosoutěžní jednání podle § 2978 OZ nebo § 2976 odst. 1 OZ), což potvrzuje také oficiální vyjádření Evropského parlamentu.³⁹⁵ V případě, že je daná praktika podnikatele zaměřena na spotřebitele, spadá do rozsahu tohoto bodu. Přiložením faktury nebo složenky k zaslanému zboží vyvolává ve spotřebiteli dojem, že je nucen zaplatit za produkt, který si zjevně objednal. Ačkoliv tomu tak ve skutečnosti není, spotřebitel se může (ačkoliv nedůvodně) bát postihu pro pozdní platbu či dokazování toho, že si takový produkt neobjednal.

22. Podnikatel vytváří zdání, že jedná jako spotřebitel

Podle bodu 22 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. u) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou

³⁹⁵ Srov. bod D usnesení Evropského parlamentu ze dne 16. prosince 2008 o nepoctivých katalogových firmách (C 45 E/17): „*firma vydávající katalog hospodářských subjektů osloví podniky, zpravídla poštou, a využije je, aby vyplnily nebo aktualizovaly svůj obchodní název a své kontaktní údaje, přičemž v nich vzbudí mylný dojem, že budou v tomto katalogu uvedeny bezplatně; vzhledem k tomu, že tyto podniky posléze zjistí, že ve skutečnosti – aniž by tak chtěly učinit – podepsaly smlouvu, která je obvykle zavazuje k tomu, že budou nejméně tři roky v katalogu hospodářských subjektů za roční poplatek ve výši přibližně 1 000 €*“.

podnikatele: „*Nepravdivé tvrzení nebo vyvolávání dojmu, že obchodník nejedná za účelem spojeným s jeho obchodní nebo podnikatelskou činností, řemeslem nebo povoláním, nebo klamná prezentace obchodníka jako spotřebitele.*“

Komise EU³⁹⁶ uvádí oficiální příklad spočívající v tom, že podnikatel prodává ojeté auto jiného zákazníka (tedy nikoliv jeho vlastní) prostřednictvím inzerátu na nástěnce v místním obchodě a neuvádí, že je tento prodej součástí jeho podnikání.

Nejčastěji jsou tyto praktiky zastoupeny u prodeje nemovitostí či ojetých automobilů, kde mají spotřebitelé zpravidla nedobré zkušenosti s realitními kanceláři nebo autobazary. Z toho důvodu se někteří prodávající „skrývají“ za pozici nepodnikatele, aby nalákali spotřebitele, kteří by si daný produkt od profesionála v daném oboru nekoupili.

23. Nepravdivé tvrzení o poprodejním servisu v celé Evropské unii

Podle bodu 23 přílohy I směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. v) přílohy č. 1 ZOS] je vždy klamavou obchodní praktikou podnikatele: „*Vyvolávání klamného dojmu, že poprodejní servis k výrobku je dostupný v jiném členském státu, než ve kterém je výrobek prodáván.*“

Může se jednat například o tvrzení, že k výrobku zakoupenému v České republice je poskytován záruční i pozáruční servis také na Slovensku (event. v celé Evropské unii), ačkoliv takové tvrzení neodpovídá skutečnosti (zejména ve vztahu ke slovenským spotřebitelům se může podnikatel snažit podnítit jejich zájem o výrobek, neboť by nemuseli na případný servis jezdit do České republiky, ale mohli by jej uplatnit přímo na Slovensku).

III.6.2 Agresivní obchodní praktiky podle tzv. černé listiny směrnice č. 2005/29/ES397

Obchodní praktiky se považují za agresivní vždy, pokud spadají pod body 24 až 31 (body přílohy č. 2 zákona o ochraně spotřebitele) z celkových jedenácti bodů přílohy směrnice 2005/29, zahrnující také klamavé obchodní praktiky, aniž by bylo potřeba provádět hodnocení jednotlivých případů

³⁹⁶ Směrnice o nekalých obchodních praktikách. Generální ředitelství zdraví a ochrany spotřebitele. *Europa.eu* [online] Evropská unie. [cit. 11. 8. 2015].

³⁹⁷ Tato podkapitola vychází volně z ONDREJOVÁ, D. Agresivní obchodní praktiky podle tzv. černé listiny směrnice č. 2005/29/ES. *Bulletin advokacie*, 2016, č. 4, s. 17–21.

podle článků 8 a 9 směrnice 2005/29 (§ 5a ZOS) či podle článku 5 směrnice 2005/29 (§ 4 ZOS).

Výčet agresivních obchodních praktik v příloze směrnice 2005/29 je **taxativní**, za agresivní mohou však být považovány i další praktiky, a to sice takové, které naplní tzv. malou generální klauzuli upravenou v článku 8 a 9, případně generální klauzule nekalých obchodních praktik podle článku 5 směrnice 2005/29.

Obchodní praktiky jsou tedy vždy považovány za agresivní, pokud podnikatel činí některé (či více) z **osmi typových jednání** (text vychází z textu směrnice 2005/29, který je s účinností od 28. prosince 2015, stejně jako u klamavých vždy zakázaných praktik, plně obsahově i formulačně kompatibilní s českou úpravou obsaženou v zákoně o ochraně spotřebitele):³⁹⁸

1. **Prodej pod nátlakem, omezení svobody pohybu spotřebitele**

Podle bodu 24 přílohy II směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. a) přílohy č. 2 ZOS] je vždy agresivní obchodní praktikou podnikatele: „*Vytvoření dojmu, že spotřebitel nemůže provozovnu opustit bez uzavření smlouvy.*“

Příkladem první ze zakázaných agresivních obchodních praktik je situace, kdy podnikatel fyzicky zabezpečí (např. uzamkne) prodejnu a odmítá spotřebiteli z této odejít, dokud si nekoupí určitý produkt (službu).

Daný zákaz tedy dopadá na případy, kde je spatřována výrazná agresivita hraničící až s omezováním osobní svobody spotřebitele. Zákaz takového jednání vyplývá nejen ze směrnice 2005/29 (a zákona o ochraně spotřebitele), ale také ze samotné Listiny základních práv a svobod, konkrétně z jejího článku 7 odst. 1 věty první (nedotknutelnost osoby a jejího soukromí je zaručena), článku 8 odst. 1 (osobní svoboda je zaručena) a článku 14 odst. 1 (svoboda pohybu a pobytu je zaručena).

³⁹⁸ K tomu blíže srov. např. KEIRSBILCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, s. 392 až 426.

2. *Agresivní podomní prodej*

Podle bodu 25 přílohy II směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. b) přílohy č. 2 ZOS] je vždy agresivní obchodní praktikou podnikatele: „*Osobní návštěvy u spotřebitele a nedbání požadavku spotřebitele opustit jeho byt a nevracet se, kromě situací a v rozsahu odůvodněném podle vnitrostátních právních předpisů za účelem vymáhání smluvních závazků.*“

Druhým případem agresivní obchodní praktiky podle přílohy I směrnice 2005/29 (přílohy č. 2 ZOS) je agresivní forma podomních nezvaných prodejců, kteří odmítají opustit spotřebitelovo bydliště (typicky v návaznosti na nezbytnost dokončení započaté obchodní prezentace či realizaci nákupu ze strany spotřebitele – v takovém případě nastává souběh s již vyloženým bodem 1), ačkoliv k tomu byli spotřebitelem vyzváni. Jedná se o jednání podobné předchozímu bodu, které rovněž narušuje základní práva a svobody zaručené Listinou základních práv a svobod (k tomu blíže viz předchozí bod).

Do hypotézy daného bodu nespádají návštěvy exekutora (jeho zaměstnanců) uskutečňované za účelem vymáhání vykonatelných závazků spotřebitele a za dodržení účinných právních předpisů.

3. *Vytrvalé a nevyžádané nabídky zboží či služby*

Podle bodu 26 přílohy II směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. c) přílohy č. 2 ZOS] je vždy agresivní obchodní praktikou podnikatele: „*Vytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím telefonu, faxu, e-mailu nebo jiných prostředků přenosu na dálku, kromě situací a v rozsahu odůvodněném podle vnitrostátních právních předpisů za účelem vymáhání smluvních závazků. Tím nejsou dotčeny články 10 směrnice 97/7/ES a směrnice 95/46/ES (1) a 2002/58/ES.*“

Daný bod zakazuje jednu z nejčastěji uskutečňovaných nedovolených obchodních praktik, označovanou také jako tzv. nevyžádaná reklama. Zákaz nevyžádaných nabídek dopadá toliko na elektronicky šířené nabídky (prostřednictvím prostředků přenosu na dálku), netýká se tedy reklamy šířené listinnou podobou (např. listinné reklamní letáky). Z uvedeného bodu také vyplývá zákaz nevyžádaných nabídek „vytrvalých“, tedy opakovaných.

Tímto bodem není dotčena následující zvláštní právní úprava:

- a) Ustanovení § 2986 OZ (skutková podstata nekalé soutěže nazvaná „dotěrné obtěžování“); v tomto kontextu je nutné zdůraznit, že zákaz šíření nevyžádaných obchodních nabídek podle tohoto ustanovení dopadá na nabídky šířené elektronicky (srov. § 2986 odst. 1 OZ: „*dotěrné obtěžování je sdělování údajů o soutěžiteli, zboží nebo službách, jakož i nabídka zboží nebo služeb s využitím telefonu, faxového přístroje, elektronické pošty nebo podobných prostředků...*“; obdobně § 2986 odst. 2 OZ)³⁹⁹ ke kvalifikaci skutkové podstaty dotěrného obtěžování postačí jednorázové jednání⁴⁰⁰
- b) Ustanovení § 7 zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, ve znění pozdějších předpisů, upravující šíření obchodních sdělení výlučně elektronickými prostředky
- c) Ustanovení § 2 odst. 1 písm. c) zákona o regulaci reklamy zakazující šíření nevyžádané reklamy v listinné podobě,⁴⁰¹ pokud adresáta obtěžuje; za reklamu, která obtěžuje, se považuje reklama směřující ke konkrétnímu adresátovi za podmínky, že adresát dal předem jasně a srozumitelně najevo, že si nepřeje, aby vůči němu byla nevyžádaná reklama šířena.

Přípustnou výjimku představuje podle tohoto bodu vymáhání smluvních závazků v souladu s účinnou právní úpravou. Také v tomto případě by měl být dodržen princip proporcionality.

³⁹⁹ ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 229. J. Kotásek dovozuje, že ustanovení § 2986 odst. 1 občanského zákoníku se vztahuje na jakoukoliv podobu nevyžádaných nabídek, tedy nikoliv pouze elektronicky šířených – srov. KOTÁSEK, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055 – 3014)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1834.

⁴⁰⁰ ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 228, shodně KOTÁSEK, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník. VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055 – 3014)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1835.

⁴⁰¹ Text zákona ve znění po novele uskutečněné zákonem č. 202/2015 Sb. s účinností od 17. srpna 2015. Do té doby dopadal zákaz nevyžádané reklamy na jakékoliv podoby reklamy včetně reklamy šířené elektronicky. K zúžení zákazu došlo v návaznosti na novelu zákona o regulaci reklamy uskutečněnou v důsledku výtky Komise EU adresované České republice pro překročení maximální harmonizace směrnice 2005/29.

4. *Přemrštěné požadavky či mlčení obchodníka u vyřizování pojistných nároků*

Podle bodu 27 přílohy II směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. d) přílohy č. 2 ZOS] je vždy agresivní obchodní praktikou podnikatele: „*Požadavek, aby spotřebitel žádající plnění z důvodu pojistné události předložil doklady, které nelze odůvodněně pokládat za důležité pro stanovení oprávněnosti nároku, nebo systematické neodpovídání na související korespondenci za účelem odradit spotřebitele od uplatnění práv vyplývajících ze smlouvy.*“

Daný bod se vztahuje pouze na zvláštní oblast, a to na pojistné smlouvy (§ 2758 a násl. OZ). V případě, že by obdobná praktika byla využívána v jiné oblasti, není postižitelná podle tohoto *per se* zákazu, ale musela by být posuzována podle ustanovení malých generálních klauzulí – zde ve vztahu k agresivní obchodní praxi.

Do oblasti tohoto bodu spadá například požadavek podnikatele – pojišťovny, aby spotřebitel předložil jako nezbytný doklad pro poskytnutí pojistného plnění nikoliv pouze občanský průkaz, ale také například rodný list (případně dalších svých rodinných příslušníků).

Dalším případem může být opakované nereagování podnikatele – pojišťovny na důvodné reklamace (či odstoupení od smlouvy nebo jiná uplatnění práv) ze strany spotřebitele.

Komise EU uvádí k danému bodu oficiální příklad,⁴⁰² a to sice požadavek, aby spotřebitel, který žádá o náhradu za krádež osobních věcí ze zavazadla, předložil účtenky za všechny věci, jichž se škoda týká.

5. *Přímé nabádání dětí ke koupi*

Podle bodu 28 přílohy II směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. e) přílohy č. 2 ZOS] je vždy agresivní obchodní praktikou podnikatele: „*Začlenění do reklamy přímého nabádání určeného dětem, aby si inzzerované produkty koupily nebo aby přesvědčily své rodiče nebo jiné dospělé, aby jim je koupili. Tímto ustanovením není dotčen článek 16 směrnice 89/552/EHS o televizním vysílání.*“

Jedná se o reklamy, které nabádají děti, aby přesvědčily své rodiče (jiné dospělé osoby), aby jim koupili určité zboží (například reklama typu „děti, řekněte svým rodičům, aby Vám tuto panenku

⁴⁰² Směrnice o nekalých obchodních praktikách. Generální ředitelství zdraví a ochrany spotřebitele. *Europa.eu* [online] Evropská unie. [cit. 11. 8. 2015].

koupili za vysvědčení“ nebo „Alice a kouzelná knížka z Fondi nyní vychází na videu – řekni své mámě, aby ti ji koupila v místní tiskové agentuře.“⁴⁰³).

Tímto bodem není dotčen § 48 odst. 2 písm. b)⁴⁰⁴ a c)⁴⁰⁵ zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání.

6. *Setrvačný prodej*

Podle bodu 29 přílohy II směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. f) přílohy č. 2 ZOS] je vždy agresivní obchodní praktikou podnikatele: „*Požadování okamžité nebo odložené platby za produkty dodané obchodníkem, avšak nevyžádané spotřebitelem, nebo vrácení nebo uschování takových produktů, kromě případů, kdy se jedná o náhradní produkt dodaný v souladu s čl. 7 odst. 3 směrnice 97/7/ES (setrvačný prodej).*“

Daný bod dopadá na případy, kdy podnikatel zašle spotřebiteli jím neobjednané zboží spolu se složenkou nebo fakturou nebo spolu s požadavkem na vrácení takového zboží (s nutností úhrady nákladů spojených s vrácením zboží).

Na dané jednání dopadá také ustanovení § 1838 OZ, podle něhož platí, že „*dodal-li podnikatel spotřebiteli něco bez objednávky a ujal-li se spotřebitel držby, hledí se na spotřebitele jako na poctivého držitele; spotřebitel nemusí na své náklady podnikateli nic vracet, ani ho o tom vyzoumět.*“

Zvláště závažnými případy hraničícími s citovým vydíráním spotřebitele je zasílání hraček na jméno dítěte (event. jeho rodičů) s poukázkou na jejich zaplacení. Za situace, kdy rodič balík před dítětem rozbalí, bude již nespasné dítěti vysvětlovat, že to byl omyl ze strany podnikatele a hračku musí vrátit (mnohem pravděpodobnější je verze, že rodič přece jen neodolá „srdceryvným“ výlevům dítěte a hračku zaplatí).⁴⁰⁶

⁴⁰³ Ibidem.

⁴⁰⁴ Podle tohoto ustanovení platí, že obchodní sdělení nesmějí fyzicky nebo mravně ohrožovat děti a mladistvé tím, že přímo nabádají děti a mladistvé, aby přemlouvali své rodiče nebo jiné osoby ke koupi nabízeného zboží nebo služeb.

⁴⁰⁵ Podle tohoto ustanovení platí, že obchodní sdělení nesmějí fyzicky nebo mravně ohrožovat děti a mladistvé tím, že využívají zvláštní důvěru dětí a mladistvých ke svým rodičům, učitelům nebo k jiným osobám.

⁴⁰⁶ Takové případy kritizuje jako určitý druh vyděračského jednání také spolek na ochranu spotřebitelů dTest (blíže viz www.dtest.cz).

7. *Citový nátlak na spotřebitele*

Podle bodu 30 přílohy II směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. g) přílohy č. 2 ZOS] je vždy agresivní obchodní praktikou podnikatele: „*Výslovné sdělení spotřebiteli, že pokud si produkt nebo službu nekoupí, ohrozí to pracovní místo nebo živobytí obchodníka.*“

Jedná se o druh citového vydírání spotřebitele ze strany podnikatele (jeho zaměstnance). Na spotřebitele je vytvářen citový nátlak spočívající v tom, že pokud si spotřebitel nekoupí určité zboží (službu), přijde o pracovní místo nebo nebude schopen uživit sebe či svou rodinu (což ohrozí jeho manželství, vyživované osoby nebo hrazení léčby pomyslně či skutečně nemocných členů rodiny).

8. *Zdánlivá výhra ceny*

Podle bodu 31 přílohy II směrnice 2005/29 [obsahově obdobně písm. h) přílohy č. 2 ZOS] je vždy agresivní obchodní praktikou podnikatele: „*Vytváření klamného dojmu, že spotřebitel již vyhrál nebo vyhraje, popřípadě že vyhraje, pokud bude jednat určitým způsobem, cenu nebo jinou obdobnou výhodu, ačkoli ve skutečnosti neexistuje žádná taková cena ani obdobná výhoda, nebo pro získání ceny nebo jiné obdobné výhody musí spotřebitel vynaložit finanční prostředky nebo mu vznikají výdaje.*“

Daný bod zakazuje dva poddruhy agresivních obchodních praktik podnikatele vůči spotřebiteli (dvě podkategorie):

- a) vytváření klamného dojmu, že spotřebitel již vyhrál nebo vyhraje, aniž by cena či obdobná výhoda byla spotřebiteli podnikatelem poskytnuta, nebo
- b) pro získání ceny nebo jiné obdobné výhody musí spotřebitel vynaložit finanční prostředky nebo mu vznikají výdaje.

Do první podkategorie spadají praktiky podnikatelů oznamujících (či přímo poskytujících falešné klíče od auta)⁴⁰⁷ zpravidla vysoké výhry (statisícové částky, osobní automobily apod.), které spotřebiteli nikdy nejsou poskytnuty.

⁴⁰⁷ Rozšířená praktika jednoho nakladatelství, které oznamuje výhru osobního automobilu a zašle přímo klíče od auta, které jsou samozřejmě toliko „modelové“ a cena v podobě osobního automobilu není poskytnuta.

Česká národní banka⁴⁰⁸ uvádí následující příklad, který spadá do první podkategorie: Spotřebitel dostane vyznění (telefonické, písemné), že je mezi možnými výherci vysoké částky peněz, pokud bude mezi prvními padesáti, kteří správně vyplní test. Přestože tuto podmínku spotřebitel splní, nevejde se do první „padesátky“. Prakticky se však toto oznámení objeví každému. Cenou útechy je nabídka zboží, jehož nákupem bude zařazen do dalšího kola o atraktivní ceny.

Do druhé podkategorie spadá například jednání, kdy je v reklamním letáku rozšiřovaném poštou uvedeno: „vyhrál jste bezplatné CD“, přičemž si spotřebitel musí zakoupit určitý výrobek, aby mohl o cenu „žádat“.⁴⁰⁹

Do druhé podkategorie bylo v praxi podraženo také jednání spočívající v tom, že obchodní zástupce kontrolované společnosti při předváděcí akci uskutečnil losování o výhry, avšak získání výhry bylo podmíněno uzavřením kupní smlouvy na vysavač a sadu nádobí za cenu 29.999 Kč. Tuto agresivní obchodní praktiku postihla Česká obchodní inspekce pokutou ve výši 250.000 Kč, přičemž správnost postupu České obchodní inspekce při udělení pokuty potvrdil Krajský soud v Ústí nad Labem (rozhodnutí ze dne 19. února 2013, sp. zn. 59 A 15/2012).

Soudní dvůr EU se v rozhodnutí ze dne 18. října 2012, sp. zn. C-428/11 („Purely Creative Ltd. a další proti Office of Fair Trading“) zabýval otázkou, zda je zakázáno, aby spotřebitel vynaložil pro získání ceny jakékoliv finanční prostředky (výdaje), či pouze v určité výši (například nikoliv zanedbatelné). Konkrétně se jednalo o praktiky, kdy několik žalovaných podnikatelů oznamovalo spotřebitelům, že mají právo přihlásit se o jednu z řady uvedených cen od značné hodnoty (např. plavba po Středozemním moři, švýcarské hodinky apod.) až po ceny, jejichž hodnota nepřevyšovala ani několik britských liber (zpravidla s rovnocennou hodnotou toho, co musel spotřebitel vynaložit), s tím, že spotřebitel byl nucen zjistit si více informací o výhře zpoplatněným telefonním hovorem, zasláním žádosti o informace poštou či textovou zprávou SMS.

⁴⁰⁸ Blíže viz www.cnb.cz.

⁴⁰⁹ Viz Směrnice o nekalých obchodních praktikách. Generální ředitelství zdraví a ochrany spotřebitele. *Europa.eu* [online] Evropská unie. [cit. 11. 8. 2015].

Soudní dvůr EU dospěl v uvedené věci k následujícím závěrům:

- „*Bod 31 druhé odrážky přílohy I směrnice o nekalých obchodních praktikách zakazuje agresivní praktiky, jimiž obchodníci vytvářejí klamný dojem, že spotřebitel již vybral cenu, ačkoli pro získání této ceny, ať už se jedná o žádost o informace o povaze uvedené ceny nebo její převzetí, musí spotřebitel vynaložit finanční prostředky nebo mu vznikají nějaké výdaje.*“
- „*Je nerozhodné, že náklady uložené spotřebiteli, jako je cena poštovní známky, jsou zanedbatelné oproti hodnotě ceny nebo z nich obchodníkovi neplyne žádný zisk.*“
- „*Je také nerozhodné, že ke získání ceny může dojít několika způsoby navrženými spotřebiteli obchodníkem, z nichž alespoň jeden je bezplatný, pokud jeden nebo více navržených způsobů předpokládá, že spotřebitel ponese náklady, aby se informoval o ceně nebo o způsobech jejího převzetí.*“
- Soudní dvůr EU tak dospěl k závěru, že druhá odrážka bodu 31 přílohy I směrnice 2005/29 bude naplněna, pokud pro získání ceny nebo jiné obdobné výhody musí spotřebitel vynaložit jakékoli finanční prostředky nebo mu vznikají jakékoli výdaje. Je zcela bezpředmětné, že by takové výdaje byly řádově několika mála korun ve vztahu k celkové hodnotě výhry.

Prakticky do obou podkategorií uvedených výše spadá jednání podnikatele, které posoudila Česká obchodní inspekce⁴¹⁰ jako nekalou obchodní praktiku. Vytipované účastníky z řad seniorů ve vybraných lokalitách napřed kontaktoval zástupce podnikatele telefonicky a oznámí jim, že vyhráli. Pro ty nedůvěřivé a poučené spotřebitele měli i věrohodné vysvětlení - prý byli jako věrní zákazníci místního supermarketu vylosováni a mají si převzít výhru. Zlatým „hřebem“ tohoto „předání dárků“ má být také slosování o výhru 100.000 Kč. Spotřebitelé obdrželi do schránky i pozvánku, na níž bylo uvedeno, že se hraje o 100.000 Kč v hotovosti a nejedná se o předváděcí akci. Na místě však žádné slosování o 100.000 Kč v hotovosti neprobíhalo. Místo toho začala klasická předváděcí akce, tedy nabídka spotřebního zboží průměrné jakosti s přemrštěnou cenou, k jehož koupi dostali zájemci navíc jako bonus „dárkový poukaz“ v hodnotě 50.000 Kč

⁴¹⁰ *Tisková zpráva České obchodní inspekce ze dne 24. února 2016* [online]. Česká obchodní inspekce [cit. 18. 10. 2016]. Česká obchodní inspekce uložila společnost Astena group pokutu ve výši 2.000.000 Kč za nekalé obchodní praktiky včetně agresivních a zaslala příslušnému živnostenskému úřadu návrh na odebrání živnostenského oprávnění společnosti Astena group, s. r. o.

(případně v jiné výši), pokud na místě zaplatili 5.000 Kč. Když výherci voucher nevyužili, slíbil prodávající, že jim bude vyhraná částka doručena do 48 hodin. Peněz se však spotřebitelé také nedočkali.

III.6.3 Dílčí závěr

Klamavé obchodní praktiky představují výrazné ohrožení řádné obchodní volby spotřebitele, neboť mohou spotřebitele vést k učinění takového ekonomického rozhodnutí, které by při absenci klamavé praktiky neučinil.

Směrnice 2005/29/ES (stejně jako zákon o ochraně spotřebitele) zakazuje klamavé obchodní praktiky v rámci tzv. malé generální klauzule klamavých obchodních praktik (článek 6 a 7), tak v taxativním výčtu klamavých obchodních praktik obsažených v tzv. černé listině nekalých obchodních praktik (body 1 až 23).

V současné době existuje rozhodovací praxe Soudního dvora EU toliko k několika bodům klamavých obchodních praktik podle černé listiny směrnice 2005/29, konkrétně ve vztahu k tzv. pyramidovým programům (C-515/12) či soutěži bez získání výhry (C-428/11). Soudní dvůr EU se spíše ve své judikatuře vyjadřuje k obecným otázkám nekalých obchodních praktik (její aplikovatelnosti – srov. např. C-391/12, C-59/12 nebo C-559/11), aplikovatelnosti generální klauzule nekalých obchodních praktik (srov. např. C-435/11) a nepřipustnému rozšiřování výčtu vždy nepřipustných nekalých obchodních praktik dle tzv. černé listiny (srov. např. C-206/11, C-522/08, C-343/12 apod.).

Do doby vytvoření konstantní rozhodovací praxe Soudního dvora EU pro jednotlivé body černé listiny směrnice 2005/29 tak bude stěžejní výklad soudy jednotlivých členských států Evropské unie.

Agresivní obchodní praktiky představují výrazné ohrožení řádné obchodní volby spotřebitele, neboť mohou spotřebitele vést k učinění takového ekonomického rozhodnutí, které by při absenci agresivní obchodní praktiky neučinil.

Směrnice 2005/29/ES (stejně jako zákon o ochraně spotřebitele) zakazuje agresivní obchodní praktiky v rámci tzv. malé generální klauzule agresivních obchodních praktik (článek 8 a 9), tak v taxativním výčtu agresivních obchodních praktik obsažených v tzv. černé listině nekalých obchodních praktik (body 24 až 31).

V současné době je rozhodovací praxe Soudního dvora EU ohledně této problematiky velmi sporadická. Existuje totiž rozhodnutí toliko k jednomu bodu z tzv. černé listiny směrnice 2005/29, konkrétně k bodu zabývajícímu se tzv. zdánlivými výhry (bod 31 přílohy I směrnice 2005/29) – viz výše uvedené rozhodnutí ve věci C-428/11. Soudní dvůr EU se ve své judikatuře vyjadřuje častěji k obecným otázkám nekalých obchodních praktik, než k jednotlivým bodům tzv. černé listiny směrnice 2005/29 (k aplikovatelnosti generální klauzule nekalých obchodních praktik srov. např. C-435/11 nebo k nepřipustnému rozšiřování výčtu vždy nepřipustných nekalých obchodních praktik dle tzv. černé listiny srov. např. C-206/11, C-522/08, C-343/12 apod.). Tento stav může být také způsoben menšími nejasnostmi při výkladu poměrně podrobných popisů (na úrovni téměř kazuistických popisů) zakázaných jednání podle přílohy směrnice 2005/29 ze strany národních soudů členských států EU.

Do doby vytvoření konstantní rozhodovací praxe Soudního dvora EU pro jednotlivé body černé listiny směrnice 2005/29 tak bude nezbytný kvalitní výklad soudů jednotlivých členských států EU včetně efektivního systému represivního přístupu, bez něhož by implementace směrnice zůstala jen „na půli cesty“.

Aby systém potírání nekalých obchodních praktik byl dostatečně efektivní, je nezbytné, aby dostatečně fungoval systém ukládání a vymáhání sankcí za takové jednání.⁴¹¹ Komise EU ve své Zprávě o provádění směrnice 2005/29⁴¹² výslovně apeluje na členské státy Evropské unie, aby sankce uvalené při nedodržování směrnice nebyly nikdy nižší než zisk plynoucí z praktiky, která je považována za nekalou.

⁴¹¹ Například Česká národní banka uložila pokutu ve výši 6 milionů Kč za zprostředkování nevhodných produktů v oblasti pojišťovnictví, neinformování klientů o poplatkové struktuře, nezohlednění při analýze požadavků a potřeb klientů. Více na www.cnb.cz. Realitní kanceláři byla Českou obchodní inspekcí udělena pokuta ve výši 5 milionů Kč za to, že opakovaně ujišťovala své klienty, že zprostředkovatelská smlouva není výhradní, ačkoliv byla, a porušení výhradnosti bylo sankcionováno 6 % z ceny nemovitosti, minimálně však 19.500 Kč. Více na www.coi.cz. Český telekomunikační úřad uložil pokutu za nabízení bezplatné služby, za kterou si společnost účtovala 29 Kč měsíčně. Více na www.ctu.cz. S ohledem na výše uvedené je nutno konstatovat, že pouze taková výše pokut a pravidelné kontroly mohou působit pro podnikatele odrazujícím způsobem.

⁴¹² *Zpráva o provádění směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách (2013/2116(INI)) ze dne 20. prosince 2013.* [online]. Evropský parlament. [cit. 14. 8. 2015].

IV HLEDISKO PRŮMĚRNÉHO SPOTŘEBITELE A ZVLÁŠŤ ZRANITELNÉHO SPOTŘEBITELE JAKO MĚŘÍTKO PRO POSOUZENÍ NEKALOSTI OBCHODNÍCH PRAKTIK PODNIKATELE⁴¹³

IV.1 Obecně k potřebě ochrany spotřebitele (k jeho zranitelnosti)

Ochrana spotřebitele uskutečňovaná prostřednictvím podpory jeho práv představuje základní hodnoty pro rozvoj politik Evropské unie a pro plnění cílů strategie Evropa 2020.⁴¹⁴

Spotřebitel je v evropském i českém právu *považován za osobu obecně zranitelnou* (jeho zranitelnost neboli způsobitelnost být poškozen nastává poměrně snadno a rychle). Zranitelnost často implikuje spojení s pojmem rizika.⁴¹⁵

Z toho důvodu *existuje široká škála právních předpisů chránících spotřebitele jako osobu hodnou zvýšené ochrany*. Například v českém právním řádu je spotřebitel chráněn v soukromoprávní oblasti jako slabší smluvní strana, a to dle vyvratitelné právní domněnky podle § 433 odst. 2 OZ, dále na základě ustanovení o smlouvách uzavíraných se spotřebiteli (§ 1810 a násl. OZ), ustanovení o nekalé soutěži (§ 2976 a násl. OZ) atd. V právu veřejném je spotřebitel chráněn ustanoveními zákona o ochraně spotřebitele, ale také zákona o regulaci reklamy a řady dalších právních

⁴¹³ Tato kapitola vychází volně z ONDREJJOVÁ, D. Zvlášť zranitelní spotřebitelé jako osoby dotčené nekalými obchodními praktikami. *Rekodifikace a praxe*, 2016, č. 7-8, s. 11–18, a ONDREJJOVÁ, D. Ke kritériím vymezujícím zvláštní zranitelnost spotřebitele ve vztahu k nekalým obchodním praktikám. *Obchodní právo*, 2016, č. 10, s. 36–380.

⁴¹⁴ Srov. Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: *Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI))*. Zpravodajka: M. I. Pérez, s. 5.

Ke strategii Evropa 2020 viz Sdělení komise ze dne 3. března 2010, KOM(2010) 2020 v konečném znění [online] [cit. 1. 10. 2016].

⁴¹⁵ European Association for the Co-ordination of Consumer Representation in Standardisation: How to protect vulnerable consumers? Belgie, Brusel: the ANEC, 2011, s. 5.

předpisů (ať už přímo⁴¹⁶ či nepřímo⁴¹⁷). „*Soukromoprávní ochrana spotřebitele bývá zpravidla označována jako následná, zatímco veřejnoprávní ochrana spotřebitele bývá považována za primárně preventivní.*“⁴¹⁸

Ochrana zvláště zranitelného spotřebitele (tedy nikoliv pouze tzv. prostého či běžného spotřebitele) je v současné době jednou z priorit Komise EU⁴¹⁹.

Zranitelnost spotřebitele (angl. *consumer vulnerability*) znamená vystavení spotřebitele riziku újmy z důvodu vzájemného působení trhu, produktu, charakteristiky nabídky, osobních vlastností a okolností. Hlavní příčinou zranitelnosti spotřebitele je interakce uvedených jevů vedoucí k nepřiměřeným informacím, nedostatečnému přístupu k informacím a/nebo neefektivnímu využití informace spotřebitelem, či k zastrasování spotřebitele, aby neuplatnil svá práva. Z dílčího pohledu lze za příčiny vedoucí ke zranitelnosti spotřebitele považovat například nízký příjem, intelektuální, fyzické, smyslové postižení, vážné nebo chronické onemocnění, nepřístup k infrastruktuře, negramotnost, bezdomovectví, stáří, mládí.⁴²⁰

Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů v usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů zdůrazňuje, že „*příčinou zranitelnosti je u mnohých spotřebitelů nízká asertivita a nedostatečné pochopení získaných informací či dostupných možností nebo neznalost stávajících způsobů reklamace a kompenzace, a že tyto překážky rostou v případě podomního prodeje a přeshraničního obchodu, včetně přeshraničního elektronického obchodu.*“⁴²¹

⁴¹⁶ Dále například zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání.

⁴¹⁷ Například zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

⁴¹⁸ SELUCKÁ, M. In: ONDŘEJ, J. a kol. *Spotřebitelské smlouvy a ochrana spotřebitele*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 7.

⁴¹⁹ Srov. *Zpráva o provádění směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách (2013/2116(INI)) ze dne 20. prosince 2013*. [online] Evropský parlament. [cit. 14. 8. 2015] bod 14.

⁴²⁰ Consumers Affairs Victoria: *What do we mean by „vulnerable“ and „disadvantaged“ consumers?* [online]. Victoria, Melbourne: The Victorian Government, 2004, s. 3 a 21. [cit. 18. 10. 2016] Consumer Affairs Victoria je dozorovým orgánem na ochranu spotřebitele podřízeným Ministerstvu spravedlnosti a regulace (The Department of Justice and Regulation) vlády státu Victorie (srov. www.consumer.vic.gov.au).

⁴²¹ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: *Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI))*. Zpravodajka: M.I. Pérez, bod 10.

V rámci obecné kategorie „spotřebitelů“, kde je obecně presumována jejich zranitelnost, se rozlišuje zvláštní kategorie – **kategorie zvlášť zranitelných spotřebitelů** (tedy nikoliv pouze „zranitelných“ spotřebitelů, ale kvalifikovaně „zvlášť“ zranitelných), kterým by měla být ze strany soudů i dozorných orgánů věnována zvýšená ochrana a zvláštní přístup. Z důvodu rozlišení mezi běžně zranitelným (tedy každým) spotřebitelem a jiným spotřebitelem, kterého je nutno z důvodu jeho zvláštní zranitelnosti chránit, se vyvinula kategorie tzv. zvlášť zranitelného spotřebitele (tedy nikoliv pouze obecného spotřebitele, tedy průměrného spotřebitele, nebo pouze běžně „zranitelného“ spotřebitele).

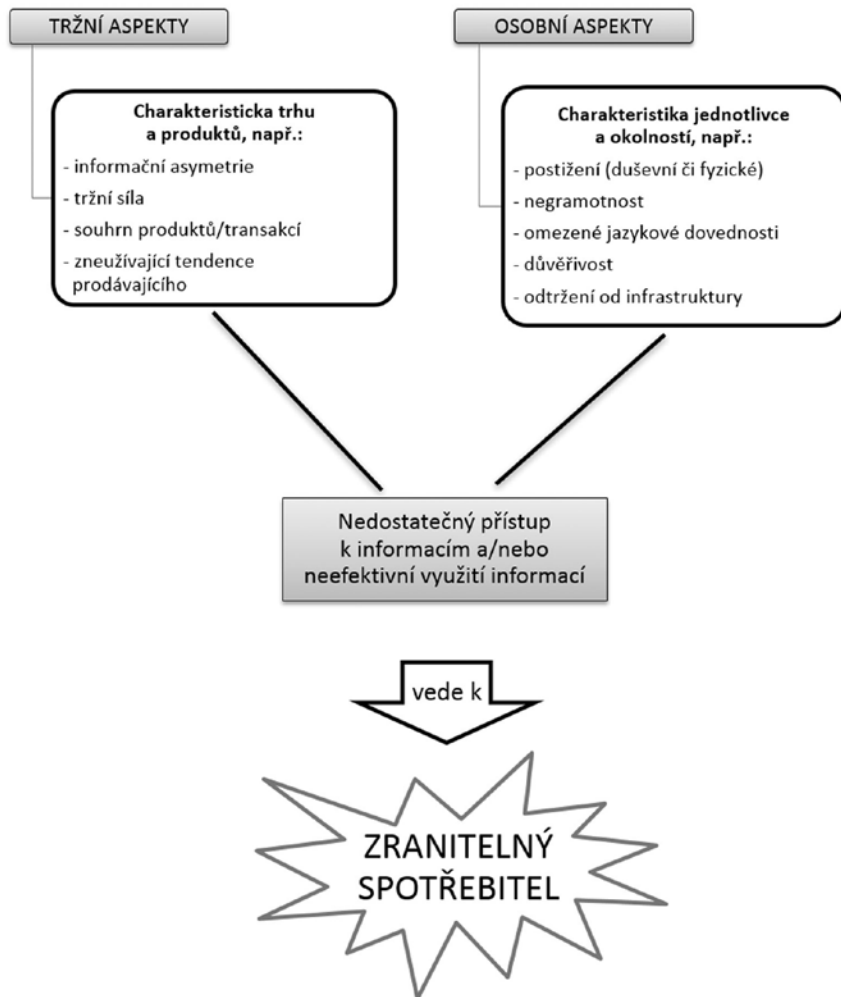
Dále blíže rozebírané kategorie zvlášť zranitelného spotřebitele i průměrného spotřebitele vychází ze shodného pojmu „**spotřebitel**“, kdy se tímto rozumí toliko osoba fyzická, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání [srov. § 419 OZ, § 2 odst. 1 písm. a) ZOS nebo článek 2 písm. a) směrnice 2005/29⁴²²]. Výjimku z uvedeného pravidla, že spotřebitelem je vždy výlučně fyzická osoba, představuje například směrnice Rady 90/314/EHS ze dne 13. června 1990 o souborných službách pro cesty, pobyty a zájezdy,⁴²³ podle které není pro její účely vyloučeno za spotřebitele považovat též právnickou osobu⁴²⁴ (zřejmě „zákazníka“ ve smyslu českého práva - § 2976 odst. 1 OZ).

⁴²² Podle textu směrnice 2005/29 se spotřebitelem rozumí „fyzická osoba, jež v obchodních praktikách spadajících do oblasti působnosti této směrnice jedná za účelem, který nelze považovat za provozování jejího obchodu, živnosti nebo řemesla anebo výkonu jejího svobodného povolání“.

⁴²³ Podle článku 2 odst. 4 uvedené směrnice platí, že „pro účely této směrnice se rozumí spotřebitelem osoba, která si koupí nebo se zaváže, že si koupí, soubor služeb (hlavní smluvní strana) nebo jakákoliv osoba, jejímž jménem se hlavní smluvní strana zavazuje ke koupi souboru služeb (ostatní příjemci) nebo jakákoliv osoba, na kterou hlavní smluvní strana nebo ostatní příjemci převedou soubor služeb (příjemce)“.

⁴²⁴ Srov. VILHELMOVÁ, L., RŮŽIČKA, R. *Model tzv. průměrného spotřebitele*. [online] epravo, a. s. [cit. 18. 10. 2016].

Tabulka: **Přehled důvodů vedoucích ke zranitelnosti spotřebitele**⁴²⁵



⁴²⁵ Tabulka vychází volně z Consumers Affairs Victoria: What do we mean by „vulnerable“ and „disadvantaged“ consumers? Victoria, Melbourne: The Victorian Government, 2004, s. 15.

IV.2 K modelu tzv. průměrného spotřebitele

IV.2.1 Hledisko průměrného spotřebitele jako měřítko pro konstatování nekalosti

O modelu tzv. průměrného spotřebitele (angl. *average consumer*), označovaného také jako **běžný**⁴²⁶ či **modelový spotřebitel**, již bylo napsáno mnohé.⁴²⁷ Tento model slouží k posouzení nekalosti konkrétního jednání (nekalosti v rámci nekalé soutěže a/nebo nekalých obchodních praktik). Vychází se z pojetí, že nekalost praktiky se posuzuje skrze abstraktního průměrného spotřebitele - pokud může být konkrétní obchodní praktikou například oklamán průměrný spotřebitel, lze považovat danou praktiku za klamavou.

Průměrný spotřebitel představuje kategorii, která má **normativní základ** v právu evropském (na pojem průměrného spotřebitele odkazují například články 6, 7 a 8 směrnice 2005/29) i právu českém (srov. § 4 odst. 2 ZOS), blíže je však dotvářena pro jednotlivé situace a oblasti rozhodovací praxi soudů či dozorových orgánů. Podle evropské [srov. článek 5 bod 2 písm. b) směrnice 2005/29] i české právní úpravy (§ 4 odst. 1 věta druhá ZOS) také platí, že je-li obchodní praktika zaměřena na určitou skupinu spotřebitelů, posuzuje se podle **průměrného člena této skupiny**.

⁴²⁶ Výraz „běžný“ má na rozdíl od výrazu „průměrný“ lépe vyjadřovat distancování posuzování spotřebitele skrze různé znalecké posudky či sociologické průzkumy, které odmítá konstantní rozhodovací praxe (srov. např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. července 1998, sp. zn. C-210/96 nebo rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne (datum nedohledáno), sp. zn. 3 Cmo 241/2006).

⁴²⁷ Srov. např. ONDREJOVÁ, D. Hledisko tzv. průměrného spotřebitele v nekalé soutěži. *Obchodněprávní revue*. 2009, č. 8, s. 222 a násl.; ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 50; ONDREJOVÁ, D. *Přehled judikatury ve věcech nekalé soutěže*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2011, s. 75 a násl.; HAJN, P. Ochrana spotřebitele proti klamavé reklamě (K rozhodovací praxi ESD). *Právní fórum*, 2004, č. 2, s. 24; GREGOR, F. *Jak posuzovat klamání spotřebitele - praktická příručka*. [online]. [cit. 18. 10. 2016]; VAVREČKA, J. Průměrného spotřebitele nespočítáš - nad definicí průměrného spotřebitele. *eLAW.cz* [online] publikováno 22. září 2010. [cit. 1. 10. 2016]; PATĚK, D. Nekalá soutěž po vstupu do EU. *Právní rádce*, 2005, č. 9, s. 26; MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech nekalé soutěže a obchodní firmy (2000-2010), II. díl*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 591.

Průměrný spotřebitel je **konstantně vymezován Soudním dvorem EU**⁴²⁸ **i českými soudy**⁴²⁹ jako spotřebitel uvědomělý.⁴³⁰ Vychází se z pojetí, že průměrný spotřebitel je „*běžně informovaný, průměrně pozorný a obezřetný*“⁴³¹, tedy nikoliv slabý, nezkušený a neznalý. Nejvyšší soud⁴³² odkazuje na pojetí průměrného spotřebitele podle Soudního dvora EU, resp. toto přejímá: „...*průměrným spotřebitelem je spotřebitel, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory (jak je vykládáno Soudním dvorem EU)*“. Podle Nejvyššího soudu⁴³³ je „... *míra pozornosti průměrného spotřebitele je dnes posuzována přísněji než dříve (již nejen povrchní či zběžná pozornost, ale rozumná míra pozornosti a opatrnosti)*...“ Vrchní soud v Praze⁴³⁴ relativně přísnou koncepcí průměrného spotřebitele, jak je vymezena Soudním dvorem EU a Nejvyšším soudem, přejal a dále rozvedl.⁴³⁵

Soudní dvůr EU (a na to navázaly rovněž soudy členských států Evropské Unie) se přiklonil k tzv. normativnímu modelu spotřebitelského chování.

⁴²⁸ Srov. např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 10. listopadu 1982, sp. zn. C-261/81, rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. července 1998, sp. zn. C-210/96, rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 2. února 1994, sp. zn. C-315/92, rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 6. července 1995 C-470/93 a řada dalších.

⁴²⁹ Kromě zmíněných rozhodnutí dále k vymezení průměrného spotřebitele srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 3. května 2006, sp. zn. 32 Odo 447/2006, rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 29. listopadu 2006, sp. zn. 32 Odo 1151/2005, rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 18. února 2009, sp. zn. 23 Cdo 2749/2008 apod., rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 29. dubna 2008, sp. zn. 5 As 69/2006, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 17. ledna 2014, sp. zn. 4 As 98/2013 apod.

⁴³⁰ Totéž platí pro slovenskou judikaturu – srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu Slovenské republiky ze dne 20. října 2011, sp. zn. 5 Obo 7/2011: „... *je třeba přiblížit k chování „normálního“ nebo „průměrného“ spotřebitele, tedy jde o konzumenta, který nemusí být obzvláště bystrý, ale má projevovat určitou spotřebitelskou soudnost a neměl by se nacházet v pásmu hlubokého podprůměří*“.

⁴³¹ Srov. např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. července 1998, sp. zn. C-210/96, věc „Gut Springenheide and Tusky“.

⁴³² Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. května 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006.

⁴³³ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 23. října 2008, sp. zn. 32 Cdo 4661/2007.

⁴³⁴ Srov. např. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 18. června 2007, sp. zn. 3 Cmo 33/2007. In MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech nekalé soutěže a obchodní firmy (2000-2010)*, II. díl. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 313.

⁴³⁵ Srov. např. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 27. února 2006, sp. zn. 3 Cmo 380/2005: „... *údaje televizní reklamy a plakátů z billboardů nejsou tou okolností, jež by možného zájemce o úvěr sama o sobě přesvědčila o výhodnosti případného uzavření úvěrové smlouvy se žalovanými*“; „... *je nepochybné, že průměrný zákazník již vzhledem k závažnosti věci si před uzavřením úvěrové smlouvy pečlivě ověří podmínky, za nichž může úvěr získat, a vezme přitom v úvahu nabídky vícero účastníků, jež se mu nabízejí*“. In MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech nekalé soutěže a obchodní firmy (2000-2010)*, II. díl. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 256.

Nezabývá se tedy otázkou, jak velké množství spotřebitelů je skutečně zkoumanou obchodní praktikou ovlivněno (oklamáno), ale zda by byl ovlivněn (oklamán) modelový (průměrný) spotřebitel. U tohoto spotřebitele předpokládá určitou ostražitost a kritický přístup k zejména k reklamním sdělením. Určení modelu průměrného spotřebitele je otázkou právní, nikoliv skutkovou. Její vymezení je tedy svěřeno soudům, nikoliv znalcům.⁴³⁶ Krajský soud v Praze dne 22. října 2015, sp. zn. 45 A 25/2013, judikoval, že „*koncept průměrného spotřebitele je objektivizovaným pojmem, který nemá přímý odraz v reálném světě (nelze jej ztotožnit s konkrétní osobou), nelze proto již z principu provést (a tedy ani žádat) přímý důkaz ovlivnění takového spotřebitele. Závěr o ovlivnění průměrného spotřebitele je tudíž odvozeným skutkovým závěrem zakládajícím se na důkazech o podobě sporné obchodní praxe a eventuálních podpůrných důkazech o tom, že konkrétní spotřebitelé takovou praktikou ovlivnění byli, s přihlídnutím k obecně známým poznatkům o sociálních, kulturních a jazykových charakteristikách charakterizujících spotřebitele v daném místě, čase a odvětví.*“

Naznačené pojetí velmi obezřetného průměrného spotřebitele je však **předmětem kritiky**. Například L. Dupal poukazuje na skutečnost, že „*národním soudům se ukládá povinnost předpokládat, že spotřebitel je informovaný, pozorný a obezřetný a tudíž mu může být přiznána nižší ochrana... To neodpovídá realitě většiny spotřebitelů a přeceňují se vlastnosti typického spotřebitele.*“⁴³⁷ Obdobně J. Bejček, který zdůrazňuje, že „*toto kritérium neodráží dostatečně přesně reálné chování spotřebitelů, kteří nejsou racionálními a standardizovaně se chovajícími bytostmi podle teoretických předpokladů.*“⁴³⁸ Odlišné pojetí zastává například kanadský Nejvyšší soud, který zamítl rozhodnutí nižšího soudu, jenž vycházel z obvyklého kanadského standardu průměrného spotřebitele podobného standardu v Evropské Unii, a zavedl nový, realitě více odpovídající koncept průměrného spotřebitele, který je „*osobou důvěřivou a nezkušenou a při prvním přímém*

⁴³⁶ Srov. např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. července 1998, sp. zn. C-210/96, shodně rozhodnutí Vrchního soudu v Praze (datum nedohledáno), sp. zn. 3 Cmo 241/2006.

⁴³⁷ DUPAL, L. Zranitelný spotřebitel – kdo to je, jak ho chránit? *Sdružení českých spotřebitelů, z.ú.* [online]. [cit. 1. 10. 2016], s. 4.

⁴³⁸ BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 150.

*kontakty s reklamou jako celkem nevěnuje příliš pozornosti tomu, co se jí nabízí*⁴³⁹ (rozhodnutí Nejvyššího soudu Kanady ze dne 28. února 2012, č. 33554⁴⁴⁰).

Navzdory sjednocujícímu výkladu pojetí průměrného spotřebitele Soudním dvorem EU existují **odlišnosti** v posuzování míry pozornosti a obezřetnosti průměrného spotřebitele **v jednotlivých členských státech Evropské Unie**. Sporné se jeví posouzení situace, kdy je v reklamě uveden dodatek formou malého písma či odkaz, který upřesňuje vyznění reklamy. Například ve Velké Británii dospěl *Office of Fair Trading* a následně také *The High Court of Justice*⁴⁴¹ k závěru, že „průměrný spotřebitel znamená adekvátně informovaného, pozorného a obezřetného jedince, spíše než neznalého, nedbalého či ukvapeně jednajícího spotřebitele. Nelze však předpokládat, že průměrný spotřebitel by věnoval pozornost drobně tištěnému textu v jakémkoliv reklamě.“. Naopak německý Spolkový soudní dvůr⁴⁴² konstatoval, že „průměrný spotřebitel by se na základě svých životních zkušeností zabýval i upozorněním pod každou fotografií, byť bylo psáno malým písmem“. Český Nejvyšší soud⁴⁴³ (shodně Vrchní soud v Praze⁴⁴⁴) nedovozuje klamání spotřebitele tehdy, pokud reklama obsahuje odkaz na bezplatnou telefonní linku či webové stránky podnikatele.⁴⁴⁵

Nejen úroveň pojetí průměrného spotřebitele, ale také obecný model průměrného spotřebitele byl v odborné literatuře kritizován,⁴⁴⁶ neboť nezohledňoval individuální chování konkrétních skupin osob, na které byla obchodní

⁴³⁹ DUPAL, L. Zranitelný spotřebitel – kdo to je, jak ho chránit? *Sdružení českých spotřebitelů, z.ú.* [online]. [cit. 1. 10. 2016], s. 4.

⁴⁴⁰ Věc „Richard proti Time Inc.“ [online] [cit. 1. 10. 2016].

⁴⁴¹ Rozhodnutí britského *The High Court of Justice* na základě žádosti *Office of Fair Trading* (nevládní nezisková organizace zabývající se ochranou spotřebitele a soutěžním právem) ze dne 2. 2. 2011, sp. zn. HC09C04850 [(2011) EWHC 106 (Ch)], věc „Purely Creative Ltd. and others“. Případ se dostal až k Soudnímu dvoru EU (rozhodnutí ze dne 18. října 2012, sp. zn. C-428/11), kde Soudní dvůr EU (shodně jako *Office of Fair Trading*) dospěl k nekalému charakteru žalované praktiky.

⁴⁴² Srov. rozhodnutí Spolkového soudního dvora sp. zn. I ZR 167/97.

⁴⁴³ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 18. února 2009, sp. zn. 23 Cdo 2749/2008.

⁴⁴⁴ Srov. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne ze dne 27. února 2006, sp. zn. 3 Cmo 380/2005.

⁴⁴⁵ Opačně však ke klamavému charakteru doplňujících informací, které nejsou dostatečně zřetelné ve vztahu k hlavnímu reklamnímu sdělení, uvedl Krajský soud v Praze v rozhodnutí ze dne 14. ledna 2016, sp. zn. 48 A 2/2013: „Pouhé připojení hypertextových odkazů bez odpovídajícího vysvětlení či doplnění (např. o tom, že výše slov se může u jednotlivých druhů zboží lišit) nelze považovat za dostatečné k tomu, aby v kontextu informací plynoucích z daného sdělení průměrně informovaný, rozumný a pozorný spotřebitel předpokládal, že výše slovy může být u různého zboží jiná“.

⁴⁴⁶ Srov. IPPOLITO, F., SAINCHEZ, S. I. *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*. Hart Publishing, 2015, s. 85.

praktika zaměřena. Z toho důvodu vznikla skupina tzv. zvlášť zranitelných spotřebitelů, kteří jsou v právu Evropské Unie (a členských států Evropské Unie) oprávněni ke zvýšené ochraně.

IV.2.2 Dílčí závěr

Zcela zásadním kritériem určujícím, zda je určitá praktika podnikatele nekalou soutěží či nekalou obchodní praktikou, je hledisko tzv. průměrného spotřebitele. Ačkoliv je toto kritérium normativně zakotveno (§ 4 odst. 2 ZOS a články 6, 7 a 8 směrnice 2005/29), je obsahově blíže rozvedeno rozhodovací praxí Soudního dvora EU i soudy jednotlivých členských států Evropské unie. Soudní dvůr EU nastavuje určitý vysoký standard modelu průměrného spotřebitele jako osoby znalé, zkušené, obezřetné nezohledňující individuální specifika konkrétních osob. Z tohoto pojetí průměrného spotřebitele musí vycházet také členské státy Evropské unie, nicméně jejich vymezení průměrného spotřebitele v konkrétních případech se může lišit v návaznosti na sociální, kulturní a jazykové faktory.

Pokud je určitá obchodní praktika podnikatele zaměřena pouze na určitou vymezenou skupinu spotřebitelů, posuzuje se tato praktika průměrným členem této skupiny [§ 4 odst. 1 věta druhá ZOS, článek 5 bod 2 písm. b) směrnice 2005/29].

IV.3 K modelu tzv. zvlášť zranitelného spotřebitele

IV.3.1 Obecně ke zvláštní zranitelnosti spotřebitele

Výraz „zranitelnost“ se stal jakýmsi „módním hitem v právním myšlení“. Pojem „zranitelnost“ (angl. „*vulnerability*“) pochází z latinského „*vulnerare*“, což znamená „zranit“. Zranitelnost (*vulnerability*) tak znamená pravděpodobnost, že dojde ke zranění, útoku, a vystihuje osobu ve slabém postavení. Tato slabost pokrývá rozmanité situace.⁴⁴⁷

Zvlášť zranitelným spotřebitelem (*vulnerable consumer*) je osoba, která je způsobilá relativně snadno a rychle utrpět újmu v průběhu spotřeby. Náchylnost

⁴⁴⁷ FRIANT-PERROT, M. In: VAN BOOM, W., GARDE, A., AKSELI, O. (eds.). *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems*. England, Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2014, s. 89.

k utrpění újmy může být způsobena zvláštnostmi konkrétního trhu, povahou transakce či vlastnostmi výrobku, ale také dalšími konkrétními okolnostmi, které mohou nepříznivě ovlivnit rozhodování spotřebitele, jeho nárok na uplatnění náhrady utrpěné újmy, případně kombinaci výše uvedeného.⁴⁴⁸

Směrnice 2005/29 ani zákon o ochraně spotřebitele neužívají pojem „**zranitelný**“ *spotřebitel*, ale toliko pojem „**zvlášť zranitelný**“ *spotřebitel*. To odpovídá výše naznačenému pojetí, že zranitelným může být *de facto* každý spotřebitel,⁴⁴⁹ ale ochrany hoden z pohledu úmyslu evropského zákonodárce je toliko spotřebitel „zvlášť zranitelný“. Z tohoto pojetí tak vyplývá jakési pravidlo „*de minimis*“ při poskytování ochrany spotřebiteli, který musí být zranitelný „zvlášť“ (tedy nad rámec běžné zranitelnosti kteréhokoliv spotřebitele obecně), aby na zvýšenou míru ochranu oproti běžnému spotřebiteli „dosáhl“. Zakotvení institutu zvlášť zranitelného spotřebitele představuje projev tzv. sociální politiky.⁴⁵⁰

Zavedení obecně použitelného vymezení (*definice*) zvlášť zranitelného spotřebitele se nepovažuje za žádoucí, neboť by se tím ztratila pružnost při zohledňování okolností konkrétního případu.⁴⁵¹ Proto je tento pojem nutno zkoumat buď podle zvláštních předpisů, nebo jeho obsah naplňovat případ od případu.

Například TNI Pokyn ISO/IEC 51 (763503) nazvaný „Bezpečnostní hlediska – Směrnice pro jejich začlenění do norem“⁴⁵² vymezuje zranitelného spotřebitele jako spotřebitele, který „*by mohl být vystaven většímu riziku škody*

⁴⁴⁸ Consumers Affairs Victoria. What do we mean by „vulnerable“ and „disadvantaged“ consumers? Victoria, Melbourne: The Victorian Government, 2004, s. 2.

⁴⁴⁹ To platí i pro spotřebitele, který je profesně advokátem, ale v konkrétním případě jedná jako osoba fyzická – podle českého i evropského pojetí je totiž spotřebitelem ten, kdo odpovídá statusovému vymezení v konkrétním právním vztahu, tedy kdo „*mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná*“ (srov. § 419 OZ).

⁴⁵⁰ MICKLITZ, H.-W. In: HOWELLS, G., MICKLITZ, H.-W., WILHELMSSON, T. *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*. England, Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2006, s. 111.

⁴⁵¹ Shodně viz Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M. I. Pérez. druhý odstavce části nazvané „vysvětlující prohlášení“.

⁴⁵² Viz *Technické publikace ČNI. Průvodce spotřebitele SČS. Bezpečnost výrobků a technické normy*. [online] Praha: Sdružení českých spotřebitelů, 2006. [cit. 16. 9. 2016].

způsobené výrobky nebo systému v důsledku svého věku, úrovně gramotnosti, fyzické nebo duševní kondice nebo omezení, nebo neschopnosti posoudit informace o bezpečnosti výrobku“.

Pokyn ISO 26000:2100 nazvaný „Pokyny pro oblast společenské odpovědnosti“⁴⁵³ považuje za zranitelnou skupinu spotřebitelů „skupinu osob se společnou charakteristikou nebo několika společnými charakteristikami, které mohou být základem diskriminace nebo nepříznivých sociálních, ekonomických, kulturních, politických nebo zdravotních okolností a způsobují, že se jim nedostává prostředků k zajištění jejich práv nebo jiných možností využívat rovných příležitostí“.

Také dozorový orgán na ochranu spotřebitele australského státu Victoria (srov. *Consumer Affairs Victoria*)⁴⁵⁴ uvádí důvody vymezující zranitelnost velmi extenzivně, a to jako duševní a fyzický stav, náležitost k určité rase či etniku, věk, pohlaví a sexuální orientaci, zdraví, vzdělání, pracovní status (zaměstnanost či nezaměstnanost), příjmovou kategorii, geografické umístění působení (zejména s ohledem na přístupnost k dostupnosti služeb a dopravy).

Model zvlášť zranitelného spotřebitele představuje zvláštní kategorii spotřebitele průměrného. Byl zaveden za účelem snížení rigidity pojetí průměrného spotřebitele.⁴⁵⁵

Se zavedením této nové kategorie spotřebitele se nabízí několik zásadních otázek: Jaký je vztah kategorie průměrného spotřebitele a zvlášť zranitelného spotřebitele? Jsou to dvě souřadné kategorie vedle, nebo je zvlášť zranitelný spotřebitel podkategorií obecného průměrného spotřebitele?

Máme za to, že určitá obchodní praktika se posuzuje buď pohledem průměrného spotřebitele, nebo pohledem zvlášť zranitelného spotřebitele. Obě kategorie by tak měly být souřadné (tomu odpovídá také zahraniční odborná literatura - „směrnice 2005/29 zavedla „vedle“ modelu průměrného spotřebitele novou kategorii zranitelného spotřebitele“⁴⁵⁶), byť na první pohled

⁴⁵³ *Pokyn ISO 26000:2100 „Pokyny pro oblast společenské odpovědnosti“*. [online] [cit. 16. 10. 2016].

⁴⁵⁴ K tomu srov. např. *Consumer Affairs Victoria: Discussion Paper: What do we mean by „vulnerable“ and „disadvantaged“ consumers?* Victoria, Melbourne: Consumer Affairs Victoria, 2004, s. 5.

⁴⁵⁵ INCARDONA, R., PONCIBO, C. The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution. *Journal of Consumer Policy*, 2007, č. 1, s. 29.

⁴⁵⁶ VAN BOOM, W., GARDE, A., AKSELI, O. (eds.). *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems*. England, Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2014, s. 91.

se může zdát, že zvlášť zranitelný spotřebitel bude představovat spíše „výšeč“ již existující kategorie průměrného spotřebitele.⁴⁵⁷

IV.3.2 K aplikačním podmínkám ochrany zvlášť zranitelného spotřebitele podle článku 5 směrnice 2005/29 (§ 4 zákona o ochraně spotřebitele)

Model zvlášť zranitelného spotřebitele (angl. *vulnerable consumer*) **zavedla směrnice 2005/29**. Ačkoliv směrnice 2005/29 nastavuje obecný model průměrného spotřebitele, v některých případech poskytuje alternativu, jejímž cílem je zabránit zneužívání zvlášť zranitelných spotřebitelů.⁴⁵⁸ Jak vyplývá z usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů⁴⁵⁹, směrnice se „*problémem zranitelnosti zabývá jen okrajově a omezuje se pouze na ekonomický zájem spotřebitelů*“.

Směrnice 2005/29 ve svém bodu 18 odůvodnění směrnice uvádí: „*Je vhodné chránit před nekalými obchodními praktikami všechny spotřebitele; nicméně Soudní dvůr při rozhodování ve věcech týkajících se reklamy od přijetí směrnice 84/450/EHS shledal nezbytným posuzovat vliv na pomyslného běžného spotřebitele. Tato směrnice, v souladu se zásadou proporcionality a pro zajištění účinné ochrany v ní obsažené, vychází z pojmu průměrného spotřebitele, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory, jak je vykládán Soudním dvorem; tato směrnice však obsahuje také ustanovení, jejichž účelem je předcházet zneužívání spotřebitelů, kteří jsou svým charakterem obzvláště zranitelní nekalými obchodními praktikami. Zaměřuje-li se určitá obchodní praktika na určitou skupinu spotřebitelů, jako jsou například děti, je žádoucí, aby se dopad takové obchodní praktiky hodnotil z pohledu průměrného člena dané skupiny. Proto je vhodné zařadit do seznamu praktik, jež jsou za všech okolností nekalé, ustanovení, které, aniž by ukládalo obecný zákaz reklamy zaměřené na děti, chrání děti před přímým naváděním k nákupu. Pojem*

⁴⁵⁷ O tom svědčí také následující přístup: „*Zranitelnost nevytváří nová práva, ale pouze mění legální standard, na jehož základě se posuzuje nekalost určité praktiky.*“ FRIANT-PERROT, M. In: VAN BOOM, W., GARDE, A., AKSELI, O. (eds.). *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems*. England, Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2014, s. 99.

⁴⁵⁸ DUIVENVOORDE, B. B. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, s. 21.

⁴⁵⁹ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M. I. Pérez, bod 7.

průměrného spotřebitele není statistickým pojmem. Pro stanovení typické reakce průměrného spotřebitele v daném případě budou muset vnitrostátní soudy a orgány vycházet z vlastního úsudku, s přiblížením k judikatuře Soudního dvora.“

K normativnímu zakotvení tzv. zvláště zranitelného spotřebitele došlo v článku 5 bodu 3 směrnice 2005/29 (obdobně § 4 odst. 2 ZOS, do kterého byl implementován článek 5 bod 3 směrnice 2005/29), kde je uvedeno: „*Obchodní praktiky, jež mohou podstatně narušit ekonomické chování pouze určité jednoznačně vymežitelné skupiny spotřebitelů, kteří jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvláště zranitelní takovou praktikou nebo produktem, který propaguje, způsobem, který může obchodník rozumně očekávat, se hodnotí z pohledu průměrného člena dané skupiny. Tím nejsou dotčeny běžné a oprávněné reklamní praktiky zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně.“*

Z uvedeného ustanovení vyplývá, že pokud je určitá praktika schopna podstatně zasáhnout (narušit ekonomické chování) pouze určitou skupinu spotřebitelů – tzv. skupinu zvláště zranitelných spotřebitelů z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti, je potřeba tuto praktiku posuzovat pohledem takové průměrného člena dané skupiny.

Z uvedeného ustanovení vyplývá ***několik aplikačních podmínek*** (tyto musí být splněny kumulativně), aby určitá obchodní praktika byla hodnocena z pohledu průměrného člena tzv. zvláště zranitelných spotřebitelů a tato byla z daného důvodu nekalá (jednotlivými kritérii vymežujícími důvody zvláštní zranitelnosti spotřebitele se bude zabývat další kapitola):

- a) musí se jednat o takové obchodní praktiky, jež mohou narušit ekonomické chování, a to podstatným způsobem, a
- b) tyto obchodní praktiky mohou narušit ekonomické chování pouze určité jednoznačně vymežitelné skupiny spotřebitelů, kteří jsou tzv. zvláště zranitelní z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvláště zranitelní takovou praktikou nebo produktem, který propaguje, a to
- c) způsobem, který může obchodník rozumně očekávat;
- d) tím nejsou dotčeny běžné a oprávněné reklamní praktiky zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně.

Ad a) *musí se jednat o takové obchodní praktiky, jež mohou narušit ekonomické chování, a to podstatným způsobem.*

Z uvedené podmínky vyplývá, že postačí, je-li obchodní praktika způsobila narušit ekonomické chování zvláště zranitelných spotřebitelů, není třeba, aby skutečnou újmu spotřebiteli fakticky způsobila.

Je nutné zdůraznit, že směrnice 2005/29 postihuje toliko ekonomické chování spotřebitele, nikoliv jiné spotřebitelské chování (například sociální či kulturní). Toto ekonomické chování spotřebitele musí být narušitelné podstatným způsobem, tedy výrazně, nikoliv pouze v zanedbatelné míře (lze v této souvislosti hovořit o období kartelového pravidla „*de minimis*“⁴⁶⁰ – nebude postižitelné jednání se zcela nepodstatným dopadem na takového spotřebitele, resp. jeho ekonomické chování).

Tato podmínka bude splněna bez ohledu na to, zda podnikatel obchodní praktiku na zvláště zranitelného spotřebitele záměrně cílil (tento spotřebitel byl adresátem takové obchodní praktiky), nebo jej tato praktika „pouze“ například náhodně zasáhla (měla na daného spotřebitele nežádoucí dopad); záměr podnikatele zacílit obchodní praktiku na zvláště zranitelného spotřebitele nebo pouhý faktický dopad konkrétní obchodní praktiky (tedy bez záměru podnikatele) není relevantní, když rozhodující je skutečné působení na takového spotřebitele.

Obchodní praktika by byla nekalá, pokud by byla schopna ovlivnit ekonomické chování zvláště zranitelného spotřebitele, ačkoliv by takovou praktikou nebyl například oklamán obecný (tedy průměrný) spotřebitel.

Ad b) *tyto obchodní praktiky mohou narušit ekonomické chování pouze určité jednoznačně vymežitelné skupiny spotřebitelů, kteří jsou tzv. zvláště zranitelní (k tomu bližší v další kapitole) z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvláště zranitelní takovou praktikou nebo produktem, který propaguje.*

K části podmínky spočívající v „jednoznačné“ vymežitelnosti skupiny spotřebitelů se žádné relevantní zdroje (a to ani zahraniční) blíže nevyjadřují. V právním slova smyslu je zpochybnitelná možnost kvalifikovat „jednoznačně“ vymežitelnou skupinu, neboť hranice každé ze skupin zvláště

⁴⁶⁰ Jak vyplývá z § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, a na to navazujícího *soft law* v podobě Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o dohodách *de minimis*.

důvěřivých spotřebitelů jsou zpravidla „mlhavé“ (například: Kdy začíná stárí? Kdy končí dětství? Kdo je již osobou fyzicky postiženou, aby z tohoto důvodu mohla být zvláště zranitelná – například pouze slepý spotřebitel nebo i spotřebitel s mnoha dioptriemi? Resp. kolik dioptrií je už pro kvalifikaci zvláštní zranitelnosti takového spotřebitele? apod.).

Problém může činit určení, zda je určitá obchodní praktika způsobila narušit ekonomické chování pouze určité jednoznačně vymezené skupiny zvláště zranitelných spotřebitelů nebo spotřebitele v širším měřítku (obecného průměrného spotřebitele) - příkladem budiž reklama na čokoládu, v níž vystupují animované postavičky – jedná se o reklamu zaměřenou na zvláště zranitelného spotřebitele (zde děti) nebo na jakéhokoliv spotřebitele (který má rád čokoládu)?; naopak u reklamy na hořkou čokoládu s vysokým obsahem kakaa lze spíše očekávat zaměření na průměrného spotřebitele, nikoliv na spotřebitele zvláště zranitelného (děti takovou čokoládu v oblibě zpravidla nemají); u reklamy na mobilní telefon je nutno zohlednit, zda se jedná o telefon pro seniory (poté je to praktika zaměřená na zvláště zranitelné spotřebitele – staré osoby), nebo o tzv. *smartphone* (například v cenové relaci kolem 25 tisíc Kč) – určení spotřebitele, na kterého je tato praktika zaměřena (navíc jako „jednoznačně“ vymezené skupiny), není rovněž zcela jasné (bude se jednat o osoby s vyšším společenským postavením, např. ředitele, manažery apod., tedy osoby, které na „to mají“ finančně i sociálně, nebo i o osoby nezaměstnané či s minimální mzdou – neboť právě tyto osoby na sebe rády upozornují drahými telefony, aby poukázaly na sociální status, který ve skutečnosti nemají?).

K jednotlivým kritériím vymezujícím zvláštní zranitelnost spotřebitelů blíže další kapitola.

Ad c) *K narušení ekonomického chování musí dojít způsobem, který může obchodník rozumně očekávat...*

Tato podmínka v sobě obsahuje požadavek na „předvídatelnost“. Kritérium týkající se zranitelného spotřebitele se použije, pokud praktika ovlivňuje ekonomické chování zranitelné skupiny spotřebitelů „*způsobem, který může podnikatel rozumně očekávat*“. Toto kritérium přidává při posuzování účinků obchodní praktiky na zranitelné spotřebitele a náležitě profesionální péče,

kteřou lze rozumně očekávat od obchodníka, prvek přiměřenosti. Jeho cílem je pokládat obchodníky za odpovědné pouze tehdy, lze-li očekávat nepříznivý dopad určité obchodní praktiky na kategorii zranitelných spotřebitelů. To znamená, že se při posuzování toho, zda bude mít praktika nepřiměřený dopad na určitou jednoznačně vymežitelnou skupinu, a při přijímání opatření k zmírnění tohoto dopadu, od obchodníků nevyžaduje více, než co je přiměřené. Někteří spotřebitelé mohou být kvůli své mimořádné naivitě nebo nevědomosti uvedeni v omyl nebo mohou jednat neracionálně v reakci i na tu nejpoctivější obchodní praktiku. Může například existovat několik málo spotřebitelů, kteří věří, že „boloňské špagety“ jsou skutečně vyrobeny v Bologni nebo „yorkshirský pudink“ v Yorkshiru. Obchodníci však nebudou považováni za odpovědné s ohledem na každý myslitelný výklad jejich obchodní praktiky ze strany určitých spotřebitelů nebo s ohledem na jednání určitých spotřebitelů v reakci na jejich obchodní praktiku. Cílem ustanovení je postihnout případy nepoctivých tržních praktik (např. vyložené podvody nebo lsti), kterým je vystavena většina spotřebitelů, jež však mají ve skutečnosti využít slabosti určitých zvláštních skupin spotřebitelů.⁴⁶¹

Ad d) *tím nejsou dotčeny běžné a oprávněné reklamní praktiky zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně*

Z uvedeného vyplývá, že také na kategorii zvláště zranitelných spotřebitelů se uplatní možnost využití tzv. běžného (obvyklého) reklamního přehánění. Dle konstantní rozhodovací praxe⁴⁶² platí, že se jedná o obvyklé reklamní přehánění, pokud průměrný spotřebitel (adresát reklamy či osoba reklamou dotčena) pozná, že se o přehánění jedná.

⁴⁶¹ Komise EU: Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách. [online] [cit. 16. 10. 2016].

⁴⁶² Srov. např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 2. února 2010, sp. zn. 6 As 16/2004: „Nadsázku či přehánění je možno obecně v rámci přesvědčovacích reklamních kampaní připustit; míra jejich přípustnosti však musí být vždy posuzována ve vztahu k adresátům, kteří mohou být takovou přesvědčovací kampaní zasaženi, k jejich věku, schopnostem nadsázku odhalit a k sekundárním důsledkům přesahujícím rámec jejich spotřebitelského chování, které může jejich vzor jak hlavní postava reklamního spotu, na němž je přesvědčovací kampaně založena, následně vyvolat.“ Podle Vrchního soudu v Praze ze dne 27. února 2006, sp. zn. 3 Cmo 380/2005 platí, že „reklama není totéž co obchodní nabídka a jejím účelem je vzbudit pozornost a zaujmout co největší počet adresátů. Proto je zpravidla pro ni užito stručné a na první pohled upoutávající jednoduché (zvláště pak v případech reklamy v televizi a billboardech, o kterou zde jde) reklamní sdělení, vyznačující se určitou mírou nadsázky či přehánění.“

Ve vztahu k uvedenému zde vyvstává otázka, zda je průměrný zvláště zranitelný spotřebitel schopen poznat, kde jsou hranice mezi nadsázkou, kterou lze očekávat od reklamy, a klamáním a zda bude soud vůbec schopen jednoznačně tuto hranici stanovit (tedy „vžít se“ do role zvláště zranitelného spotřebitele a vymezit tak jeho průměrnost; lze si představit, že soudce se vžije do role dítěte – jednak jím kdysi byl a jednak může mít vlastní dítě, které může použít jako jakýsi „vzorek oklamání schopnosti“; lze si však již stěží představit, že soudce se vžije do pozice ekonomicky slabého osamělého seniora či do osoby duševně či fyzicky handicapované). Podle Soudního dvora EU (věc C-221/00) ani zranitelný spotřebitel není „hlupák“ – předpokládá se, že spotřebitel nedovodí ze sloganu „jezte jablka“, že nebude muset navštěvovat lékaře⁴⁶³

Na druhou stranu je nutné možnost nadsázky připustit, neboť v takovém případě by se reklama, která může ovlivnit ekonomické chování zvláště zranitelného spotřebitele, stala pouze „kvazi příbalovým letákem“ či „návodem k použití“.

Na základě výše uvedeného lze dospět k následujícím dílčím poznatkům:

- pokud by určitá obchodní praktika byla schopna podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele (například tohoto oklamat) v rozporu s požadavky profesionální (odborné) péče,⁴⁶⁴ jedná se nekalou obchodní praktiku,
- pokud by určitá obchodní praktika nebyla schopna podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele (například tohoto oklamat) v rozporu s požadavky profesionální (odborné) péče, ale byla by schopna ovlivnit chování zvláště zranitelného spotřebitele, jedná se nekalou obchodní praktiku,
- pokud by určitá obchodní praktika nebyla schopna podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele (například tohoto oklamat) v rozporu s požadavky profesionální (odborné) péče, ale byla by schopna ovlivnit chování jednoho konkrétního spotřebitele, který

⁴⁶³ Soudní dvůr EU ze dne 23. ledna 2003, sp. zn. C-221/00, bod 64 uvedl: „Pokud bude taška s jablky označena informací „dobré pro vaše zdraví“, nelze předpokládat, že by dokonce i zvláště zranitelný spotřebitel dovodil, že je možné jen díky konzumaci jablek odložit svou návštěvu lékaře. Konkrétní dopady je snazší si představit, pokud se něco takového objeví na obalech doplňků stravy, které mohou být označeny jako potraviny. Nicméně i v takové situaci může být zdraví člověka ohroženo jen tehdy, pokud konzumace takových doplňků bude prováděna na úkor vyvážené stravy.“

⁴⁶⁴ Jak vyplývá z článku 5 bodu 1 a 2 směrnice 2005/29 a z § 4 odst. 1 ZOS.

není současně zvláště zranitelným spotřebitelem, nejedná se nekalou obchodní praktiku,

- spotřebitel je formální kategorií a není možné zkoumat skutečnou zranitelnost konkrétní osoby (byť by to byl třeba advokát), ale hledisko modelového zvláště zranitelného spotřebitele (srov. rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci C-110/14).

IV.3.3 Využitelnost kritéria zvláště zranitelného spotřebitele v právu proti nekalé soutěži a reklamním právu

Je zjevné, že záměrem evropského zákonodárce bylo redukovat praktiky zneužívající specifické charakteristiky určitých skupin osob, které jsou obchodními praktikami z důvodů jejich určitého oslabení zranitelnější než ostatní průměrní spotřebitelé a tyto osoby jsou tak hodny zvýšené ochrany ve srovnání s běžným spotřebitelem. Na posuzování obchodních praktik, které jsou schopny podstatně ovlivnit ekonomické chování zvláště zranitelného spotřebitele, je tak nutno *nahlížet přísnější „optikou“ než na obecného průměrného spotřebitele.*

V oblasti práva proti nekalé soutěži (§ 2972 a násl. OZ), které má v českém právním prostředí svoji tradici již od dob tzv. první republiky, se zcela běžně aplikuje hledisko průměrného spotřebitele. To se využívá (bez nějakých výraznějších odlišností) také v oblasti veřejnoprávní úpravy v režimu zákona o regulaci reklamy či zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání. Judikatura týkající se vymezení průměrného spotřebitele (jeho úrovně) je tedy použitelná zaměnitelně ve všech uvedených oblastech (samozřejmě se zohledňováním specifik konkrétních oblastí – e-shopy či televizní vysílání, nebo situací – nemoc, smrt blízké osoby, uvíznutí na letišti v důsledku zpoždění či zrušení letu apod.).

Otázkou, která však v této souvislosti vyvstává, je využitelnost koncepce zvláště zranitelného spotřebitele také pro oblast nekalé soutěže a reklamního práva, když toto kritérium je výslovně uvedeno pouze v režimu zákona o ochraně spotřebitele (v dosahu směrnice 2005/29). Máme za to, že hledisko zvláště zranitelného spotřebitele a jeho ochrana je využitelná také pro uvedenou oblast. Zvláště zranitelný spotřebitel je normativně (tedy v režimu zákona o ochraně spotřebitele a směrnice 2005/29) chráněn ve vztahu k jednání (obchodním praktikám) podnikatele (osobní působnost

nekalých obchodních praktik), úprava nekalé soutěže či reklamního práva se prakticky paralelně (úpravu dle směrnice 2005/29 a zákona o ochraně spotřebitele *de facto* duplikuje či upřesňuje) zaměřuje na totéž (chrání spotřebitele⁴⁶⁵) před nežádoucím jednáním podnikatele. ***Neshledáváme tedy relevantní důvod, proč by v oblasti nekalé soutěže či reklamního práva neměl být brán ohled na zvláštní kategorii průměrného spotřebitele – zvlášť zranitelného spotřebitele*** a obchodní praktiky poměřovat jeho zranitelností (ostatně – v právu nekalé soutěže či právu reklamním není, na rozdíl od zákona o ochraně spotřebitele a směrnice 2005/29, vůbec zmíněno ani běžně aplikované hledisko průměrného spotřebitele, které je dovozeno toliko judikaturou).

IV.3.4 Kritéria vymezující zvlášť zranitelného spotřebitele

IV.3.4.1 Obecně ke kritériím vymezujícím zvlášť zranitelného spotřebitele

Jak již bylo naznačeno výše, u každého spotřebitele se předpokládá jeho zranitelnost a z toho důvodu je zvýšeně chráněn příslušnými právními předpisy. Nicméně každý spotřebitel patřící do kategorie běžného spotřebitele se může během svého života ocitnout ve zvláštním zranitelném postavení. „Zranitelnost může vzniknout působením endogenních i exogenních vlivů. Endogenním vlivem rozumíme případy, kdy dočasné či trvalé příčiny zranitelnosti jsou vlastní přímo danému spotřebiteli nebo vyplývají z jeho fyzického nebo duševního stavu (děti, mládež, starší osoby, osoby se zdravotním postižením atd.), za exogenní vliv považujeme působení vnějších příčin, které vedou u určitého spotřebitele ke vzniku zranitelnosti: neznalost jazyka, nedostatečné vzdělání (ať již obecné nebo ve smyslu neznalosti určitého odvětví trhu) nebo také nutnost užívat nové technologie, s nimiž není spotřebitel obeznámen.“⁴⁶⁶

Do stavu zvláštní zranitelnosti se může spotřebitel dostat **ad hoc** (například akutní onemocnění spotřebitele), ale také může být v této zvláštní situaci **dlouhodoběji** (například dítě, stará osoba) či **trvale** (osoba trpící určitým vrozeným duševním či fyzickým postižením).

⁴⁶⁵ Právní úprava nekalé soutěže samozřejmě chrání také soutěžitele a jiné zákazníky než spotřebitele, z pohledu zkoumané oblasti je však relevantní ochrana spotřebitele právem proti nekalé soutěži.

⁴⁶⁶ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: *Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI))*. Zpravodajka: M. I. Pérez. [online] [cit. 18. 10. 2016], třetí odstavce části nazvané „vysvětlující prohlášení“.

Vhodnějším mechanismem než normativní zakotvení zvláště zranitelného spotřebitele by bylo **zaměření se na prevenci zneužití zranitelnosti ze strany podnikatelů**. K tomu by mohlo dojít jednak utlumením takových aktivit podnikatelů, kterými mohou narušit ekonomické chování zranitelného spotřebitele (což je možné zřejmě pouze prostřednictvím přísně nastavených sankcí, funkcí dozorových orgánů a vymáhacích mechanismů jako celku), jednak zajištěním dostatečné informovanosti spotřebitelů. To je však nelehký úkol u spotřebitelů obecně (v současné době řada spotřebitelů například ani netuší, že existuje právní úprava na jejich ochranu, natož kde je obsažena, tím spíše v jakém je znění), o to složitější je to u kategorie zvláště zranitelných spotřebitelů (jen výběrově děti, osob s určitým postižením či osob silně důvěřujícím autoritám, které jim doporučují určité zboží či služby - lékaři, učitelé apod.). Zvláště zranitelný spotřebitel je za tohoto považován právě proto, že se k informacím buď nedostane vůbec, nebo je tyto schopen pochopit pouze omezeně - například po omezenou schopnost se s určitou kvalitou informací vypořádat (duševní choroba, malé děti, senilní osoby) či pro vysoký stupeň důvěry vůči jakýmkoliv sdělením (to platí opět pro osoby příliš nízkého či zpravidla také příliš vysokého věku).

Důvody vzniku zranitelnosti (kvalifikační kritéria) mohou být v obecné rovině různorodá. „Široce používaný pojem zranitelní spotřebitelé vychází z pojmu zranitelnosti jako vnitřního stavu a označuje nesourodou skupinu, která je tvořena kategoriemi osob považovaných za zranitelné z důvodu duševního nebo fyzického postižení, mentální retardace, věku, důvěřivosti či pohlaví a vzhledem k tomu, že pojem zranitelní spotřebitelé by měl zahrnovat i spotřebitele v oslabeném postavení, to znamená spotřebitele, kteří jsou ve stavu dočasné bezmoci vyplývající z rozporu mezi jejich individuálním stavem a charakteristickými vlastnostmi na straně jedné a jejich vnějším prostředím na straně druhé s přihlédnutím k takovým kritériím, jako je vzdělání, sociální a finanční postavení (například nadměrné zadlužení), přístup k internetu atd.; vzhledem k tomu, že kterýkoli spotřebitel se v určitém okamžiku svého života může stát zranitelným v důsledku vnějších faktorů a interakcí s trhem, nebo protože má problémy s dostupností a s chápáním příslušných spotřebitelských informací, a proto by mu měla být poskytována zvláštní ochrana.“⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M.I. Pérez, s. 5.

V bodu 1 usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů se poukazuje na skutečnost, že „*příčiny zranitelnosti mohou být velmi rozmanité, a to jak v případě, že spotřebitel je pod zákonnou ochranou, tak v případě, že je zranitelný dočasně nebo v souvislosti s konkrétním odvětvím, což brání jednotnému přístupu i přijetí komplexního právního nástroje, takže se otázka zranitelnosti ve stávajících právních předpisech a politikách řeší na základě kazuistiky*“.⁴⁶⁸ Z usnesení Evropského parlamentu pro strategii práv zranitelných spotřebitelů vyplývá, že **důvody zranitelnosti spotřebitele mohou být rozmanité.**

Ze stejného pojetí vychází také odborná literatura. Například M. Friant-Perrot⁴⁶⁹ s odkazem na J. Hauser uvádí možnou zranitelnost spotřebitelů z následujících důvodů: zdraví, sociální důvody, osoby v neutěšeném ekonomickém či psychologickém postavení, uživatelé zdravotních služeb apod. Zranitelnost vyvolává u spotřebitelů různé situace, v nichž by měla být osobní autonomie obnovena z důvodu zachování důstojnosti takových osob.

Důvody zranitelnosti spotřebitele rozšiřuje oproti textu směrnice (viz níže) také Evropská asociace pro koordinaci zastoupení spotřebitelů v normalizaci (*European Association for the Co-ordination of Consumer Representation in Standardisation*), která uvádí, že „*pojem zranitelnost spotřebitele*“ *závisí na specifických vnějších okolnostech jako jsou ekonomické, finanční podmínky nebo sociální nevyhody*“.⁴⁷⁰

Naopak směrnice 2005/29 ve svém článku 5 odst. 3 (obdobně § 4 odst. 2 ZOS) uvádí podle našeho názoru **taxativní výčet důvodů zranitelnosti spotřebitele**, a to z důvodu „*duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti*“ (srov. znění „*...ekonomické chování pouze určité jednoznačně vymežitelné skupiny spotřebitelů, kteří jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvlášť zranitelní takovou praktikou nebo produktem...*). Je zjevné, že naplňování těchto pojmů v konkrétních případech bude zahrnovat rozmanité situace, z textu směrnice však vyplývá, že **není přípustné rozšiřovat výčet**

⁴⁶⁸ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M. I. Pérez, s. 5.

⁴⁶⁹ FRIANT-PERROT, M. In: VAN BOOM, W., GARDE, A., AKSELI, O. (eds.). *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems*. England, Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2014, s. 89.

⁴⁷⁰ *European Association for the Co-ordination of Consumer Representation in Standardisation: How to protect vulnerable consumers?* Belgie, Brusel: the ANEC, 2011, s. 5.

důvodů zranitelnosti spotřebitele nad rámec uvedených, tedy nad rámec důvodu v podobě duševní nebo fyzické slabosti, věku či důvěřivosti (např. také na zranitelnost z důvodu finanční tísně či nezaměstnanosti, je-li spotřebitel jinak patřící do kategorie běžného spotřebitele). Tento závěr může podpořit také skutečnost, že směrnice 2005/29 je pojata způsobem tzv. úplné harmonizace⁴⁷¹, není tedy možné její text rozšiřovat (vyjma výjimek stanovených v samotné směrnici – srov. např. článek 3 bod 5 a 9), byť by to vedlo v konkrétním případě ke zvýšené ochraně spotřebitele.

Opačně však stanoví **Komise EU ve svých Pokynech k provedení/uplatňování směrnice 2005/29** (dále rovněž „Pokyny Komise“), kde uvádí, že „*důvody zmíněné v článku 5 jsou jako základ pro zjištění zranitelnosti určité kategorie spotřebitelů uvedeny orientačně a zahrnují širokou škálu situací*“⁴⁷². Z Pokynů Komise EU vyplývá, že výčet důvodů zranitelnosti je toliko **demonstrativní** (tedy jak vyplývá také z odborné literatury, nikoliv však samotného textu směrnice). Na jednu stranu lze spekulovat o závaznosti názorů publikovaných v odborné literatuře, stejně jako o závaznosti samotných Pokynů Komise (tyto jsou svým charakterem tzv. *soft law*), na druhou stranu tyto Pokyny vydala Komise EU za účelem dosažení jednotného výkladu a sblížení praxe a jsou aplikovány Soudním dvorem EU i vnitrostátními soudy a dozorovými orgány.⁴⁷³ V rámci dosažení právní jistoty ve vztahu k podnikatelům i spotřebitelům by tak jejich výkladové tendence měly být Soudním dvorem EU respektovány. Na druhou stranu – Soudní dvůr EU není těmito Pokyny vázán (tím spíše, pokud by naznal, že jde „nad rámec textu směrnice 2005/29“).

Domníváme se, že směrnice 2005/29 uvádí taxativní výčet důvodů pro kvalifikaci zvláště zranitelného spotřebitele, tyto jsou však natolik obecné⁴⁷⁴ (slabost, věk, důvěřivost), že mohou zahrnout širokou škálu konkrétních osob i situací. Tato extenzivita vede k neurčitému ohrazení kategorie zvláště

⁴⁷¹ K tomu srov. např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 23. dubna 2009, sp. zn. C-261/07 a rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 23. dubna 2009, sp. zn. C-299/07, rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 14. ledna 2010, sp. zn. C-304/08.

⁴⁷² Komise EU. Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách. [online] [cit. 16. 10. 2016] s. 29.

⁴⁷³ MIŠŮR, P. Evropská komise předložila přezkum směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Obchodněprávní revue*. 2013, č. 5, s. 151.

⁴⁷⁴ Užívají neurčitých právních pojmů.

zranitelného spotřebitele jako osoby zvýšeně chráněné proti obchodním praktikám podnikatele, což je předmětem kritiky. Například R. Incardona a C. Poncibo⁴⁷⁵ považují kategorii zvlášť zranitelného spotřebitele za nadbytečnou a paternalistickou, která jen zvýrazňuje nejasnosti spojené s modelem průměrného spotřebitele.

IV.3.4.2 „Slabost“ jako kritérium pro kvalifikaci zvlášť zranitelného spotřebitele

Slabost jako kritérium pro kvalifikaci zvlášť zranitelného spotřebitele se podle výslovného znění zákona o ochraně spotřebitele (§ 4 odst. 2) i směrnice 2005/29 (článek 5 bod 3) dělí na **slabost duševní** nebo **fyzickou**. Vyloučena není samozřejmě jejich kumulace (například těhotenství či období tzv. šestinedělí).

Kritérium slabosti lze dělit na **slabost v užším slova smyslu** (přímé fyzické či duševní postižení kvalifikované po stránce zdravotní) a na **slabost v širším slova smyslu** (také jiné důvody, které mohou v konkrétním případě vyvolat duševní či fyzickou slabost *ad hoc* – například spotřebitel, jemuž zemřela blízká osoba, se sníženým intelektem apod.).

Zdravotně postižení občané tvoří více než 10 % populace Evropské unie.⁴⁷⁶ Nejedná se tak o zanedbatelnou skupinu osob, které mohou být považovány za zvlášť zranitelné z důvodu slabosti.

Co všechno by mohlo být zahrnuto pod výraz „slabost“, jehož naplnění může vést ke kvalifikaci určitého spotřebitele jako zvlášť zranitelného:

- **nemoc**

Nemoc může být jak duševní (schizofrenie, deprese, neurózy apod.), tak fyzická (onemocnění srdce, jater, plic apod.), proto může v konkrétním případě naplňovat obě možná vymezení slabosti.

Nemoc fyzická může zahrnovat projevy vnější (např. smyslové postižení, omezenou mobilitu a jiná zdravotní postižení), ale také toliko projevy vnitřní, které nemusí být „viditelné“ (onemocnění vnitřních orgánů, cév apod.); může se jednat jak o nemoc ohrožující život spotřebitele (např. zhoubné nádorové onemocnění), tak snižující určitý

⁴⁷⁵ INCARDONA, R., PONCIBO, C. The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution. *Journal of Consumer Policy*, 2007, č. 1, s. 29.

⁴⁷⁶ DUPAL, L. Zranitelný spotřebitel – kdo to je, jak ho chránit? *Sdružení českých spotřebitelů, z.ú.* [online]. [cit. 18. 10. 2016], s. 2.

životní komfort (zrak, sluch apod.) nebo dotýkající se jeho vzhledu (zejména u kožních postižení - akné, lupénka, ekzémy, padání vlasů, absentující končetina apod.).⁴⁷⁷

Do této kategorie lze podle italské rozhodovací praxe řadit také osoby trpící bolestí, ačkoliv bolest není obecně považována za nemoc.⁴⁷⁸

Spotřebitel trpící určitým druhem nemoci (at' už chronické či krátkodobé) je více náchylný k reklamě na různé preparáty, jež mohou jeho postižení vyléčit, potlačit nebo učinit méně zjevným; spotřebitel je pak schopen uvěřit i takovým tvrzením, kterým běžný, průměrný racionálně uvažující spotřebitel neuvěří (např. spotřebitel, kterému je diagnostikována život ohrožující nemoc, je schopen vyzkoušet různé léčitele,⁴⁷⁹ zázračné preparáty, magnetické náramky apod.; takový spotřebitel se stává zcela mimořádně náchylný na jakýkoliv příslib vyléčení).

Uvedené potvrzuje rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu (rozhodnutí ze dne 17. ledna 2014, sp. zn. 4 As 98/2013): „Průměrný spotřebitel, který je průměrně informovaný, pozorný a rozumný, který je obecně měřítkem při posuzování reklamy, není natolik kritický, že by byl ve svém chování vůči účinkům reklamy zcela imunní. Pokud jsou cílovou skupinou reklamy nemocné osoby, je třeba zohlednit nižší kritičnost a větší důvěrnost vůči reklamě slibující vyléčení nemoci u takových spotřebitelů... I tento argument hovoří pro to, aby byla předmětná reklama hodnocena relativně přísněji.“ Podle J. Hadaše lze

⁴⁷⁷ Člověk má tendenci zapadat mezi ostatní, pokud možno nevyčínat (ve smyslu fyziologickém).

⁴⁷⁸ Autoritá Garante della Concorrenza e del Mercato, ze dne 13. dubna 1995, č. 2954 (PI446), „Argilla radiante“. Publikováno v DUIVENVOORDE, B. B. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, s. 145.

⁴⁷⁹ Využitím nadpřirozených („magických“) sil v tíživé životní situaci se zabýval Vrchní zemský soud Stuttgart (rozhodnutí ze dne 13. ledna 2011, sp. zn. III ZR 87/10; publikováno in Právní rozhledy, 2012, č. 1, s. 37 a 38). Soud uzavřel, že „plnění je objektivně nemožné, a proto je vzhledem k přírodním zákonům nebo stavu vědeckotechnických poznatků nemůže být vůbec poskytnuto. Tak je tomu u příslibu nadpřirozených, „magických“ nebo parapsychologických sil a schopností. Jinak je tomu tehdy, když vzal věřitel na sebe podle smluvního rozdělení rizik výslovně nebo konkludentně nebezpečí za určitou překážku plnění a tato překážka plnění skutečně nastane. Podle toho se mohou smluvní strany v rámci smluvní svobody dohodnout, že se jedna strana za úplaty zaváže k tomu, že bude poskytovat plnění, jehož základ a účinky nejsou podle vědeckotechnických poznatků prokazatelné, nýbrž odpovídají pouze jejímu vnitřnímu přesvědčení, víře nebo racionálnímu, pro třetí osoby nepochopitelnému postoji. Bylo by v rozporu s obsahem a účelem smlouvy, jakož i s motivy a představami stran, popřít nárok na odměnu povinného k poskytování služby s odůvodněním, že povinný není schopen prokázat, že skutečně činí určité předpoklady s použitím magických nebo nadpřirozených sil nebo že může mít vliv na utváření vůle třetích osob.“

„v případě rozhodnutí Nejvyššího správního soudu lze hovořit o do jisté míry průlomovém rozhodnutí, kterým je dále rozvedena definice modelu průměrného spotřebitele, o aspekt zranitelnosti a snížené kritičnosti s ohledem na stav průměrného spotřebitele, konkrétně v případě snahy o uspokojení potřeb spojených se zlepšením zdravotního stavu“.⁴⁸⁰

Zvláštní zranitelnost nemocného spotřebitele potvrdil také Nejvyšší správní soud ve svém dalším rozhodnutí (rozhodnutí ze dne 9. července 2014, sp. zn. 1 As 82/2014): „Průměrný spotřebitel nemocný určitou chorobou je totiž nepochybně více náchylný uvěřit určitému tvrzení ohledně vyléčení jeho choroby než průměrný zcela zdravý spotřebitel.“ Z daného rozhodnutí vyplývá, že skupina osob nemocných určitou chorobou je obzvláště zranitelná jako cílová skupina reklamy na produkt slibující vyléčení, resp. odstranění příznaků této choroby.

Do této skupiny lze řadit rovněž takové osobní stavy, které nelze kvalifikovat jako nemoc, ale vedoucí k obdobně „zoufalým“ činům spotřebitelů (například preparáty na hubnutí).

Na ochranu této skupiny osob výslovně míří tzv. černá listina nekalých obchodních praktik – konkrétně bod 17 přílohy č. 1 směrnice 2005/29 [písmeno p) přílohy č. 1 k zákonu o ochraně spotřebitele], kdy je *per se* zakázáno, aby podnikatel „*nepravdivě prohlašoval, že výrobek nebo služba může vyléčit nemoc, zdravotní poruchu nebo postiženě*“; uvedený bod nebude naplněn (a nebude se tedy jednat o vždy zakázanou nekalou obchodní praktiku), pokud podnikatel prokáže, že daný výrobek může skutečně nemoc vyléčit (to se týká humánních léčivých výrobků, nikoliv doplňků stravy či potravin).⁴⁸¹

- **těhotenství, rané rodičovství**

K oslabení spotřebitele spadajícího do této kategorie dochází z důvodu častého fyzického i psychického diskomfortu (hormonální slabost, bolest zad, snížená mobilita apod.). Výbor pro vnitřní trh

⁴⁸⁰ HADAŠ, J. *Definice spotřebitele dle NOZ – některé aspekty průměrného spotřebitele dle současné judikatury*. [online]. [cit. 18. 10. 2016].

⁴⁸¹ K tomu blíže První zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování směrnice o nekalých obchodních praktikách 2005/29/ES. COM (2013). [online] [cit. 16. 10. 2016].

a ochranu spotřebitelů⁴⁸² považuje těhotné ženy (vedle dětí) za nejzranitelnější skupinu spotřebitelů.

Těhotné ženy budou zpravidla náchylné vůči různým doplňkům stravy se slibovanými pozitivními účinky na vývoj plodu či na různé produkty pro čerstvě narozené děti.

Čerství rodičové bývají zpravidla méně kritičtí k posouzení účelnosti různých produktů pro malé děti (zejména doplňků stravy, dětských výživ apod.), ale také pojišťovacích a spořicích služeb pro své děti; ženy navíc v tomto období bývají hormonálně nestabilní, jsou tak schopny jednat více emotivně, než v běžném stavu.

- **spotřebitel podléhající různým druhům závislosti**

Do této skupiny budou spadat gambleři, osoby závislé na alkoholu a jiných návykových látkách (drogy apod.).

Například osoba závislá na alkoholu bude náchylná k reklamám na alkohol, které zobrazující nalévání nápoje, naznačují skvělou chuť, neškodlivost jeho požívání, společenský úspěch apod.

- **spotřebitel se sníženým intelektem (nižší míra IQ) či s nízkou mírou vzdělání**

Do této kategorie mohou spadat osoby, které netrpí žádnou duševní nemocí, mají však sníženou úroveň inteligence. Tyto osoby patří mezi nejvíce ohrožené spotřebitele, protože „jejich slabost“ není na první pohled viditelná. Navíc – lze si jen stěží představit, jak bude takový spotřebitel „dokládat“ svoji zvláštní zranitelnost (například certifikátem o úrovni IQ?).

Lze sem řadit také osoby s nízkou mírou vzdělání (například nedokončené základní vzdělání).⁴⁸³

⁴⁸² Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M.I. Pérez, bod 25.

⁴⁸³ Srov. např. INCARDONA, R., PONCIBO, C. The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution. *Journal of Consumer Policy*. 2007, č. 1, s. 28, 29.

Tyto osoby mohou mít tzv. snížený přístup ke spravedlnosti (vymáhání práva) – neznají svá práva, vymáhání je nákladné, či jejich práva jsou prezentována v jazyce, který neovládají.⁴⁸⁴

Výsledky posledních průzkumů Eurobarometru⁴⁸⁵ ukazují, že „méně než 50 % spotřebitelů se cítí být informováno a chráněno; zranitelné skupiny mají především problémy pochopit to, jaké možnosti mají k dispozici, neznají svá práva, častěji se setkávají s problémy, a pokud problémy nastanou, nejsou schopni jednat“.

- **spotřebitel neznalý cizích jazyků**

Tuto kategorii zvlášť zranitelných spotřebitelů vymezil Soudní dvůr EU (rozhodnutí ze dne 16. května 1989, sp. zn. C - 382/87, bod 13 odůvodnění): „Je nezbytné poukázat na to, že existuje vyšší riziko špatně zvažené koupě v případě, kdy k lákání zákazníků dochází za účelem zápisu k dlouhodobé výuce či prodeje výukových materiálů. Potenciální zákazník často spadá do skupiny lidí, kteří z různých důvodů, zaostávají ve vzdělání a snaží se dohnat ostatní. Zejména z tohoto důvodu je tato skupina obzvláště zranitelná ve vztahu k prodeji výukového materiálu, který se je snaží přesvědčit o tom, že díky danému materiálu se zvýší jejich šance na získání zaměstnání.“

Je otázkou, zda lze tuto kategorii rozšířit také na další případy vzdělávacích nedostatků – například neznalost určitých programů (účetní), postupů (kuchař), aktuálního stavu vědy (lékař, lékárník) apod. Máme za to, že v konkrétním případě by ke kvalifikaci zvláštní zranitelnosti v kontextu uvedeného rozhodnutí Soudního dvora EU dojít mohlo, nicméně vždy bude zásadním posouzení konkrétních okolností nabízených služeb či zboží podnikatelem.

⁴⁸⁴ Zvlášť zranitelní spotřebitelé, kteří se domáhají náhrady způsobené škody, čelí často obtížím při využití stávajících mechanismů buď proto, že je neznají, nebo proto, že je neumí nebo nemohou použít (protože jsou příliš nákladné nebo fungují v jazyce, který spotřebitelé neovládají). Měly by proto být zavedeny bezplatné mechanismy alternativního řešení sporů, jež by mohly být uplatňovány z moci úřední v případech, které by se týkaly zranitelných spotřebitelů, a vztahovaly by se na přeshraniční transakce, a také by měly být zavedeny kolektivní žaloby, které umožňují obecnější řešení případů a zaručují vyšší míru zapojení dotčených osob. Viz Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M.I. Pérez, s. 10.

⁴⁸⁵ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M.I. Pérez, bod 23.

- **spotřebitel nakupující zboží v tzv. kamenné prodejně**

Soudní dvůr EU dovedil (rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. května 1989, sp. zn. C-382/87), že spotřebitel je zranitelnější tvář v tvář prodejci. To odpovídá rozhodovací praxi Městského soudu v Praze (rozhodnutí ze dne 21. srpna 2013, sp. zn. 9 A 9/2010 a rozhodnutí ze dne 12. února 2014, sp. zn. 9 A 175/2010)⁴⁸⁶, který vychází z přístupu, že spotřebitel nakupující zboží na e-shopech je obezřetnější než při nákupu v běžné prodejně. S tímto přístupem se lze ztotožnit. Ačkoliv při nákupu zboží v tzv. kamenné prodejně má spotřebitel možnost si zboží osobně prohlédnout, event. vyzkoušet, ovlivňuje jej výrazně také názor či hodnocení prodáváče (ten může být zcela individuální či vedený určitým záměrem prodat konkrétní zboží či nabídnout namísto toho zboží jiné, na němž může mít prodáváč zvláštní zájem k prodeji)⁴⁸⁷. Na e-shopech sice spotřebitel nemá možnost zboží osobně prohlédnout, je však seznámen s větším množstvím technických údajů, mnohdy se srovnáním podobného zboží jiných výrobců, a to včetně cen, event. s recenzemi uživatelů. Spotřebitel nakupující zboží na e-shopu je tak považován za více informovaného a také méně zranitelného spotřebitele.

- **spotřebitel neovládající internet/ nedostupnost internetu spotřebiteli**

Do daného bodu spadá jak neschopnost spotřebitele (duševně či fyzicky) internet ovládat, tak nedostupnost internetu z pohledu pokrytí příslušnou sítí.

Spotřebitelé jsou obecně považováni za zranitelnější vůči skrytým praktikám na internetu (šířeným zejména prostřednictvím sociálních sítí – tzv. řízená reklama⁴⁸⁸), tím spíše to platí pro spotřebitele zvláště zranitelné - takové osoby mohou jen těžko udělit informovaný souhlas či rozhodnutí před uzavřením smlouvy, neboť informace jsou často složité, nejasné, nedostupné či těžce dostupné.

⁴⁸⁶ Rozhodnutí dostupná in CODEXIS ACADEMIA (právní informační systém). ATLAS consulting.

⁴⁸⁷ Stávají se případy, kdy je prodáváč motivován nabídnout alternativní produkt z důvodu bonifikace za takový prodej od dodavatele (event. zaměstnavatele).

⁴⁸⁸ Tzv. přátelé na sociálních sítích doporučují určité produkty, ve skutečnosti jsou však placenými agenty různých obchodníků.

Například ve Francii nemá stále přístup k internetu čtvrtina populace.⁴⁸⁹ Podle Výboru pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů může digitalizace služeb znamenat, že spotřebitelé, kteří z různých důvodů nemají přístup k internetu nebo jej nemohou používat, se mohou ocitnout ve zranitelné pozici, jelikož nemohou plně využívat výhod elektronického obchodu, a jsou tudíž vyřazeni z podstatné části vnitřního trhu, jelikož za stejné produkty platí více nebo jsou závislí na pomoci ostatních⁴⁹⁰; takový přístup lze již považovat za absurdní – skutečnost, že určitý spotřebitel (skupina spotřebitelů) nedisponuje internetem (ať už z důvodu nepokrytí sítí nebo jeho neschopností tento ovládat, event. ještě ekonomickou slabostí a tedy neschopností hradit připojení na internet) by neměla v žádném případě vést ke kvalifikaci tohoto spotřebitele jako zvlášť zranitelného, neboť nemůže využívat slev, které například e-shopy poskytují. Opačný přístup by byl z našeho pohledu nepřijatelný, neboť by mohl vést ke kvalifikaci zvlášť zranitelné skupiny spotřebitelů také ve vztahu ke spotřebitelům bydlícím v odlehlých lokalitách od určitých obchodních center, která se rovněž, jak je obecně známo, vyznačují poskytováním výrazných slevových akcí na rozdíl od drobných podnikatelů v menších městech.

- **spotřebitel nacházející se v tísní nebo mající obavy**⁴⁹¹

Bude se jednat zejména o spotřebitele, který jedná pod nátlakem (podnikatele, třetí osoby či pod tlakem situace) – ať už z ekonomických důvodů (nezaměstnanost, zadluženost, enormně nízký příjem, samoživitel dítěte apod.) či sociálních (například péče o těžce nemocnou osobu blízkou apod.).

- **spotřebitel, kterému zemřela blízká osoba**

Podle rozhodovací praxe Nejvyššího soudu (rozhodnutí ze dne 30. května 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006) se jedná o běžného spotřebitele: „*V reklamě zboží či služeb běžné potřeby již téměř každý spotřebitel*

⁴⁸⁹ FRIANT-PERROT, M. In: VAN BOOM, W., GARDE, A., AKSELI, O. (eds.). *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems*. England, Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2014, s. 97.

⁴⁹⁰ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M. I. Pérez, bod 31.

⁴⁹¹ Německá koncepce. In: SCHULTE-NÖLKE, H., CHARLTON, S., VOS, W. *Vulnerable consumers in German Law. Compilation of Briefing Papers on Consumer Vulnerability*. 2012, s. 53.

očekává určité reklamní přehánění a nadsázku, jimž neuvěří; v případech vyhledávání pohřební služby bude úsudek současného „průměrného zákazníka“ podobný, přestože se spotřebitel nachází v poněkud citlivější situaci. Nároky spotřebitelů na pohřební služby se mohou v konkrétních případech lišit, např. někteří zákazníci se budou rozhodovat při své volbě pohřebních služeb pouze podle nízkých cenových hladin..., jiní zase na základě sdělení či doporučení od jiného pozůstalého (i v takovém případě by mohla být zvyhodněna žalobkyně, pokud své služby této doporučující osobě dříve poskytla), příp. podle jiných kritérií.“

S pojetím Nejvyššího soudu nelze souhlasit, když spotřebitel se v situaci úmrtí blízké osoby (a tedy při zařizování jejího pohřbu) nechová shodně jako například při nákupu například nového počítače (tam si naopak srovná nabídky, věnuje výběru dostatek času, kdežto u pořizování pohřbu dochází k potlačení racia v důsledku smutku, chce mít tuto nepříjemnou záležitost co nejdříve za sebou apod.). Lze tedy kvitovat odlišné pojetí takového spotřebitele Nejvyšším správním soudem (rozhodnutí ze dne 7. dubna 2015, sp. zn. 3 As 176/2014): „Při zařizování pohřbu jsou rozhodovací schopnosti snižované... Spotřebitel je obvykle v postavení, kdy nedisponuje všemi potřebnými informacemi, aby dokázal posoudit, zda jsou vyúčtované služby oprávněné či nikoli. Uvedené rozdělení převozu na dílčí úkony, zdánlivě samostatné, celou věc dále zatemňuje a pohřebním službám umožňuje účtovat i položky, jejichž povahu laický spotřebitel nedokáže identifikovat; to vše za situace, kdy jsou jeho rozhodovací schopnosti obvykle podstatně ztíženy.“

- **zahraniční spotřebitel (cizinec)**

Spotřebitel je zvláště zranitelným při nákupech uskutečňovaných mimo svoji zemi – zpravidla nezná právní prostředí či jazyk dané země natolik, aby byl schopen řádně hájit své zájmy a práva (ačkoliv lze zpochybňovat úroveň znalostí i tuzemského spotřebitele). Zahraniční spotřebitel (cizinec) se stává zvláště zranitelným ve vztahu ke všem podnikatelům, kteří mu prodávají určité zboží či služby;⁴⁹² nejčastěji vzniká tato zranitelnost ve vztahu k provozovatelům restaurací (diskriminační ceny pro cizince) či hotelů (účtování různých dalších položek) – a to zejména z důvodu nejčastějšího využívání těchto služeb cizinci.

⁴⁹² Ukázkou může být například situace, kdy se spotřebitel stal zvláště zranitelným v kavárně v Benátkách na Náměstí sv. Marka, kde mu byla k útratě načítována položka za „živou hudbu“ – na tuto položku nebyl spotřebitel upozorněn před uzavřením smlouvy, vzhledem k nedostatečným jazykovým schopnostem pro argumentaci však raději položku zaplatil, aby se nedostal do problémů v cizí zemi. Lze mít za to, že v tuzemsku by takovou položku neuhradil.

- **spotřebitel, který z důvodu mimořádných okolností uvízne na letišti**

Tuto kategorii zvlášť zranitelných spotřebitelů vymezil Soudní dvůr EU (rozhodnutí ze dne 31. ledna 2013, sp. zn. C - 12/11): „*poskytnutí péče je tedy podporou poskytovanou cestujícím v letecké dopravě, kteří jsou za takových okolností považováni za obzvláště zranitelné. Tato podpora je tudíž ještě nezbytnější, pokud cestující uvíznou na letišti z důvodu mimořádných okolností*“⁴⁹³. To platí tím spíše pro osoby trpící určitým druhem duševního nebo fyzického postižení. Shodně Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: „*spotřebitelé se stále často setkávají s obtížemi při cestování a ocitají se ve zranitelném postavení, zejména v případech, kdy je zrušen nebo opožděn jejich dopravní spoj, což může ohrozit zvláště spotřebitele s postižením*“.⁴⁹⁴ Výbor vyzval Komisi EU⁴⁹⁵ a členské státy EU, aby přijaly opatření potřebná k lepšímu poskytování informací a k usnadnění přístupu k reklamačnímu řízení týkajícímu se mimo jiné práv cestujících a transparentnosti sazeb a požádal Komisi EU, aby ve své plánované revizi právních předpisů Evropské Unie týkajících se práv cestujících zohlednila situaci zranitelných spotřebitelů, zejména osob s omezenou pohyblivostí a postižených, a upravila výše náhrad, jejich kritéria a mechanismy, aniž by se snížila stávající úroveň.

Další část této podkapitoly se zaměří na takové **oblasti**, kde hrozí nebezpečí vyšší míry zranitelnosti spotřebitele, který by jinak spadl do obecné kategorie průměrného spotřebitele. **Právě skutečnost, že se nachází ve specifických oblastech trhu, z něj může vytvářet zvlášť zranitelného spotřebitele.** Jedná se o následující oblasti:

- **spotřebitelé v oblasti finančních služeb**⁴⁹⁶

V oblasti finančních služeb se mohou složitě orientovat zejména starší osoby, ale složitost může být příčinou vzniku zranitelnosti i u jinak velmi obezřetných spotřebitelů (průměrných) – to potvrzuje

⁴⁹³ Bod 42 stanoviska generálního advokáta Y. Bota přednesené dne 22. března 2012(1), věc C 12/11, Denise McDonagh proti Ryanair Ltd.

⁴⁹⁴ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M.I. Pérez, bod 30.

⁴⁹⁵ Tamtéž.

⁴⁹⁶ Finančními službami se rozumí zejména oblast bankovníctví, pojišťovnictví včetně penzijního připojištění, kapitálového trhu, družstevních záložen, poskytování spotřebitelského úvěru.

také Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: „*složitost finančních trhů je příčinou toho, že se kterýkoli spotřebitel může stát zranitelným; konstatuje, že tato složitost může vést k nadměrnému zadlužení spotřebitelů; podobně, že podle nedávného průzkumu Komise v 70 % případů byly na internetových stránkách finančních institucí a společností základní chyby v reklamách a v základních požadovaných informacích o nabízených produktech, přičemž informace o ceně byly zavádějící; zdůrazňuje, že odvětví finančních služeb musí vynaložit větší úsilí a poskytovat jasné a jednoduché informace o povaze produktů či služeb, které poskytují, a vyzývá zúčastněné strany, aby vytvořily účinné programy zaměřené na finanční gramotnost*“.⁴⁹⁷

Reklama na finanční investiční produkty často dostatečně nevysvětluje podkladová rizika a nadhodnocuje možné zisky, které se mnohdy nerealizují, a tak spotřebitelé těchto finančních produktů ztrácejí relativně snadno a rychle svůj kapitál.⁴⁹⁸

V oblasti finančních služeb se vyskytují specifické praktiky podnikatelů, které nejsou běžnému spotřebiteli známé – jedná se například o tzv. *misselling* (pojistný produkt či konkrétní parametry uzavřené pojistné smlouvy neodpovídají požadavkům a potřebám spotřebitele),⁴⁹⁹ *churning*⁵⁰⁰ (nadměrné obchodování na účtu zákazníka obchodníkem s cennými papíry) nebo *boiler room*⁵⁰¹ (vytváření tlaku na spotřebitele prostřednictvím vyvolání dojmu naléhavé situace na trhu).

Zvláště zranitelným spotřebitelem nebude podle našeho názoru v dané oblasti spotřebitel, který je však například zaměstnán či sám podniká v oblasti finančních služeb (byť k tomuto bude přístupováno při jeho odběru služeb⁵⁰² jako ke spotřebiteli a bude požívat

⁴⁹⁷ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M.I. Pérez, bod 21.

⁴⁹⁸ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: *Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI))*. Zpravodajka: M.I. Pérez, bod 27.

⁴⁹⁹ Srov. např. Věstník ČNB, částka 16/2014 ze dne 24. 9. 2014.

⁵⁰⁰ K tomu bliže viz Stanovisko Komise pro cenné papíry č. STAN/1/2006 ze dne 8. února 2006.

⁵⁰¹ Srov. např. <http://www.investicniweb.cz>

⁵⁰² Například zaměstnanec pojišťovny si sjedná u stejné pojišťovny pojistnou smlouvu. Otázkou je, zda by nemohl být zvláště zranitelný ve vztahu k produktům jiné pojišťovny, kde by byly odlišné podmínky a tyto by daný spotřebitel ze své profese neznal. Domníváme se však, že by zvláště zranitelným spotřebitelem z tohoto důvodu nebyl, neboť již má určité povědomí o produktech a zná rizikové oblasti (alespoň obecně) pojistných smluv.

spotřebitelské ochrany podle českého i evropského práva, nebude jej však možné považovat za zvlášť zranitelného spotřebitele hodného zvláštní ochrany z důvodu složitosti finančních služeb).

- **spotřebitelé v oblasti energetiky**

V oblasti energetiky je pro spotřebitele zvýšené riziko pro pochopení účtovaných položek, možnosti změn poskytovatelů, orientaci v sazbách, apod.

Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů poukazuje na nedostatečnou transparentnost hlavních dodavatelských trhů, včetně odvětví energetiky a telekomunikací, který by mohla spotřebitelům obecně a zejména zranitelným spotřebitelům v některých případech způsobit další potíže při volbě nejvhodnějšího tarifu, jenž nejvíce odpovídá jejich potřebám, možnosti změnit poskytovatele a pochopení účtovaných položek.⁵⁰³

Velký problém činí v současné době různé klamavé praktiky podomních prodejců, kteří se vydávají za pracovníky stávajících dodavatelů energií (nebo pracovníky energetického úřadu), jež pouze upraví podmínky stávajících smluv, ve skutečnosti však se spotřebitelem uzavřenou novou smlouvu o dodávce energií s novým dodavatelem. Časté je rovněž nerespektování odstoupení spotřebitele od takto uzavřených smluv kvalifikované judikaturou jako agresivní obchodní praktika (srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 6. listopadu 2015, sp. zn. 7 As 141/2015).

K zamyšlení je také **otázka neznalosti práva jako výraz slabosti**. Ačkoliv je složité porozumět komplikovaným, provázaným a mnohdy i právníkům neurčitým právním institutům (to je patrné například v České republice po rekodifikaci soukromého práva), uplatňuje se obecně aplikovatelná zásada „neznalost zákona neomlouvá“. Přijetí teze, že spotřebitel obecně nezná svá práva, a proto je z toho důvodu osobou zvlášť zranitelnou (tedy nikoliv „průměrným spotřebitelem“), by mohlo vést k absurdnímu pojetí, kdy by každý spotřebitel-neprávník byl ve vztahu k podnikateli osobou zvlášť zranitelnou hodnou přístupu „spotřebitel-neznalý hlupák“.⁵⁰⁴

⁵⁰³ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: *Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI))*. Zpravodajka: M.I. Pérez, bod 32.

⁵⁰⁴ Obecně na spornost tendencí k excesivní ochraně spotřebitele poukazuje např. BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 37.

Ochrana spotřebitele by měla spočívat v regulaci povinností podnikatelů sdělovat spotřebitelům informace před uzavřením smlouvy v určitém množství a kvalitě (pravdivé, nezkreslené), v transparentnosti smluvních povinností a respektování zakázaných ujednání (srov. § 1814 OZ), zvýšené ochraně proti vázanosti spotřebitele tzv. překvapivými ustanoveními obchodních podmínek (srov. § 1753 OZ, to platí také pro mnohostránkové či málo čitelné texty obchodních podmínek), nikoliv v nutnosti podnikatele vysvětlovat spotřebiteli podstatu každého smluvního ustanovení či právního institutu vycházející z presumpce naprosto neinformovanosti spotřebitele.

Ke kvalifikaci spotřebitele jako zvláště zranitelného z důvodu (pro jeho účely dostatečné) neznalosti práva, a proto jako osoby trpící „slabostí“, by mělo být podle našeho názoru přistoupeno až tehdy, je-li tato osoba současně ve zvláště zranitelném postavení také z jiného důvodu (věku, důvěřivosti či jiné slabosti – například cizinec neovládající jazyk dané země).

IV.3.4.3 „Věk“ jako kritérium pro kvalifikaci zvláště zranitelného spotřebitele

a) Obecně ke kritériu věku

Jak vyplývá z článku 5 bodu 3 směrnice 2005/29 (§ 4 odst. 2 ZOS), jedním z důvodů pro kvalifikaci určité osoby jako zvláště zranitelné je kritérium věku.

Těmito zvláště zranitelnými spotřebiteli z důvodu věku budou **zpravidla tři kategorie**: děti, mladiství a staré osoby.

Věk je faktorem, který může výrazným způsobem ovlivnit schopnost posoudit podstatu⁵⁰⁵ i dosah určité obchodní praktiky. Například děti a mladiství se považují s ohledem na jejich nedostatečné zkušenosti být více náchylní k oklamání.⁵⁰⁶

Příliš nízký věk (**kategorie dítěte**) způsobuje nedostatek znalostí i zkušeností, nadhledu, schopnosti posoudit nadsázku a pravý smysl určitých obchodních sdělení. Je to poměrně logické, neboť dítě se ještě nemělo možnost ve svém životě s takovými praktikami setkat

⁵⁰⁵ Například praktiku v podobě tzv. *product placementu* (srov. § 53a zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání) bude velmi těžce kvalifikovat a z toho důvodu brát s určitým „odstupem“ dítě nebo velmi starý člověk (jinou otázkou je, zda skutečně průměrný spotřebitel ví, co to vůbec za praktiku je a jaké může mít účinky).

⁵⁰⁶ Srov. rozhodnutí německého Spolkového soudního dvora ze dne 22. září 2005, sp. zn. I ZR 83/03, In: GRUR, 2006, 161, 162 („*Zeitschrift mit Sonnenbrille*“).

a získat informace (nabýt zkušenosti) o úmyslu podnikatelů i obecně úrovni manipulace se spotřebitelem. Je pravděpodobné, že dítě bude zvlášť zranitelným spotřebitelem vůči naprosté většině obchodních praktik, které jej mohou zasáhnout (ať už je to reklama na čokoládu s fialovou krávou, nebo reklama na mimořádné schopnosti určité panenky). Je zjevné, kdy se stává dítě dítětem (od jeho narození), není však ostrá hranice, kdy dítě přestává tímto být, resp. kdy přestává požívat ochranu zvlášť zranitelného spotřebitele. Děje se tak vstupem do kategorie mladistvého (tedy do dvanácti, event. patnácti let) nebo je nutno zkoumat duševní stav každého individuálního jedince? Také v tomto případě by měla být kategorie dítěte vymezena spíše objektivně (tedy nikoliv zralostí konkrétního dítěte, je-li praktika zaměřena na děti obecně, nikoliv na dítě jako individuum) a věková hranice by měla být spíše orientační než striktně daná (jako například důsledné dodržování nabytí určitých práv od dosažení zletilosti). Podle italské rozhodovací praxe⁵⁰⁷ jsou děti (zejména děti ve věku pod čtrnáct let) zvlášť zranitelnými ve vztahu k obchodním sdělením vysílaným během televizních pořadů pro děti.

Dítě se postupně dostává do další kategorie zvlášť zranitelného spotřebitele, a to do **kategorie mladistvého** (někdy označované jako „mládež“, adolescenti⁵⁰⁸ či teenageři⁵⁰⁹). U kategorie mladistvého však nelze konstatovat, že je zvlášť zranitelnou osobou plošně, jako tomu bylo u dítěte (mladistvý již ví, že kráva v reklamě na čokoládu není fialová také ve skutečnosti), ale bude zpravidla zvlášť zranitelným spotřebitelem ve vztahu k praktikám, které jsou na něj cíleny a které mohou zvednout jeho sebevědomí či sociální status (mobilní telefony, značkové oblečení apod.). Jednání mladistvého se také vyznačuje zvýšenou mírou riskantního chování.⁵¹⁰ U mladistvého jsou je již zřetelný určitý stupeň (ten se však může výrazně lišit v konkrétním

⁵⁰⁷ Tar Lazio, Sez. I, ze dne 9. srpna 2010, č. 30428 („*E’Domenica papà*“). In Duivenvoorde, B. B. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, s. 142.

⁵⁰⁸ H.-W., MICKLITZ in HOWELLS, G., MICKLITZ, H.-W., WILHELMSSON, T. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire (England): Ashgate Publishing Limited, 2006, s. 113.

⁵⁰⁹ DUIVENVOORDE, B. B. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, s. 99.

⁵¹⁰ DUIVENVOORDE, B. B. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, s. 183.

případě) znalostí a zkušeností, event. nadhledu. Zcela zřetelné není věkové ohraničení této skupiny. Lze očekávat, že se bude jednat o věk mezi dvanácti (patnácti) a osmnácti lety věku, vyloučeno není však ani rozšíření na věk blízký věku mladistvých s neurčitým zakončením (21 let? 25 let?). Vytvoření konkrétní věkové hranice však není žádoucí a mělo by být posuzováno objektivním náhledem člena této skupiny spotřebitelů.

Vysoký věk (*kategorie starých osob*) by neměl avizovat automaticky zvláštní zranitelnost osoby. Jsou osoby, které jsou schopny ve vysokém věku (např. nad osmdesát let) vědecky tvořit, operovat, psát odborné publikace, být poplatnější lidstvu více než průměrná osoba v produktivním věku. Bude-li však určitá praktika zaměřena na starší osoby, je nutno tuto praktiku poměřovat nikoliv individuálním spotřebitelem, ale hlediskem průměrného adresáta takové praktiky, tedy kritériem pohledu zvláště zranitelného spotřebitele. Obecně (v průměru) lze však očekávat, že u této skupiny osob dochází k úbytku pozornosti, obezřetnosti, snížené funkčnosti smyslů (sluch, zrak), snížení příjmů (častá ekonomická nedostatečnost), výrazné důvěřivosti, oslabení sociálních kontaktů (osamělost), celkové snížené soběstačnosti apod. Věkové vymezení starých osob je (stejně jako u předchozích kategorií) složitě uskutečnitelné a není žádoucí. Maximální věková hranice je omezena v individuálním případě smrtí, minimální hranice je neurčitelná (konkrétní osoba může být stará ve věku padesáti let, jiná v devadesáti letech, vždy záleží na psychické i fyzické kondici člověka jako individua)⁵¹¹.

Zejména u malých dětí a starých osob⁵¹² bude vedle kritéria věku ***současně naplněno také kritérium důvěřivosti a/nebo slabosti***. Tato kritéria se tak budou často prolínat. O tom svědčí také text směrnice 89/552/EHS ve znění směrnice 2007/65/ES, konkrétně její článek 3e odst. 1 písm. g): „*Audiovizuální obchodní sdělení nesmějí tělesně nebo mravně obrozovat nezletilé osoby. Nesmějí proto přímo nabádat nezletilé osoby*

⁵¹¹ Stejnou otázku neurčitosti počátku „stárí“ si bez uspokojivé odpovědi pokládá také MICKLITZ, H.-W. In: HOWELLS, G., MICKLITZ, H.-W., WILHELMSSON, T. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire (England): Ashgate Publishing Limited, 2006, s. 113.

⁵¹² Mladiství v obecné rovině tak moc ovlivnitelní na základě důvěřivosti (jako děti či staré osoby) nejsou, lze si však představit konkrétní případy, jako například důvěřivost vůči učitelům, trenérům a jiným osobám (zpravidla autoritám).

ke koupi nebo pronájmu produktu nebo služby a využívat k tomu jejich nezkušenosti nebo důvěřivosti, přímo nabídat nezletilé osoby, aby přesvědčovaly své rodiče nebo třetí osoby ke koupi propagovaného zboží nebo služby, využívat zvláštní důvěru, kterou mají nezletilé osoby k rodičům, svým učitelům nebo jiným osobám, ani bezdůvodně zobrazovat nezletilé osoby v nebezpečných situacích.“

Děti i starší osoby jsou zvláště zranitelnou skupinou spotřebitelů výslovně podle směrnice 2001/98/ES o bezpečnosti výrobků.⁵¹³ Obě kategorie osob se považují za zvlášť zranitelné zejména ve vztahu k agresivnímu marketingu.⁵¹⁴

Výše uvedené tři kategorie zvlášť zranitelných spotřebitelů (děti, mladiství, staré osoby) jsou obecně prezentované.⁵¹⁵ Máme za to, že **určité obchodní praktiky se mohou zaměřovat na osoby určitého věku mimo kategorie dětí, mladistvých či starých osob a tyto osoby se z toho důvodu mohou stávat zvlášť zranitelnými**. Může se jednat například o osoby ve věku kolem padesáti let, což bývá častá klíčová skupina praktik propagujících prodej určitých léčiv či doplňků stravy (zvýšený výskyt určitých druhů nemocí), střední věk (konkrétní věkovou hranici stanoví jednotlivé banky) pro zvýšené sazby při dlouhodobém úvěru (pro zvýšené riziko návratnosti úvěru – např. při úvěru rozloženém např. na třicet let) apod. Také tyto osoby by mohly být v konkrétním případě považovány za zvlášť zranitelné z důvodu věku. Nutno rovněž upozornit na fakt, že skupina osob, jež jsou považovány za zvlášť zranitelné spotřebitele (zde z důvodu věku), tvoří žádnou výrazně menšinovou skupinu. Světová populace se zdvojnásobila od roku 1968, když k 31. říjnu 2011 překonala 7 miliard obyvatel.⁵¹⁶ *V současné době je jedna pětina populace ve věku šedesáti let nebo starší.*⁵¹⁷ V současné době na Zemi žije zhruba 7,4 miliardy lidí, z toho je 7,6 % starších 65 let a 26,3 % mladších 15 let (stav k 1. lednu 2016).⁵¹⁸ **Tato skupina zvlášť zranitelných spotřebitelů je tedy**

⁵¹³ Bod 8 prambule směrnice: „*The safety of products should be assessed taking into account all the relevant aspects, in particular the categories of consumers which can be particularly vulnerable to the risks posed by the products under consideration, in particular children and the elderly.*“

⁵¹⁴ Srov. např. str. 2 Vulnerable consumers. *Special report. 28 May 2012.*

⁵¹⁵ Srov. např. Pracovní dokument útvarů Komise: *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách*, s. 29 a násl.

⁵¹⁶ European Association for the Co-ordination of Consumer Representation in Standardisation: *How to protect vulnerable consumers?* Belgie, Brusel: the ANEC, 2011, s. 5.

⁵¹⁷ *Ibidem*, s. 6.

⁵¹⁸ Viz World population clock. [online] [cit. 16. 10. 2016].

co do počtu velmi výrazná a tvoří velmi zásadní procentuální poměr ve vztahu k průměrným spotřebitelům obecně – jen tato kategorie zvláště zranitelných spotřebitelů (z důvodu věku) tak tvoří přibližně 33,9 % populace.

b) Děti jako zvláště zranitelní spotřebitelé

Děti se považují za nejvíce zranitelné spotřebitele ze všech⁵¹⁹ (zejména s ohledem na jejich důvěřivost, absenci zkušeností a znalostí). Zařazení dítěte do kategorie zvláště zranitelného spotřebitele vyplývá výslovně z rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu (srov. rozhodnutí ze dne 30. června 2015, sp. zn. 30 A 63/2014).

K pojetí jejich zranitelnosti v obecné rovině blíže viz část IV. kapitola 3. 4. 3 písm. a).

Děti jsou chráněny některými *per se* zakázanými obchodními praktikami podle tzv. černé listiny nekalých obchodních praktik – konkrétně podle bodu 28 přílohy č. 1 směrnice 2005/29 [písmeno e) přílohy č. 2 k zákonu o ochraně spotřebitele]: praktika, kdy podnikatel „*prostřednictvím reklamy přímo nabádá děti, aby si nabízené výrobky nebo služby koupily nebo aby ke jejich koupi přesvědčily dospělou osobu*“. Je tomu tak zejména z důvodu snadného podlehnutí rodičům a podobných osob probám a naléhání dítěte. Mimo případy pokryté uvedeným ustanovením je dítě chráněno v obecné rovině jako zvláště zranitelný spotřebitel.

Děti mohou být zvláště zranitelnými spotřebiteli zejména u následujících praktik:

▫ *reklamy na videohry*

Navzdory skutečnosti, že významnou část cílové skupiny reklam na videohry představují dospělí, může obchodník rozumně očekávat, že tyto reklamy mohou mít dopad na zranitelnou kategorii spotřebitelů, jako jsou děti (to bude platit zejména u kreslených videoher). Kompatibilita videohry s určitým zařízením může být například dostatečně zřejmá dospělému spotřebiteli, avšak kvůli způsobu, jakým jsou informace poskytnuty, mohou být děti uvedeny v omyl.⁵²⁰

⁵¹⁹ European Association for the Co-ordination of Consumer Representation in Standardisation: *How to protect vulnerable consumers?* Belgie, Brusel: the ANEC, 2011, s. 11.

⁵²⁰ Srov. např. Pracovní dokument útvarů Komise: *Pokyny ke provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách.*

□ *reklamy na hračky*

Děti jsou zvlášť zranitelnou skupinou spotřebitelů ve vztahu k reklamě a jiným obchodním praktikám propagujícím nákup hraček (srov. směrnice 2009/48 ze dne 18. června 2009 o bezpečnosti hraček).

Při nákupu hraček však není zcela jasné, kdo je tím zvlášť zranitelným spotřebitelem – tedy zda děti (jak vyplývá z pojetí celé této zkoumané kategorie), nebo jejich rodiče (na tyto je vytvářen nátlak ze strany dětí). Jednoznačnou odpověď na tuto otázku nedává ani judikatura, když uvádí, že tímto spotřebitelem mohou být jak děti, tak jejich rodiče [srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 29. listopadu 2011, sp. zn. 23 Cdo 2500/2010]: „*Při posuzování, zda jednání žalované je v rozporu s dobrými mravy soutěže nebo by mohlo přivodit újmu jinému soutěžiteli, vycházely soudy z hlediska průměrného spotřebitele (spotřebitele nakupujícího hračky) (podtrhla aut.), který se orientuje podle značky, kvality a dalších vlastností zboží (jako např. cena), aniž by musely vzít v úvahu jako důkaz jakýkoliv spotřebitelský průzkum. Hledisko průměrného spotřebitele, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory (jak je vykládáno Evropským soudním dvorem (dnes Soudní dvůr EU – pozn. aut.), správně vzal v daném případě v úvahu soud prvního stupně i soud odvolací. Pro úplnost dovolací soud dodává, že zde jsou skupinou spotřebitelů děti žadonící po rodičích či jiných dospělých koupit hračku, takže požadavky na ně jsou mnohem mírnější (podtrhla aut.) (viz závěr bodu 18 preambule směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách).*“⁵²¹ Máme za to, že v naznačeném případě by oním zvlášť zranitelným spotřebitelem byl spíše dítětem ovlivněný rodič, než dítě samotné. Dítě by bylo zvlášť zranitelným spotřebitelem spíše u takových hraček, které si může samo zakoupit (například levné autíčko, bonbony s hračkou apod.).

□ *produkty tvarované či designované tak, aby upoutaly pozornost dětí*

Děti jsou zvlášť zranitelné vůči praktikám podnikatelů, kteří například vyrábí svíčky ve tvaru jahody, lahev s šamponem ve tvaru panenky a řada dalších výrobků, jež jsou tvarovány či zdobeny tak, aby upoutaly pozornost dětí.⁵²¹

⁵²¹ Srov. European Association for the Co-ordination of Consumer Representation in Standardisation: *How to protect vulnerable consumers?* Belgie, Brusel: the ANEC, 2011, s. 9.

□ *začleňování hraček do menu v rámci rychlého občerstvení*

Spornou praktikou se jeví začleňování hraček do menu v rámci rychlého občerstvení. Takovou praktiku provozuje například McDonald's, který v rámci produktu „Happy meal“ přidává do dětských menu populární hračky (např. Shrek či Barbie). Jedná se o praktiku, která dokáže vzbudit pozornost dětí, jež následně chtějí chodit do McDonald's a požadují dané menu od svých rodičů (a jiných osob) právě kvůli daným hračkám. Takový přístup je sporný zejména ve Spojených státech amerických, které bojují s dětskou obezitou. Právě ve Spojených státech amerických v Kalifornii byla na společnost McDonald's podána žaloba (2016).⁵²²

Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů v návrhu usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů zdůrazňuje, že u dětí a mládeže se stále více projevují negativní vlivy fyzické nečinnosti a obezity. Tyto osoby jsou vnímavější vůči reklamám na potraviny s vysokým obsahem tuku, soli a cukru. Výbor vyzval všechny zúčastněné subjekty, aby děti, mládež a osoby, které o ně pečují, účinně vzdělávaly a informovaly o významu vyváženého stravování a aktivního životního stylu a požádal Komisi EU, aby zahrnula ochranu dětí mezi hlavní priority agendy Spotřebitelé se zvláštním zaměřením na agresivní nebo klamavou televizní a internetovou reklamu.⁵²³

c) Mladiství jako zvlášť zranitelní spotřebitelé

Mladistvé osoby představují další kategorii zvlášť zranitelných spotřebitelů, na něž se často zaměřují nepoctiví podnikatelé. Příkladem je propagace produktů, které jsou obzvláště přitažlivé pro mladistvé osoby, způsobem, jenž využívá jejich nedostatečnou pozornost nebo uvážlivost plynoucí z jejich nezralosti. Mladiství budou například brát pravděpodobně více doslovně (na rozdíl od dospělé osoby) reklamu na služby mobilních telefonů, která sděluje, že přihlášením se k určitému věrnostnímu programu je možné snadno získat

⁵²² Srov. McDonald's čelí žalobě, Happy Meal prý využívá zranitelnost dětí. *Lidovky.cz* [online] MAFRA, a. s., ISSN 1213-1385 [cit. 16. 10. 2016]. Obdobná žaloba však byla na společnost McDonald's podána již v roce 2010 a následně v roce 2012 zamítnuta. Viz Let there be toys! Judge throws out lawsuit brought against McDonald's Happy Meals by concerned mom. *Dailymail.co.uk* [online]. Associated Newspapers Ltd [cit. 14. 8. 2015].

⁵²³ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: *Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI))*. Zpravodajka: M.I. Pérez, bod 24.

si přátele.⁵²⁴ Mladiství budou také více náchylní k nákupu oblečení určitých módních značek, stejně jako sportovního vybavení či počítačů (event. počítačových her).

Děti a mladiství se považují za spotřebitele zvláště ovlivnitelné agresivním marketingem a reklamou⁵²⁵ a zvláště zranitelné při používání komunikačních technologií, jako jsou chytré telefony a internetové hry.⁵²⁶ Klade se důraz na to, aby tito spotřebitelé byli zvýšeně chráněni před reklamou na potraviny s vysokým obsahem tuku, soli a cukru.⁵²⁷

K pojetí zranitelnosti mladistvých v obecné rovině blíže viz část IV. kapitola 3.4.3 písm. a).

Vhodné se jeví také zobecnění obou kategorií (děti a mladiství) do jedné kategorie „*nezletilých*“. Zde se však jeví nevhodným větší tendence k vytvoření věkové hranice 18 let jako maximální hranice zvláštní zranitelnosti těchto osob, na rozdíl od věkově méně určitých kategorií „děti“ a „mladiství“.

d) Staré osoby jako zvláště zranitelní spotřebitelé

Dalšími spotřebiteli, kteří mohou být zranitelnější určitými praktickými z důvodu svého věku, jsou staré osoby.

K pojetí zranitelnosti starých osob v obecné rovině blíže viz část IV. kapitola 3.4.3 písm. a).

Staré osoby mohou být zvláště zranitelnými spotřebiteli zejména u následujících praktik:⁵²⁸

□ *prodej pod tlakem (tzv. předváděcí akce)*

Předváděcí akce jsou organizované podnikateli za účelem prodeje jejich produktů během zájezdů, které jsou vzhledem ke své zábavné povaze, poskytování občerstvení zdarma a sociálnímu kontaktu s obdobnými osobami přitažlivé pro starší osoby (jež se navíc vyznačují vděčností a vysokým stupněm důvěřivosti).⁵²⁹

⁵²⁴ Srov. např. Pracovní dokument útvarů Komise: *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách*, s. 29 a násl.

⁵²⁵ Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: *Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI))*. Zpravodajka: M.I. Pérez, bod 28.

⁵²⁶ *Ibidem*, bod 29.

⁵²⁷ *Ibidem*, bod 24.

⁵²⁸ Viz Pracovní dokument útvarů Komise: *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách*.

⁵²⁹ Nizozemské a německé donucovací orgány označují tuto praktiku jako „autobusové zájezdy“. Viz Pracovní dokument útvarů Komise: *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách*, s. 29.

Městský soud v Praze ve svém rozhodnutí ze dne 15. dubna 2014, sp. zn. 11 A 32/2011, potvrdil pokutu ve výši 100.000 Kč za nekalou obchodní praktiku udělenou Českou obchodní inspekcí podnikateli, který slíbil spotřebiteli za návštěvu předváděcí akce dárky, které mu následně nepředal; soud konstatoval, že „*žalobcův úmysl zaujmout spotřebitele právě nabídkou zobrazených dáreků slíbených za návštěvu prezentační akce, je zcela zřejmý. Nejvýznamnějším poselstvím pozvánky je právě příslib uvítacího daru ve znázorněné podobě. S ohledem na obecné povědomí soudu o preferencích průměrného spotřebitele lze bez větších pochybností usoudit, že slib tří celých velkých šišek salámu a velké kerkovice je bez dalšího způsobilý ovlivnit rozhodování spotřebitel tak, že může učinit obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil*“. Podle Městského soudu v Praze „*spotřebitelé na prezentačních akcích jsou ve velké míře schopni uvěřit i zcela nereálným argumentům prodejců*“.

▫ *agresivní způsoby podomního prodeje*

Agresivní způsob podomního prodeje je výslovně uvedena jako *per se* zakázané jednání podle přílohy č. 2 písm. b) ZOS (bod 25 přílohy č. 1 směrnice 2005/29). Podle tohoto ustanovení se zakazuje praktika, kdy podnikatel „*osobně navštíví spotřebitele v jeho bydlišti, ačkoli ho spotřebitel vyzval, aby jeho bydliště opustil a nevracel se, s výjimkou vymáhání splatných smluvních závazků způsobem, který je v souladu s příslušnými právními předpisy*“.

▫ *prodej poplašných zařízení proti vloupání a obdobných produktů*

Starší osoby jsou zejména z důvodu časté osamělosti obecně považovány za náchylné vůči tvrzení o kriminalitě v určité oblasti a ze strachu o vlastní bezpečí jsou ochotni uvěřit uměle vytvořeným statistikám vloupání a jiné trestné činnosti a zakoupit si produkt, který má (často pouze domněle) jejich obydlí zabezpečit.

Nejvyšší správní soud (rozhodnutí ze dne 30. dubna 2015, sp. zn. 9 A 330/2011, obdobně rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 26. listopadu 2013, sp. zn. 59 A 12/2013) neoznačuje zkoumanou kategorii jako „staré osoby“, ale jako „**důchodce**“. Označení této kategorie v terminologii Nejvyššího správního soudu odstraňuje určité výkladové otazníky týkající se počátku „stáří“, když označení osoby pojmem „důchodce“ je spojen se dnem nástupu na starobní důchod (invalidní důchodce by však podle našeho názoru spadal do kategorie osob zvláště zranitelných

z důvodu duševní či fyzické slabosti). Nejvyšší správní soud konstatoval, že „*důchodci jsou zvlášť zranitelní, a to z důvodu své často nespokojivé ekonomické situace. Na posuzovaný případ je třeba aplikovat § 4 odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele. Nekalost obchodní praktiky spočívající v uvedení výše specifikovaného nepravdivého údaje je zde tedy nutné posuzovat z hlediska spotřebitelů důchodového věku, kteří jsou zvlášť zranitelní a z důvodu své často nespokojivé ekonomické situace se snadno nechají nalákat na sliby, že dostanou cokoli zdarma, v rámci losování tomboly apod.*“⁵³⁰ Uvedená specifika osob důchodového věku ovlivňující obchodní chování spotřebitele potvrzuje také P. Voráč⁵³¹: „*Nejstarší věková kategorie se vyznačuje určitými specifiky spotřebitelského jednání. Na jedné straně disponuje obecně většími životními zkušenostmi, ale na druhé straně postupně dochází k destrukci nehmotatelných forem kapitálu, které jsou významné pro spotřebitelské jednání a ovlivňují konečné spotřebitelské rozhodnutí. Významným mezníkem je odchod do důchodu, který nutně ovlivňuje spotřebitelské návyky jedinců a způsob trávení času včetně jeho struktury.*“

IV.3.4.4 „Důvěřivost“ jako kritérium pro kvalifikaci zvlášť zranitelného spotřebitele

Dalším kritériem pro kvalifikaci zvlášť zranitelného spotřebitele je důvěřivost.

Důvěřivost je typickým znakem doprovázejícím určitý věk (děti, mladiství, staré osoby), ale také osoby duševně či fyzicky slabé (zejména ve vztahu ke zdravotníkům).

Důvěřivost zahrnuje skupiny spotřebitelů, kteří mohou snáze uvěřit určitým tvrzením. Tento pojem je neutrální, takže cílem je chránit členy **určité skupiny, kteří jsou z jakéhokoli důvodu přístupní vlivu určitých tvrzení**. Příkladem mohou být členové skupiny, kteří kvůli zvláštním okolnostem mohou určitým tvrzením uvěřit snáze než ostatní spotřebitelé – například

⁵³⁰ Soud dále konstatoval: „*Uvedení nepravdivé informace na pozváních: „TOMBOLA Losujeme každý den – přímo na akci!!!“ je jednáním, které je v rozporu s požadavky odborné péče ve smyslu § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele. Příslib losování tomboly, při kterém mohou účastníci akce získat určité výrobky zdarma, je jistě důvodem, pro který se řada spotřebitelů (především důchodového věku) rozhodne akce zúčastnit. Kdyby takoví spotřebitelé tušili, že se žádné losování tomboly konat nebude a místo něj si budou moci pouze zakoupit předražené výrobky v ceně od 15.000 Kč, jistě by si řada z nich účast na akci rozmyslela.*“

⁵³¹ VORÁČ, P. In: ONDREJ, J. a kol. *Spotřebitelské smlouvy a ochrana spotřebitele*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 62.

nepoctivý obchodník může na svých internetových stránkách, které jsou dostupné široké veřejnosti, prodávat výherní číslo v loterii, ačkoliv ví, že jeho stránky přilákají pouze důvěřivé spotřebitele, jež budou svedeni k podvodu.⁵³²

Na ochranu této skupiny osob výslovně mluví tzv. černá listina nekalých obchodních praktik – konkrétně bod 16 přílohy č. 1 směrnice 2005/29 [písmeno p) přílohy č. 1 k zákonu o ochraně spotřebitele], kdy je *per se* zakázáno, aby podnikatel „*prohlašoval, že jim nabízené nebo prodávané výrobky nebo služby usnadní výběr ve brách založených na náhodě*“.

Kategorii důvěřivých spotřebitelů je nutno **generalizovat** (byť to v praxi nebude snadné) – nebude možné případ od případu zkoumat, zda konkrétní spotřebitel je důvěřivý, ale zda se nachází v takové životní situaci, kterou lze považovat za vedoucí k jeho zvýšené důvěřivosti hodné zvláštní ochrany. Například studenta vysoké školy nelze možné obecně považovat za osobu zvlášť zranitelnou, nicméně touto se může stát například ve vztahu k učitel, který mu doporučuje určitou učební pomůcku, bez níž nemůže složit zkoušku (přitom toto tvrzení nebude založeno na pravdě) nebo obecně určitý produkt určité značky, který by měl vždy užívat ve své praxi, ačkoliv existuje řada stejně kvalitních značek (například lékař, stavební inženýr apod.).⁵³³

Důvěřivost je nutno posuzovat a zvláštní kategorii zvlášť zranitelných spotřebitelů z tohoto důvodu **vymezovat náhledem objektivní**, tedy tak, aby bylo možné obecně konstatovat vyšší míru důvěřivosti u určité blíže zaměřené skupiny osob.⁵³⁴

S ohledem na neurčitost a možný široký dosah tohoto kritéria se nabízí potenciálita zahrnutí různých situací a důvodů, které mohou vést ke kvalifikaci určitých

⁵³² Komise EU. *Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách*, s. 29.

⁵³³ B. B. Duivenvoorde poukazuje na rozpory v amerických a britských studiích, podle nichž podle americké studie jsou ženy častějšími oběťmi nekalých obchodních praktik pro jejich důvěřivost, podle britské studie není rozdíl v oklamáníhodnosti podle pohlaví. DUIVENVOORDE, B. B. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, s. 189 a 190.

⁵³⁴ Například B. Vítová uvádí, že „*důvěřivost je možné postihnout pouze za předpokladu, že se jedná o jakousi patologickou důvěřivost. Pokud bychom tento pojem interpretovali příliš široce, pak bychom museli za nekalé obchodní praktiky postihnout poměrně velké množství obchodních nabídek*.“ Viz VÍTOVÁ, B. *Zákon o ochraně spotřebitele*. Komentář. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2016, s. 47.

spotřebitelů jako zvlášť zranitelných pro důvěřivost. Jak již bylo uvedeno výše, na rozdíl od textu směrnice 2005/29 a zákona o ochraně spotřebitele, kde jsou důvody pro konstatování zvláštní zranitelnosti spotřebitelů uvedeny taxativně, se odborná literatura i výkladové akty Komise EU přiklánějí k demonstrativnímu charakteru výčtu (srov. část IV. kapitola 3.4.1). Máme za to, že k těmto závěrům může vést právě pojetí velmi neurčitěho kritéria důvěřivosti, do něhož může být zahrnuta řada modelových stavů, situací a důvodů, proč jsou určité osoby v těchto se nacházejících ve zvlášť zranitelném postavení, na rozdíl od ostatních spotřebitelů, na které působí shodné praktiky.

Pokusíme se vymezit **možné situace, u nichž lze konstatovat natolik zvýšenou důvěřivost osob v těchto se nacházejících**, že lze shledat zájem společnosti na jejich zvláštní ochraně. Velmi často bude docházet ke kombinaci s již uvedenými kritérii zranitelnosti (věk, slabost) – například spotřebitel ve věku osmdesáti let s vadou zraku (vyšší počet dioptrií) ve vztahu k lékaři, finančnímu poradci či pojišťovacímu makléři. Níže uvedené situace mohou velmi splývat s kategorií „slabosti“ (například osoba sociálně slabá se vyznačuje jak slabostí, tak důvěřivostí vůči osobě, která se jí snažit z tíživé situace „vyvést“). Hranice mezi důvěřivostí a slabostí je velmi nevýrazná a lze argumentovat v konkrétním případě oběma kategoriemi.

Za obecně zvýšeně důvěřivé lze považovat následující osoby, přičemž tyto se stávají důvěřivými zpravidla vůči jiné konkrétní osobě, nikoliv samy o sobě (například níže uvedený majitel zvířete může být velmi bystrou, zkušenou, vysokoškolsky vzdělanou osobou, která však v okamžiku vážné nemoci svého zvířete se stává zvlášť důvěřivou vůči veterináři, jenž nabízí jako východisko z tíživé situace určitý preparát).

- **nemocný spotřebitel**

O specifiích této skupiny již bylo popsáno u kritéria „slabosti“, kterou tento spotřebitel zpravidla kumulativně naplňuje spolu s kritériem „důvěřivosti“.

Nemocný spotřebitel může být zvýšeně důvěřivým ve vztahu určitým osobám, tedy zpravidla k lékařům, lékárníkům a jiným obdobným odborníkům.

Nemocný spotřebitel má také zvýšenou důvěřivost vůči reklamě na doplňky stravy či léčiva (srov. rozhodnutí Nejvyššího správního

soudu ze dne 17. ledna 2014, sp. zn. 4 As 98/2013: „...*průměrný spotřebitel má povědomost o vědeckém pokroku v oblasti léčivých přípravků, v jehož důsledku se na trhu objevují stále nové prostředky umožňující léčit i nemoci, proti nimž starší léčiva nebyla účinná...*“).

- **spotřebitel - rodič**

Nelze paušálně konstatovat, že rodiče jsou zvláště zranitelnými spotřebiteli (tito mohou být v obecné rovině velmi obezřetnými spotřebiteli). Zvláště zranitelnými spotřebiteli se rodiče mohou stát jednak v určitém období života dítěte (zpravidla krátce po jeho narození – obecně strach o jeho život, zdraví, komfort, který je zvýšen většinou u matek, které jsou v daném období hormonálně nestabilní), nebo v určitých situacích (např. nemoc dítěte, proces vzdělávání), a to ve vztahu k určitým osobám – k lékaři, lékárníkovi, prodáváči určitého zboží, učiteli, trenérovi a dalším.

- **spotřebitel - majitel zvířete**

V současné éře (trendu chování „domácích mazlíčků“) lze kategorii rodiče přirovnat v některých případech ke kategorii majitele zvířete (to platí zejména u starších či bezdětných osob). Jak již bylo uvedeno výše, ačkoliv nelze obecně konstatovat, že majitel zvířete je zvláště zranitelným spotřebitelem, tímto se stává ve vztahu k veterináři či prodejci určitých produktů pro zvířata.

- **spotřebitel jako osoba sociálně slabá**

Osoba sociálně slabá se může stát zvláště zranitelným spotřebitelem vůči finančnímu poradci, věřiteli či podnikateli obecně (nemají prostředky na důvodnou obranu či vymáhání práv, věřitel si tak zpravidla může dovolit „více“).

U těchto osob je patrná kumulativní kvalifikace s kritériem slabosti.

- **nezaměstnaný spotřebitel**

Osoba nezaměstnaná se může stát zvláště zranitelným spotřebitelem vůči finančnímu poradci, různým agenturám zprostředkovávajícím zaměstnání, ale také potenciálním zaměstnavatelům (jsou schopni uvěřit nabídce zaměstnavatele snadněji než osoba zaměstnaná, která se „poohlíží“ po lepší budoucí práci).

Zde je rovněž patrné výrazné prolínání slabosti i důvěřivosti

- **spotřebitel, jemuž se porouchá určité zařízení**

Lze uvažovat také o kvalifikaci zvlášť zranitelných spotřebitelů jako těch, jimž se pokazí určité zařízení, které znesnadní (znepříjemní) tomuto spotřebiteli běžné fungování (například plynový kotel, automobil, mobilní telefon, zámek na dveřích, okno apod.); tyto osoby jsou jak v postavení naplňujícím kritérium „slabosti“, tak „důvěřivosti“ – zde vůči doporučením odborníků (co je potřeba s danou porouchanou věcí učinit a jakou součástku pořídit).

Takové osoby se stávají zvlášť zranitelnými ve vztahu k opravářům poškozených (vadných) zařízení či podnikatelům, od nichž si takové produkty pořídl (v rámci záruky za jakost i mimo ni).

Zvláštní zranitelnost je umocněna také obdobím, ve kterém ke vzniku poruchy dojde (například porucha plynové kotle v období mrazů, osobního automobilu v neděli večer či těsně před dovolenou apod.).

Zvláštní zranitelnost jinak zcela obezřetného spotřebitele (tedy jinak spadajícího do kategorie běžného průměrného spotřebitele) mohou vyvolávat také **různé nahodilé situace či období života**. Těmito situacemi mohou být například:

- období rozvodu manželství či partnerských rozpadů
- období epidemií (virus ptačí chřipky, zika, ebola apod.)
- období po teroristických útocích či jejich hrozby
- období ztráty zaměstnání
- období těžkého onemocnění či smrti blízké osoby
- řada dalších.

IV.3.5 Dílčí závěr

Kategorie zvlášť zranitelného spotřebitele existuje vedle kategorie průměrného spotřebitele. Zatímco hledisko (kritérium) průměrného spotřebitele se aplikuje na posuzování nekalosti určité praktiky ve vztahu k jakémukoliv spotřebiteli obecně, hledisko (kritérium) zvlášť zranitelného spotřebitele se aplikuje na případy spotřebitele zranitelného z důvodu věku, fyzické či duševní slabosti nebo důvěřivosti.

Uvedená kritéria vymezující zvlášť zranitelného spotřebitele (věk, fyzická či duševní slabost nebo důvěřivost) jsou velmi obecná (řazena k neurčitým právním pojmům), umožňující tak do sebe zakomponovat řadu situací,

což bude úkolem rozhodovací praxe soudů (Soudního dvora EU i soudů členských států EU). Tato kritéria jsou dle odborné literatury i Pokynů Komise Evropské Unie citovaných výše považována za demonstrativní, text směrnice 2005/29 však naznačuje spíše jejich taxativní charakter (byť se širokou možností naplňování obsahu pojmů „slabost“ nebo „důvěřivost“).

Zvlášť zranitelný spotřebitel je kategorií normativní (srov. článek 5 bod 3 směrnice 2005/29 a § 4 odst. 2 ZOS). Zranitelnost musí být posuzována objektivně a generalizovaně.

Zvláštní zranitelnost spotřebitele z důvodu „slabosti“ by mohla být způsobena například nemocí, těhotenstvím, raným rodičovstvím, nebo v případě, že by se jednalo o spotřebitele: podléhajícího různým druhům závislosti, spotřebitel se sníženým intelektem, nízkou mírou vzdělání či nedostatečnou mírou schopnosti jednat asertivně, spotřebitel nacházející se v tísní nebo mající obavy, spotřebitel, kterému zemřela blízká osoba, spotřebitel neovládající či nemající dostupný internet, spotřebitel neznalý cizích jazyků, zahraniční spotřebitel, spotřebitel, který z důvodu mimořádných okolností uvízne na letišti, spotřebitel nakupující zboží či služby v kamenné prodejně a mnozí spotřebitelé v oblasti energetiky či finančních služeb.

Zvlášť zranitelnými spotřebiteli z důvodu „věku“ mohou být například děti, mladiství, staré osoby, ale také určité věkové kategorie, na které jsou zaměřeny specifické obchodní praktiky podnikatelů.

Zvlášť zranitelným spotřebitel z důvodu „důvěřivosti“ by mohl být například nemocný spotřebitel, spotřebitel – rodič, spotřebitel – majitel zvířete, sociálně slabý spotřebitel, nezaměstnaný spotřebitel, spotřebitel, jemuž se porouchá určité zařízení nebo spotřebitel nacházející se v období rozvodu manželství či rozpadu partnerských vztahů, v období epidemií, teroristických útoků, ztráty zaměstnání či období těžkého onemocnění či smrti blízké osoby.

Obecně panuje nesprávná domněnka, že kategorie zvlášť zranitelných spotřebitelů je kategorie zcela minoritní tvořená zejména osobami postiženými (duševně či fyzicky), malými dětmi či osobami velmi starými. Kategorie zvlášť zranitelných spotřebitelů je co do počtu (poměru ve vztahu k širší populaci spadající do kategorie obecných – průměrných – spotřebitelů)

značná, neboť tvoří přibližně 33,9 % světové populace, a to pouze z důvodu věku (!), přičemž desetina občanů Evropské unie spadá do kategorie duševní či fyzické slabosti v užším slova smyslu. V tomto procentuálním vyjádření nejsou zohledněny kategorie osob důvěřivých (zejména pro neurčitost kategorie).

Kategorie zvlášt' zranitelných spotřebitelů tak může *de facto* představovat z pohledu celkového počtu existujících spotřebitelů také výrazně překročit množství tzv. standardně průměrných spotřebitelů. Kategorie průměrného spotřebitele se tak co do počtu může stát výrazně menší oproti skupině zvlášt' zranitelných spotřebitelů, a to ze všech důvodů uvedených výše (tedy ať už v užším slova smyslu – věk, slabost, důvěřivost, nebo v širším slova smyslu – zejména širší výklad důvěřivosti a duševní slabosti).

Znalost vymezení skupiny zvlášt' zranitelných spotřebitelů i úrovně ochrany vymezené zejména rozhodovací praxí dozorových orgánů a soudů je tedy v podnikatelské praxi nezbytná, aby došlo k vyhnutí se zbytečnému postihu ze strany dozorových orgánů a soudů.

V MEZINÁRODNĚPRÁVNÍ ASPEKTY NEKALÉ SOUTĚŽE A NEKALÝCH OBCHODNÍCH PRAKTIK

Obchod je v současné době do značné míry globalizován.⁵³⁵ Přispěla k tomu řada faktorů, a to jak právních, tak i neprávních. Mezi ty právní nepochybně patří právo Evropské unie, zejména ta jeho část, která upravuje fungování vnitřního trhu. Příkladem faktoru neprávního je fenomén internetu a s ním související elektronizace řady činností, včetně prodeje zboží a služeb. Internet je v dnešní době zcela samozřejmě a běžně využíván pro podnikatelské účely především jako levný a rychlý prostředek šíření obchodních sdělení, reklamy,⁵³⁶ nástroj komunikace mezi obchodníkem a spotřebitelem, kontraktační nástroj, jakož i prostředek vlastního plnění smluvních závazků. Problém však přirozeně nemůže být redukován jen na oblast internetu. Z předchozích kapitol je snad vcelku dobře patrný vliv základních svobod na obchod se zbožím a službami mezi členskými státy, zdůrazňován byl též význam harmonizace unijním právem jako dalšího prostředku eliminace bariér obchodu vyplývajících z rozdílných vnitrostátních úprav. Z hlediska této kapitoly a z pohledu problémů a sporů, které mohou v souvislosti s hospodářskou činností na vnitřním trhu vznikat, jsou významné tyto premisy:

- a) obchodníci a spotřebitelé mají nejen právní, ale i faktickou možnost přeshraničního obchodování a této možnosti využívají;
- b) právní úpravy členských států byly harmonizovány, avšak ne zcela, rozdíly tedy přetrvávají
- c) řada oblastí práva zůstává zcela v pravomoci členských států, unijním právem je nedotčena a proto potenciálně zcela rozdílná.

Praktickým důsledkem výše uvedeného je střet jednotlivých jurisdikcí v případě, že má jednání v nekalé soutěži přeshraniční dosah a s tím spojená nutnost nalézat řešení těchto střetů. V tomto kontextu je významný fakt,

⁵³⁵ Zde je myšlena především globalizace v „malém“, tedy omezená na prostor Evropské unie.

⁵³⁶ K významu reklamy a internetu viz stanovisko generálního advokáta Bota ze dne 8. září 2016. Openbaar Ministerie proti Lucu Vanderborghtovi. Věc C-339/15, odst. 89.

že pravomoc Evropské unie harmonizovat hmotné právo není věcně identická s pravomocí Unie regulovat související otázky procesní. V návaznosti na to bude nutné v této části věnovat pozornost rozdělení úpravy nekalé soutěže v unijním právu na tu, která má charakter veřejnoprávní,⁵³⁷ na tu, jež je upravena soukromým právem a dále samostatně na úpravu evropském mezinárodním právu soukromém.⁵³⁸ Přírozeně pak pro toto rozdělení nebude rozhodné právo vnitrostátní, ale to, jak vymezení svých politik a k rozsahu svých pravomocí přistupuje Evropská unie.

Unijní směrnice přijaté v námi sledované oblasti na základě článku 114 SFEU mohou stanovit normy, jež se musí stát součástí národní hmotně-právní úpravy nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik. Dále mohou stanovit obecné požadavky jež ovlivní instituty národního procesního práva, zejména pokud jde o jejich existenci a efektivnost. Nadto unijní právo v rámci samostatné unijní politiky stanoví pravidla pro řešení sporů s mezinárodním prvkem.

Směrnice 2006/114, a 2005/29 v této souvislosti shodně požadují, aby členské státy zajistily prostředky jejich prosazování, které umožní soutěžitelům, spotřebitelům a třetím osobám, které na tom mohou mít právní zájem, aby měly možnost:

1. podat žalobu ohledně klamavé reklamy či v případě nedovolené srovnávací reklamy, jakož i v případě dotčení prostřednictvím nekalých obchodních praktik nebo
2. napadnout takovou reklamu nebo tyto nekalé obchodní praktiky u stanoveného nestranného správního orgánu.⁵³⁹

Tím se samozřejmě povinnosti členských států nevyčerpávají, zcela samozřejmě je dále jejich povinností zajistit veřejnoprávní prosazování směrnice bez vazby na podnět jednotlivce.

⁵³⁷ Zejména pokud jde o tzv. princip původu, který bude rozebírán dále v této části.

⁵³⁸ V obecné rovině k vzájemným vazbám mezi právem Evropské unie, veřejným a soukromým právem včetně zvláštního přihlídnutí k mezinárodnímu právu soukromému viz TROCAN, L., M. Correlations between Private International Law and Other Branches of Law. *Annals of the Constantin Brancusi University of Târgu-Jiu*, Juridical Sciences Series, 2013, No. 3, [online]. [cit. 16. 11. 2016]. dostupné z http://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2014-04/05_Laura%20Magdalena%20TROCAN.pdf

⁵³⁹ Viz článek 5 směrnice 2006/114 a článek 11 směrnice 2005/29.

Úprava v obou uvedených směrnících je tedy nastavena tak, že nespolehá jen na aktivitu a pozornost státu, ale předpokládá též iniciativu dotčených soutěžitelů a dalších osob, prostřednictvím které bude možné směrnici prosazovat též soukromoprávní cestou. To je mimořádně důležité, neboť tímto prosazování shora (ze strany veřejné moci) a zdola (ze strany jednotlivců) se pravděpodobnost, že cíle sledované unijní úpravou budou skutečně naplněny, výrazně zvyšuje.

Výše uvedené požadavky obou směrnic přitom nijak nesouvisí s problematikou mezinárodního práva soukromého a nijak z nich nevyplývá, kde a jak konkrétně, tedy ve kterém státě a podle jakého práva, budou tyto směrnice prosazovány. Oblast soukromoprávní úpravy vztahů s mezinárodním prvkem je přitom v dnešním globalizovaném a zelektronizovaném světě mimořádně důležitá. Teoretickým problémem ovšem je, jaký přístup k problematice určování rozhodného práva a místa sudiště zaujmout.

V obecné rovině lze v našem unijním právním prostoru odmítnout jako nevyhovující koncepcie a přístupy vycházející ze zájmu dotčených států. Pravidla musí naopak vycházet z jiných hodnot. Hmotněprávní úprava nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik sleduje určité cíle, v nichž se projevuje nejenom zájem soukromý, ale též zájem veřejný. Dotčen je totiž vnitřní trh, kde existuje silný veřejný zájem na ochraně volného přeshraničního obchodu zbožím a službami. Dotčeny jsou rovněž soukromé zájmy soutěžitelů na ochraně jejich práv, obdobně je dotčen též spotřebitel.

Rozdíl mezi postavením soutěžitelů a spotřebitelů typicky spočívá v tom, že zatímco první uvedení se zpravidla nachází v pozici třetí dotčené strany, tzn. mezi nimi a osobou, která se dopustila nekalosoutěžního jednání, nevzniká smluvní vztah, jednání nekalosoutěžně jednajících osoby vůči spotřebiteli zpravidla ke vzniku smluvního vztahu vede, je však stíženo nějakou právní vadou (např. v případě nekalých obchodních praktik opomenutím, klamáním, donucením apod.). Spojujícím faktorem obou situací je ovšem to, že dotčeny jsou zájmy ekonomické.

Otázkou tedy je, jak má být směřována úprava mezinárodního práva soukromého. Z výše uvedeného vyplývá zaměření hmotněprávní unijní úpravy na hospodářskou soutěž a s ní související ochranu spotřebitele. Jedno je přitom neoddělitelně spjaté s druhým. K pravidlům mezinárodního práva

soukromého je proto nutné přistupovat tak, aby ochranu soutěže zahrnující rovněž zájmy spotřebitele, rovněž zajistila. V centru naší pozornosti proto musí být **protiprávní jednání obchodníka/soutěžitele** či **zájem na zachování určitých práv dotčeného spotřebitele**, zatímco irelevantní je povaha resp. druh práva, jež bylo takovým protiprávním jednáním dotčeno,⁵⁴⁰ nebo smluvní typ spotřebitelské smlouvy, k jejímuž uzavření nekalá obchodní praktika směřovala či plnění, které na jejím základě mělo být poskytnuto. Korektivem v oblasti procesní dále musí být zásada řádného a hospodárného soudního procesu, nebylo totiž účelné vést spor tam, kde nelze dosáhnout jeho efektivního vyřešení.

V.1 Veřejnoprávní prosazování směrnice 2005/29 a směrnice 2006/116 ve věcech s unijním prvkem

Problém přeshraničního prosazování směrnice je do určité míry snazší řešit v rozsahu, v jakém se týká veřejnoprávní regulace. V centru pozornosti totiž stojí výlučně veřejnoprávní zájem státu, zatímco zájmy jiné, soukromé, jsou naopak zřetelně komplementární. Veřejný zájem státu byl sice do určité míry substituován zájmem unijním,⁵⁴¹ s ohledem na omezený přenos pravomocí z členských států na Evropskou unii ale praktické prosazování tohoto zájmu zůstává úkolem členských států. Nelze proto hovořit o skutečné federalizaci problematiky nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik, což je patrné při srovnání se Spojenými státy americkými. V nich je totiž federace „roz-kročena“ do obou oblastí, tedy jak formulace politiky ochrany proti nekalé soutěži a před nekalými obchodními praktikami, tak i do sféry jejich veřejnoprávního prosazování. Toto řešení považujeme i pro podmínky Evropské unie za cíl, resp. ideál, k němuž by bylo vhodné právní úpravu do budoucna směřovat. Naopak stávající stav, který v současné době platí v Evropské unii, se nám jeví jako méně efektivní, je do určité míry umělý, neboť není výsledkem objektivní potřeby, ale politické dohody členských států z níž vychází rozsah současné pravomoci Evropské unie. Tento stav je pro přetrvávající

⁵⁴⁰ DYER, A. Unfair Competition in Private International Law. In: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1988 Vol. 211., s. 386.

⁵⁴¹ Ve skutečnosti by bylo přesnější hovořit o přenosu společného zájmu všech členských států a jeho svěřením Evropské unie, nejde tedy o dva zájmy rozdílné nýbrž jeden sloučený a přesunutý na jinou úroveň organizace veřejné moci.

rozdíly mezi členskými státy a fragmentaci institucionálního prosazování v podmínkách jinak sjednoceného trhu z dlouhodobého hlediska nestabilní, a proto nutně přechodný.⁵⁴²

Směrnice 2005/29 v zásadě nevede k extrateritoriálním účinkům práva státu, kde je obchodník usazen, ani nezakládá pravomoc orgánů jednoho státu prosazovat v ní obsažené standardy ve státě druhém. Velmi dobře lze tuto problematiku demonstrovat na příkladu směrnice 2000/31, která ve svém článku 3 odst. 1 a odst. 2 stanoví tzv. *princip původu*,⁵⁴³ u kterého lze mít jisté pochybnosti, zda má či nemá povahu kolizní normy.⁵⁴⁴ Tou přirozeně není, dokazuje to jednak preambule této směrnice⁵⁴⁵ a dále též právní základ směrnice 2000/31 v primárním právu,⁵⁴⁶ jakož i judikatura Soudního dvora EU.⁵⁴⁷ Uvedené ustanovení má proto dopad jen v rovině veřejného práva a požadavků, které z něj vyplývají pro podnikatelskou činnost v rámci vnitřního trhu. Princip původu vytváří bezpečný přístav pro osobu, která přeshraničně poskytuje zboží či služby.⁵⁴⁸ Dostojí-li veřejnoprávním požadavkům státu, odkud svou činnost vyvíjí, nemůže být postihnuta za případné porušení

⁵⁴² V konečném důsledku to znamená, že dříve či později (spíš později) dojde k rozšíření pravomocí Evropské unie i do této oblasti, anebo se celý systém zhroutí (včetně samotné Unie) a vrátí zpět členským státům.

⁵⁴³ Článek 3 této směrnice stanovil:

„1. Každý členský stát dbá, aby služby informační společnosti poskytované poskytovatelem usazeným na jeho území dodržovaly platné vnitrostátní předpisy z příslušné koordinované oblasti.

2. Členské státy nemohou z důvodů spadajících do koordinované oblasti omezovat volný pohyb služeb informační společnosti z jiného členského státu.“

⁵⁴⁴ Velmi podrobně princip původu rozebírá M. Pauknerová. Viz PAUKNEROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 441 s., s. 101 a násl.

⁵⁴⁵ Preambule směrnice 2000/31 v odst. 23 stanoví *„Předmětem této směrnice není ani vytvoření dodatečných pravidel mezinárodního práva soukromého týkajících se kolizního práva, ani neřesit pravomoc soudů. Předpisy použitého práva určeného podle pravidel mezinárodního práva soukromého nesmí omezovat volný pohyb služeb informační společnosti ve smyslu této směrnice.“*

⁵⁴⁶ Není ani tak podstatné, které ustanovení unijního právním základem bylo, jako spíš to, že jím nebylo ustanovení článku 81 Smlouvy o fungování Evropské unie, nebyla tedy přijata v rámci politiky justiční spolupráce v občanských věcech.

⁵⁴⁷ Srov. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 25. října 2011. eDate Advertising GmbH a další proti X a Sociétés MGN LIMITED. Spojené věci C-509/09 a C-161/10, odst. 68.

⁵⁴⁸ K podrobné analýze dosahu a dopadu principu původu podle směrnice o elektronickém obchodu viz Snijders, H., S., Weatherill, S. *E-commerce Law: National and Transnational Topics and Perspectives*. Kluwer Law International, 2003, s. 56 a násl.

standardů státu druhého, kde je činnost efektivně vyvíjena.⁵⁴⁹ V rovině procesní je myslitelné jeho rozšíření tak, aby zahrnoval i výkon dozorové a kontrolní činnosti, která je tak prováděna pouze ve státu původu.

Princip původu představuje pravidlo, které je hodnotově blízké svobodám vnitřního trhu a naopak nesvědčí hodnotám zpravidla chráněným vnitrostátním právem právě na úkor těchto svobod.⁵⁵⁰ Představuje reakci na fragmentaci veřejnoprávního prosazování a představuje prvek úpravy, který má výrazně prointegrační charakter. Směrnice 2005/29 a 2006/114 nicméně nebyly přijaty za primárním cílem odstraňování překážek obchodu, ochrana spotřebitele a hospodářské soutěže je v nich přednější. Patrně proto pravidlo principu původu ani jedna z nich nezakotvuje.⁵⁵¹

Ve směrnici 2005/29 je nicméně zakotveno pravidlo podobné, jež stanoví: „Členské státy neomezí svobodu poskytování služeb ani volný pohyb zboží z důvodů spadajících do oblasti, kterou tato směrnice sblížíje.“⁵⁵² Toto ustanovení je ovšem jen jinak vyjádřené pravidlo úplné harmonizace, vztažené na přeshraniční transakce. Zabráňuje totiž členským státům stanovovat požadavky, které by šly

⁵⁴⁹ Srov. preambuli směrnice 2000/31 odst. 22: „Dohled nad službami informační společnosti probíhá na **místě původu činnosti**, aby byla zajištěna účinná ochrana cílů obecného zájmu. Proto je nezbytné zaručit, aby **příslušný orgán tuto ochranu zajišťoval nejen pro občany své země, ale i pro všechny občany Společenství**. Pro zlepšení vzájemné důvěry mezi členskými státy je nezbytné jasně upřesnit tuto odpovědnost členského státu původu služby. Aby bylo možno účinně zajistit volný pohyb služeb a právní jistotu pro poskytovatele a příjemce, měly by být služby informační společnosti v zásadě **podřízeny právní úpravě členského státu, v němž je poskytovatel usazen**.“ (zvýraznění bylo přidáno autorem).

⁵⁵⁰ Judikatorní zakotvení principu původu v rovině hmotněprávní bylo provedeno v případech rozebíraných v první kapitole této publikace, zejména v případech Cassis de Dijon, Mars, Estée Lauder.

⁵⁵¹ V literatuře ovšem hodnocení tohoto pravidla není jednoznačné, lze se setkat též s názory, že jde rovněž o zakotvení principu původu, ale dosahem značně omezeného ve srovnání s jeho širokým pojetím ve směrnici o elektronickém obchodu. V této směrnici se totiž odkazuje na celou **koordinovanou oblast**, zatímco ze směrnice 2005/29 vyplývá rozsah tohoto pravidla jen na **oblast harmonizovanou**. To je samozřejmě podstatný rozdíl a uvážíme-li, že směrnice 2005/29 je úplným standardem, pak rozdíl ve vnitrostátních předpisech pokud se standardu úpravy týče, nebudou zásadní. Z tohoto pohledu proto formálně o pojetí článku 4 jako zakotvení principu původu sice lze uvažovat, materiálně jím ale není. K pojetí principu původu v směrnici o elektronickém obchodu a ve směrnici 2005/29 viz LEISTNER. M. Unfair Competition or Consumer Protection? The Commission's Unfair Commercial Practices Proposal 2003. In: *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Bloomsbury Publishing, 2005, Svazek 6, Svazky 2003–2004, s. 151 a násl.

⁵⁵² Článek 4 směrnice 2005/29.

nad rámec toho, co směrnice sama stanoví.⁵⁵³ Není proto kolizní normou mezinárodního práva soukromého, není normou upravující mezinárodněprávní pravomoc,⁵⁵⁴ ale ani obdobným institutem práva veřejného. Nebylo to tak zamýšleno. Směrnice dále stanoví, že jí „...*nejdou dotčena pravidla určující příslušnost soudů*“,⁵⁵⁵ přičemž toto ustanovení má dle našeho soudu jen deklaratorní charakter, jelikož nemožnost regulovat tuto problematiku touto směrnici vyplývá již z faktu, že jejím právním základem byl článek 114 Smlouvy o fungování EU a nikoliv článek 81 téže smlouvy.

Z výše uvedeného proto vyplývá, že veřejnoprávní dohled nad činností podnikatelů budou v dosahu obou směrnic provádět orgány státu, kde se projeví účinky směrnici zakázaného jednání, vyloučeno však nebude ani řízení ve státě, kde je spotřebitel usazen. Jednání pak bude posuzováno podle práva toho státu, kde bude řízení vedeno. Připomínáme, že toto právo je značné míry harmonizované, nikoliv ale nutně zcela stejné. Lišit se budou též sankce.

Zásadní slabinou stávajícího systému ochrany je jeho fragmentace⁵⁵⁶ a decentralizace.⁵⁵⁷ Řízení o předběžných otázkách sice v této souvislosti mohou

⁵⁵³ COLLINS, H. The unfair commercial practices directives. *European Review of Contract Law*, 2005. 1, s. 430.

⁵⁵⁴ Výklad se sice týká veřejnoprávní problematiky, již na tomto místě ale považujeme za důležité upozornit na fakt, že s pojmy „pravomoc“ a „příslušnost“ je v právu Evropské unie problém. Unijní právo totiž pojem „příslušnost“ používá tam, kde by právo české mezinárodní právo soukromé užilo pojem „pravomoc“. Srov. PAUKNEROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 441 s., s. 133, dále též KYSELOVSKÁ, T., ROZEHNALOVÁ, N. a kol. *Rozhodování Soudního dvora EU ve věcech příslušnosti (analýza rozhodnutí dle Nařízení Brusel Ibis)*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014, 514 s., s. 25, KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. opravené a doplněné vydání. Plzeň: Aleš Čeněk. 2006, 464 s., s. 382. a ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLÍČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 448 s., s. 202.

⁵⁵⁵ Článek 3 odst. 7 směrnice 2005/29.

⁵⁵⁶ Fragmentací máme na mysli to, že orgány členských nezajišťují dozor, kontrolu a provádění pravidel na ochranu proti nekalé soutěži a nekalým obchodním praktikám pro ostatní členské státy a namísto nich v těch případech, kdy přeshraničně působí obchodníci či soutěžitelé na jejich území usazení.

⁵⁵⁷ Zde je patrný zřetelně odlišný přístup od Spojených států amerických, kde je naopak legislativa i její prosazování centralizována. V případě Evropské unie naopak je naopak zajišťována vzájemně zcela autonomními orgány členských států, a to podle jejich vlastních procesních pravidel. Jakýkoliv ústřední prvek v podobě společného a nadřazeného unijního orgánu s rozhodovací a přezkumnou pravomocí chybí.

mít určitý sjednocující charakter, nikoliv ale dostatečný, týkají se totiž jen výkladu práva. Nástroje veřejnoprávního prosazování se nicméně mohou v jednotlivých státech lišit, stejně jako možnosti jednotlivců bránit se proti nim.⁵⁵⁸ Jestliže jsme v části I. kapitole 2 navrhovali regulaci sledované problematiky formou nařízení, pak zde dodáváme, že toto hypotetické nařízení by mělo být prosazováno jak orgány vnitrostátními, tak orgánem k tomu nově zřízeným na úrovni Evropské unie. Právní základem pro takovou úpravu by mohl být článek 352 Smlouvy o fungování EU. Jelikož však tento článek stanoví požadavek jednomyslnosti rozhodování v Radě, je v současné době přijetí obdobného předpisu zcela vyloučené.

Shrneme-li uvedené, je v oblasti veřejnoprávního prosazování vliv směrnice 2005/29 na české správní právo prakticky zanedbatelný. Jeho obsah musí reflektovat požadavky na existenci procesních institutů vyplývající z článků 11 a 12 směrnice 2005/29, ty se ovšem omezují jen na existenci procesních záruk a dokazování. Přitom je řada souvisejících podstatných otázek výslovně těmito členskými státy ponechána členským státům. Identická je situace též v případě směrnice 2006/114 jejíž úprava v člancích 5 a 7 je srovnatelná se směrnicí 2005/29.

Veřejnoprávní prosazování obou směrnic se ovšem stává problematické v případě činností prováděných prostřednictvím internetu. Právní úprava v nich obsažená se totiž dostává do kontaktu s pravidly směrnice 2000/31 (směrnice o elektronickém obchodu), která jak již bylo naznačeno výše, je nastavena hodnotově odlišně. Problematická nicméně nebude otázka, zda mají orgány určitého státu prosazovat veřejnoprávní úpravu nekalých obchodních praktik či klamavé a srovnávací reklamy státu jiného, nebo svou, protože uplatňována bude vždy úprava jejich vlastní (se samozřejmým uplatněním limitů, které mohou vyplývat z judikatury Soudního dvora EU vážící se k svobodám pohybu zboží a služeb). Komplikované ale bude určení subjektu, vůči kterému mají být odpovědnostní důsledky uplatňovány, jelikož v prostředí internetu více a častěji, ve srovnání s prostředím světa reálného, dochází ke vzniku situací, kdy lze jen těžko odlišit osobu, která pravidla

⁵⁵⁸ Evropská unie si je této skutečnosti vědoma, nemá ale pravomoc ji řešit. Řešení v současné době přichází v úvahu jen na úrovni členských států jejich vzájemnou spoluprací. Srov. usnesení Rady ze dne 8. července 1996 o spolupráci mezi správními orgány při vymáhání dodržování právních předpisů o vnitřním trhu (96/C 224/02).

zakazující nekalé obchodní praktiky či určitý druh reklamy skutečně porušila (obchodník),⁵⁵⁹ od osoby, která účinky tohoto porušení více či méně pasivně zprostředkovala tak, že tyto účinky zasáhly nebo mohly zasáhnout do sféry právem chráněných zájmů spotřebitele a potažmo i jiných soutěžitelů (poskytovatel).⁵⁶⁰ Nutno zdůraznit, že v reálném světě je spíše pravidlem než výjimkou, že tyto osoby nejsou odděleny a tvoří tedy ve skutečnosti osobou jedinou. V prostředí internetu ale bývají informace šířeny prostřednictvím tzv. platform (Aukro, Ebay, Facebook, Google, Seznam, Tripadvisor, Uber a další), které obvykle původcem těchto informací nejsou. Internet navíc dále situaci komplikuje především tím, že se tyto osoby mohou nacházet v různých státech.

Směrnice o elektronickém obchodu na tuto problematiku reaguje tak, že v článku 14 omezuje odpovědnost poskytovatele za určité informace a v článku 15 limituje povinnost poskytovatelů provádět dohled nad jimi přenášenými či uloženými informacemi. Pokud však určitá osoba působící v oblasti internetu (poskytující služby informační společnosti) nenaplní požadavky stanovené v obou ustanoveních a zároveň naplní požadavky směrnice 2005/29 (tzn. bude jí možno považovat za obchodníka jednajícího v hospodářské soutěži vůči spotřebiteli), pak jim výjimka z odpovědnosti stanovená směrnicí o elektronickém obchodu svědčit nebude a budou odpovědní dle směrnice 2005/29, a to bez ohledu na skutečnosti, které jsou z pohledu jejich odpovědnosti vedlejší, tzn. kde, respektive ve kterém státě je osoba, jejíž informaci jako obchodník šířili, usazena, či na to, kde se nachází jejich hardwarové vybavení. Z uvedeného dále vyplývá, že tento identifikovaný problém se v konečném důsledku toho, které právo se použije, jako spíš otázkou osobní a věcné působnosti směrnice 2005/29 a proto nebude dále v této kapitole rozebírán. Na závěr zdůrazňujeme, že v oblasti veřejného práva není jurisdikce exkluzivní, což může vést ohledně jednoho a téhož porušení paralelní řízení v různých členských státech Evropské unie.

⁵⁵⁹ Tzn. zde je myšlen *obchodník* ve smyslu článku 2 písm. b) směrnice 2005/29 či článku 2 písm. d) směrnice 2006/114.

⁵⁶⁰ Tzn. zde je myšlen „poskytovatel“ ve smyslu článku 2 písm. b) směrnice o elektronickém obchodu, tedy „každá fyzická nebo právnická osoba, která poskytuje určitou službu informační společnosti“.

Výše popsané nedostatky spojené s přeshraničním prosazováním veřejno-právní regulace ve velmi omezené míře překonává nařízení Evropského parlamentu a rady (ES) č. 2006/2004 ze dne 27. října 2004 o spolupráci v oblasti ochrany spotřebitele. Přestože by se z jeho názvu mohlo jevit, že oblast nekalé soutěže upravené směrnicí 2006/114 je vyloučena a že se tak týká z námi sledované problematiky jen směrnice 2005/29, není tomu tak.⁵⁶¹ Nedostatky spojené s fragmentovanými a decentralizovaným prosazováním směrnice 2005/29 a směrnice 2006/114 zahrnují především:

1. omezenou případně zcela vyloučenou schopnost orgánů státu jednoho autoritativně získávat informace v členském státě jiném,
2. omezenou případně zcela vyloučenou schopnost vykonávat dozor nad činnostmi obchodníků realizovanými v jiném členském státě,
3. nemožnost uznat a vykonat veřejnoprávní rozhodnutí státu jednoho v členském státě jiném.

Nařízení naznačené problémy neřeší zcela. Jeho význam spočívá alespoň v tom, že v problém specifikovaný výše v bodu 1 částečně překonává zakotvením vzájemné aktivní a pasivní informační povinnosti orgánů členských států⁵⁶² a koordinační funkce Komise.⁵⁶³ Řešení problému identifikovanému

⁵⁶¹ Dle článku 1 nařízení 2006/2004 stanoví podmínky, za nichž orgány v členských státech určené jako příslušné pro vymáhání dodržování zákonů na ochranu zájmů spotřebitelů povinný spolupracovat a v článku 3 jsou tyto zákony vymezeny jako směrnice, jak jsou provedeny ve vnitrostátním právu členských států, a nařízení s tím, že konkrétní specifikace je provedena v příloze tohoto nařízení. Zde směrnice 2006/114 uvedena je hned v bodu č. 1 přílohy, směrnice 2005/29 je uvedena rovněž, a to v bodu č. 16.

⁵⁶² Pasivní informační povinností rozumíme poskytování na žádost jiného orgánu (článek 6 nařízení 2006/2004), aktivní povinnost poskytnout informace i bez takové žádosti (článek 7 nařízení 2006/2004).

⁵⁶³ Výměna informací tedy probíhá horizontálně mezi členskými státy navzájem a zároveň též vertikálně vůči Komisi, která sice konkrétní prosazování „zákonů na ochranu zájmů spotřebitelů“ ve smyslu článku 3 písm. a) sama nezajišťuje, ale plní roli centrálního shromaždiště údajů informací, které jsou pro prosazování nezbytné a přispívá k získávání těchto informací. Konkrétním příkladem jsou tzv. kontroly „sweep“ jejichž podstata spočívá v kontrole webových stránek v celé EU v určitém odvětví (letenky, stáhnutelný digitální obsah atd.) prováděné jako společné akce Komise a členských států. Zároveň je činnost členských států společně s Komisí koordinována, prvním a zatím jediným příkladem je společně koordinované donucovací opatření, na němž se členské státy a Komise shodly ve věci on-line nakupování v mobilních aplikacích. Viz <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=URISERV:l32047&from=EN> ke spolupráci obecně a http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-847_cs.htm k problematice on-line nakupování.

v bodě 2 výčtu je funkční, když funkci orgánů státu jednoho zprostředkovává plní orgány členského státu, a to na dožádání.⁵⁶⁴ Je to řešení méně efektivní, ale v souladu s pravomocemi Evropské unie. Problém identifikovaný v bodě 3 výčtu není nařízením 2006/2004 a potažmo i unijním právem řešen vůbec.

Podstatným prvkem nařízení je zavedení požadavku „národního zacházení“ do oblasti ochrany spotřebitele v tom smyslu, že v působnosti nařízení postupovat stejně, „...jako by jednaly jménem spotřebitelů z vlastní země a vlastním jménem nebo na žádost jiného příslušného orgánu ve vlastní zemi.“⁵⁶⁵ Zájem na ochraně spotřebitele by tedy měl být vnímán jako zájem společný, sdílený všemi členskými státy i Evropskou unií, bez ohledu na vnitřní hranice a rozdílnou státní příslušnost dotčených spotřebitelů v Evropské unii.

V.1.1 Dílčí závěr

Veřejnoprávní přeshraniční prosazování směrnice 2005/29 a směrnice 2006/116 je limitováno omezenými pravomocemi Evropské unie. O kolizi právních řádů a konfliktů v otázkách mezinárodněprávní příslušnosti a pravomoci v oblasti veřejného práva nelze hovořit.⁵⁶⁶ Jistá specifika vykazují oblast elektronických právních vztahů a Internetu s ohledem na regulaci ve směrnici 2000/31 a jí zakotvenému principu původu, obecně ale ve sledované oblasti platí, že ochranu chráněným zájmům poskytují vnitrostátní orgány členských států v mezích daného státu, podle jeho veřejnoprávních procesních norem a dle jeho hmotného veřejného práva.

Na úrovni unijního práva je pouze v oblasti ochrany spotřebitele zajišťována horizontální spolupráce a koordinace vnitrostátních orgánů prostřednictvím mechanismu výměny informací a institutem dožádání. Praktická role Evropské unie je omezena v podstatě jen na zprostředkovávání a šíření informací nezbytných pro určení zda v Evropské unii skutečně došlo nebo

⁵⁶⁴ Viz článek 8 nařízení 2006/2004.

⁵⁶⁵ Článek 11 nařízení 2006/2004.

⁵⁶⁶ D. Poelzig principy řešení střetů právních řádů v oblasti veřejného práva sice zmiňuje, nijak je ale neupřesňuje. Obdoba uceleného systému norem mezinárodního práva soukromého ovšem ve veřejném právu neexistuje. POLEZIG, D. In: VAN BOOM, W., GARDE, A., AKSELI, O. (eds.). *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems*. England, Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2014, s. 258.

potenciálně může dojít k protiprávnímu jednání zakázanému směrnicemi 2005/29 a 2006/114. Z povahy věci by centralizace byla efektivnější cestou prosazování chráněných zájmů, vzorem by mohly být mechanismy již vyvíjené v rámci mnohem vyspělejšího unijního prosazování práva na ochranu proti narušení hospodářské soutěže porušením článků 101 a násl. Smlouvy o fungování EU.

V.2 Soukromoprávní prosazování nekalé soutěže ve věcech s mezinárodním prvkem

V.2.1 Mezinárodněprávní příslušnost soudů ve věcech nekalé soutěže

Jak již bylo na jiných místech této publikace naznačeno, je mezinárodní právo soukromé součástí samostatné politiky regulované Evropskou unií v rámci politiky justiční spolupráce v občanských věcech. Tato politika není úzce navázána na základní svobody vnitřního trhu, jakkoliv i s nimi souvisí. Pravidla, která byla Evropskou unií přijata v této oblasti, nepodléhají testu, který jsme rozebírali části I. kapitole 2 této publikace ve vztahu k článku 114 Smlouvy o fungování EU při výkladu rozhodnutí Tabáková reklama, což umožňuje Unii přijímat řešení komplexní povahy. Jestliže tedy unijní hmotněprávní úprava nekalé soutěže zasahuje jen některé instituty, pak unijní úprava mezinárodního práva soukromého dosahuje též na ty oblasti vnitrostátní úpravy nekalé soutěže, které harmonizací pravidel dotčeny nijak nebyly. Je přitom nerozhodné, zda unijnímu vlivu unikly z dosahu z důvodu absence pravomoci, či jen jejího nevykonání. Jinými slovy, z pohledu kompetenčního neexistuje překryv mezi pravomocí Evropské unie harmonizovat vnitrostátní právo na straně jedné a upravovat kolizní a procesní aspekty téže problematiky na straně druhé. Ustanovení zakládající pravomoc Evropské unie v obou sférách jsou vzájemně nezávislé a obě politiky jsou v zásadě autonomní.

Odlíšná je též metoda regulace. V případě problematiky mezinárodního práva soukromého se totiž používají nařízení a nikoliv směrnice. Vnitrostátní právo v této oblasti bylo nahrazeno úpravou unijní, proto není v konečném

důsledku možné uvažovat z pohledu této publikace o vlivu unijního práva na právo vnitrostátní, když druhé jmenované v podstatě chybí, resp. nemá být aplikováno.⁵⁶⁷

Současná právní úprava určení soudů, které mají pravomoc rozhodovat spory s mezinárodním prvkem, a rozhodného práva je na straně jedné neutrální, pokud jde o vnitřní trh a jednání soutěžitelů, na straně druhé se i v ní projevuje princip ochrany slabšího vyjádřený specifickou úpravou postavení spotřebitele a jeho zvýhodňováním při určování sudiště a rozhodného práva.

Otázka určení sudiště bývá v praxi klíčová pro určení toho, zda spor vůbec bude s druhou stranou řešen soudní cestou (tzn. jde o hledisko aktivního aktéra, který hodlá prosazovat svá práva soudní cestou). Mnohdy totiž náklady spojené s vedením sporu převýší možný zisk vyplývající z úspěchu v soudním řízení. To platí tím spíše, má-li být spor veden v zahraničí. Ve sporrech s mezinárodním prvkem se přitom nutností vést spor v jiné jurisdikci často nelze vyhnout. Úprava vnitřního trhu vzniku takových situací přeje. Bariéry intraunijního obchodu, které unijní právo ruší a proti kterým brojí ve své judikatuře Soudní dvůr EU, totiž sporům s mezinárodním prvkem *de facto* předcházely. Neumožňovaly přeshraničně obchodovat, nebo takový obchod neúměrně ztěžovaly, čímž v konečném důsledku neumožňovaly zavdat vzniku ani potencionální příčiny budoucího přeshraničního sporu. Z pohledu praktického je pak mnohdy ještě náročnější situace, kdy se ocitáme v roli pasivní, tedy když jsme sami žalováni v zahraničí.

V případě obou perspektiv je znalost procesních norem mezinárodního práva soukromého klíčová. Jsme-li totiž aktivním aktérem, který se domáhá pro svého klienta ochrany, pak nám tato úprava dá odpověď na otázku, ve kterém státě konkrétně se můžeme práva domáhat.⁵⁶⁸ Z pohledu aktéra pasivního je znalost nezbytná proto, že nám umožní identifikovat potenciálně

⁵⁶⁷ Z pohledu českého soudu je použití zákona č. 91/2012 Sb. zákon o mezinárodním právu soukromém na námi sledované situace vyloučeno. I přes existenci evropského mezinárodního práva soukromého sice zůstalo české mezinárodní právo soukromé zachováno, možnosti jeho aplikace jsou nicméně značně omezeny. V námi sledované oblasti proto má význam zkoumat pouze úpravu unijní.

⁵⁶⁸ Je-li takových možností více a jsme-li si této skutečnosti vědomi, lze toho aktivně využít volbou provedenou dle perspektivy výsledku sporu. Více k tomu jevu označovanému jako „forum shopping“ a jeho unijnímu kontextu viz Stov. PAUKNEROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 441 s., s. 137 a 138.

problematické jednání, které je schopno pravomoc soudů jiného státu aktivovat a tím takovému jednání předejít. Prevence přitom často bývá podceňována, byť se obvykle nejedná o chybu na straně advokáta, ale samotného klienta.

V.2.1.1 Určení sudiště dle nařízení Brusel I bis ve věcech nekalé soutěže

V evropském prostoru jsou pravidla pro určení sudiště v občanských a obchodních věcech⁵⁶⁹ unifikována Evropskou unií nařízením Brusel I bis. Tento předpis sice nekalou soutěž explicitně nezmiňuje, jelikož se ale jedná o obchodněprávní problematiku, jež z jeho dosahu vyloučena není, je jím rovněž věcně upravena. Obecné pravidlo pro určení pravomoci obsažené v čl. 4 odst. 1 tohoto nařízení stanoví, že pravomocnými jsou soudy určené podle místa sídla žalovaného. Toto pravidlo zpravidla uvítá ten, kdo je v pozici pasivní a kdo je tedy žalován. Osoba aktivní, žalující, se mu ale zpravidla bude chtít vyhnout. Nařízení Brusel I bis takovou možnost dává. V čl. 7 odst. 2 totiž ve věcech týkajících se deliktů nebo kvazideliktů odpovědnosti,⁵⁷⁰ tedy typicky v oblasti nekalé soutěže, umožňuje žalobu podat u soudu místa, kde došlo nebo může dojít ke škodné události.⁵⁷¹

Volba obou svým významem a vazbou k věci ekvivalentních řešení je přitom z povahy věci ponechána straně, která spor iniciuje, neboť jen ta schopna

⁵⁶⁹ K přesnému vymezení pojmu „občanské a obchodní věci“ viz Srov. PAUKNEROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 441 s., s. 128 a násl., dále též KYSELOVSKÁ, T., ROZEHNALOVÁ, N. a kol. *Rozhodování Soudního dvora EU ve věcech příslušnosti (analýza rozhodnutí dle Nařízení Brusel I bis)*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014, 514 s., s. 33 a násl.

⁵⁷⁰ Nedovoleným jednáním je pro tyto potřeby vykládáno jako tak, že zahrnuje „všechny nároky, směřující k uplatnění odpovědnosti žalovaného, které nesouvisí se „smlouvou“ ve smyslu čl. [7] odst. 1 nařízení Brusel I [bis]“. Viz PAUKNEROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 441 s., s. 141. a ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 448 s., s. 245.

⁵⁷¹ V angloamerické právní oblasti jsou uplatňovány doktrinní přístupy rozdílné vycházející z „testu skutečného a podstatného spojení“ (real and substantial connection test), které sice mohou být svým širokým záběrem pragmatictější a flexibilnější ve srovnání s popsáním mechanickým přístupem unijního práva, ale jejich nevýhodou je jejich neurčitost a obtížná předvídatelnost výsledku. Široký záběr je následně zužován prostřednictvím jiných principů, jako je např. *forum non conveniens*. Srov. DYER, A. *Unfair Competition in Private International Law*. In: *Recueil des Cours de L'Académie de droit international de La Haye*. 1988 Vol. 211., s. 441.

nejlépe zhodnotit, kde bude neúčelnější spor vést. Tato pravidla jsou zřetelným odrazem teoretickoprávního přístupu naznačeného v části V. kapitole 1., a z něj vyplývajícího zaměření právní úpravy na protiprávní jednání soutěžitele, namísto důrazu např. na majetek či jim obdobná práva nekalo-soutěžním jednáním dotčená. Toto jednání v určitém místě muselo nastat (příčina, *locus delicti commissi*) a v určitém místě mohou nebo musí nastoupit jeho účinky (následek, *locus damni infecti*). Mezi těmito místy může být shoda, mohou se rovněž nacházet v různých státech. Ochrana dotčeným právům zcela logicky musí být poskytována tam, kde k jednání došlo, nebo tam kde se následek projevil. Jiné řešení by těžko mohlo být efektivní a vést k dosažení sledovaného cíle. Tím neříkáme, že by nebylo myslitelné či teoretickoprávně zdůvodnitelné. Není nicméně v souladu s koncepcí, na ní je nařízení Brusel I bis postaveno a kterou v našem právním prostoru považuje za správnou. Lze si však představit přístup, který bude určovat pravomoc podle hlediska zájmu státu. Ten by totiž nemusel být založen tehdy, pokud by protiprávní jednání účinky v daném státě nemělo vůbec, přestože zde došlo k protisoutěžnímu jednání.

Na první pohled jasné pravidlo čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis v sobě nicméně skrývá určitá úskalí. Místo škodné události je totiž pojem, který lze interpretovat různým způsobem. Za takové místo lze považovat jak stát, kde bylo fakticky protiprávně jednáno např. tím, že zde byla zveřejněna klamavá případně srovnávací reklama či nepravdivá informace o soutěžiteli nebo jeho výrobcích a službách, stejně tak jím ale může být též stát jiný, pokud se v něm škoda projevila kupříkladu snížením zisku, poškozením dobrého jména či ztrátou obchodní příležitosti. V podmínkách jednání prostřednictvím internetu pak bude místo škodné události vůbec obtížné určit, potenciálně mohou účinky jednání nastoupit kdekoli, tudíž takovým místem může být kterákoliv lokace kdekoli na světě, což ale z povahy věci nemůže být správný závěr. Odporoval by ostatně i účelu, pro který bylo nařízení Brusel I bis přijato.⁵⁷² Problém se nadto dále komplikuje, uvážíme-li též současnou

⁵⁷² Dotčen je princip předvídatelnosti řešení zmiňovaný např. v odst. 15 preambule nařízení Brusel I bis.

realitu obchodních vztahů, kdy v důsledku provázání jednotlivých soutěžitelů může mít újma podnikatele jednoho, též nepřímý vliv např. na pověst jiného, s ním propojeného, který má ale sídlo v jiném státě.^{573,574}

Odpovědi na výše uvedené otázky lze dovodit z judikatury Soudního dvora EU. Poněkud problematický je však fakt, že dosud vydaná rozhodnutí se netýkají přímo problematiky nekalé soutěže. Zdá se totiž, jako by tato oblast regulace stála mimo sféru hlavního zájmu národních soudů kladoucích předběžné otázky. Dalším problémem je skutečnost, že řada rozhodnutí Soudního dvora EU se vztahuje k legislativě, jež stávající úpravu předcházela. Odlišný věcný záběr rozhodnutí je nicméně mnohdy irelevantní, a to proto, že dopad interpretovaných ustanovení je často obecný a může se se tedy týkat i dalších oblastí, jež jsou předmětem regulace nařízením Brusel I bis.⁵⁷⁵ Fakt, že je v těchto rozhodnutích interpretována předcházející legislativa, pak také není překážkou, a to proto, že v námi sledované oblasti k zásadním změnám⁵⁷⁶ v úpravě nedošlo.⁵⁷⁷ Úprava nová nadto sama deklaruje kontinuitu s úpravou předcházející.⁵⁷⁸ Dřívější závěry Soudního dvora EU jsou tedy obecně platné i dnes, ledaže by výslovně z legislativy či novější judikatury vyplýval opak.⁵⁷⁹

⁵⁷³ Tak např. v situacích, kdy jsou dotčeny společnosti dceřiné, může negativní důsledky pocítit též společnost mateřská a naopak. V dnešním globalizovaném světě přitom není výjimkou, že obě společnosti mají své sídlo v různých státech.

⁵⁷⁴ Nad rámec výše nastíněných právních problémů se nabízí další otázka, a totiž zda v situaci, kdy je určitým nekalosoutěžním jednáním dotčeno více soutěžitelů, mají tito možnost dle svého uvážení volit mezi jednotlivými soudišti, či zda jsou vzájemně vázáni již podanými návrhy, resp. volbou soudiště, kterou učinil např. první z nich, určitě by bylo možno identifikovat problémy a otázky další.

⁵⁷⁵ Jinými slovy odmítáme kazuistický přístup ve prospěch abstrakce.

⁵⁷⁶ Formulace jsou stejné. Více k problému viz ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLÍČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 448 s., s. 244.

⁵⁷⁷ Kontinuita je tak zajištěna už Bruselské úmluvy z roku 1968. Viz též PAUKNEROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 441 s., s. 126.

⁵⁷⁸ Předcházející legislativou byla Bruselská úmluva z roku 1968 a nařízením č. 44/2001, tzv. nařízení Brusel I. Kontinuita výkladu je potvrzena nařízením Brusel I bis v odst. 38 jeho preambule.

⁵⁷⁹ Srov. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. července 2013. ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB proti Frank Koot a Evergreen Investments BV. Věc C-147/12. Identifikátor ECLI: ECLI:EU:C:2013:490. Odst. 28.

Pokud jde o určení místa vzniku škody,⁵⁸⁰ výklad článku 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis připouští obě předestřené možnosti. K tomuto závěru dospěl Soudní dvůr EU v rozhodnutí Shevill,⁵⁸¹ v němž byla řešena otázka škody způsobené pomluvou v tisku distribuovaném mezinárodně, tedy ve více různých státech. V tomto rozhodnutí Soudní dvůr EU konstatoval, že v takovém případě je místem, kde došlo ke vzniku škody to místo, kde je dotyčný vydavatel usazen, jelikož právě zde došlo k protiprávnímu jednání, jež je příčinou vzniklé škody. Dále dovodil, že místem, kde se škoda projevila, je také to místo, kde byl tisk distribuován za předpokladu, že zde byl poškozený znám. Právě zde se totiž projevily účinky protiprávního jednání.⁵⁸² V obou případech je založena pravomoc soudů vést v dané věci řízení, její rozsah je ale rozdílný. Soud určený podle místa protiprávního jednání je oprávněn projednat celý případ v plném rozsahu způsobené škody, zatímco soudy určené podle místa vzniku škody mohou projednat spor jen v rozsahu újmy způsobené v daném státě.⁵⁸³

⁵⁸⁰ Rozumí se škoda přímá, kdy je mezi protiprávním jednáním a jejím vznikem příčinná souvislost. K problematice viz ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ, V. *Evropský justiční prostor (v občanských otázkách)*. 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2003, 401 s., s. 209.

⁵⁸¹ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 7. března 1995. Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL a Chequepoint International Ltd proti Presse Alliance SA. Věc C-68/93.

⁵⁸² Více viz ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 448 s., s. 251.

⁵⁸³ Považujeme za nutné upozornit, že v oblasti hospodářské soutěže (tedy její veřejnoprávní části) obdobné omezení dovozeno nebylo. Soudy tedy v obou naznačených situacích mohou projednat škodu, jež byla způsobena kupř. kartelovou dohodou v plném rozsahu. Jsme toho názoru, že důvod rozdílného přístupu byl správně identifikován generálním advokátem Jääskinenem (přestože se ve svém stanovisku v konečných závěrech se Soudním dvorem EU neshodl), když ve svém stanovisku konstatoval, že se jeví užitečným zohlednit všechna místa, kde byl narušen trh porušením článku 101 Smlouvy o fungování EU, jelikož cílem pravidel práva hospodářské soutěže je chránit řádný průběh hospodářské činnosti, tedy zájem veřejný a nikoliv chránit individuální zájmy dané společnosti, jako je tomu v případě pomluv, ale i škody způsobené nekalosoutěžním jednáním. V oblasti hospodářské soutěže tento zájem naopak pokrývá celé území Evropské unie, což ospravedlňuje odlišný přístup. Srov. stanovisko generálního advokáta N. Jääskinenena přednesené dne 11. prosince 2014.

Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA (CDC) proti Evonik Degussa GmbH a další. Věc C-352/13, odst. 50. Pokud jde o reflexi v odborné literatuře viz např. WURMNEST, W. International jurisdiction in competition damages cases under the Brussels I Regulation: CDC Hydrogen Peroxide. *Common Market Law Review*, 2016, Issue 1, s. 242.

Zobecníme-li toto jinak velmi konkrétní řešení, pak platí, že Soudní dvůr EU sledoval hledisko protiprávního (protisoutěžního) chování a doplněné o hledisko zvláště úzké vazby mezi sporem a určitým státem. S ohledem na praktický postup v soudním řízení (možnosti a dostupnost v otázkách dokazování, doručování apod.) jen toto hledisko dostatečně ospravedlňuje založení pravomoci soudů výše uvedených států, neboť právě takové řešení nejlépe zohledňuje požadavek řádného a hospodárného soudního procesu.⁵⁸⁴ Ten by nebyl naplněn, pokud by spor měl být veden ve státě jiném, kde takto úzká vazba na spor dána není. To samozřejmě neznamená, že by zde spor nemohl být fakticky řešen, nebylo by to ale účelné.

Případ *Shevill* se sice týkal jen pomluvy v tisku, závěry v něm obsažené jsou nicméně analogicky přenositelné též do oblasti nekalé soutěže. Vzato do důsledku, pomluva ve skutečnosti není problematice nekalé soutěže vzdálená, naopak s ní úzce souvisí. Nekalá soutěž jako právní kategorie totiž zahrnuje mimo jiné též ochranu pověsti soutěžitele,⁵⁸⁵ která může být poškozena nejenom přímo (pomluvou, nekalým srovnáním v reklamě apod.), ale též prostřednictvím dalších typicky nekalosoutěžních praktik jako např. vyvoláním nebezpečí záměny v případě zboží či služby (nekvalitní neznačkové zboží vydávající se za kvalitní zboží originální). V obou případech má být nadto aplikována jedna a ta samá právní norma, a to na svou podstatou obdobnou situaci. Při jejím výkladu musí být sledován identický požadavek řádného a hospodárného soudního procesu, jenž je naplněn jen tehdy, je-li místo vedení sporu úzce spojeno s řešenou věcí. Opět přitom platí, že možná jsou i řešení jiná. Jen plně neodpovídají smyslu a duchu právní úpravy a v úvodu části V. nastíněnému doktrinálnímu základu.

Je-li tedy rozhodujícím kritériem zvláště úzká vazba k určitému státu a jejím projevem dle rozhodnutí *Shevill* je možnost vést soudní řízení tam, kde je protiprávně jednající (pomlouvající) osoba usazena, pak lze též dovést pravomoc soudů státu usazení osoby, která se dopustila nekalosoutěžního jednání. Spojujícím faktorem obou situací je totiž místo usazení, jež

⁵⁸⁴ Srov. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 21. května 2015. *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA (CDC) proti Evonik Degussa GmbH a další*. Věc C-352/13, odst. 41.

⁵⁸⁵ DYER, A. *Unfair Competitaion in Private International Law*. In: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1988 Vol. 211., s. 396 a násl.

lokalizuje protiprávně jednající osobu v prostoru a čase a vzniklá škoda. Situace se liší jen tím, jakým jednáním škoda byla způsobena, jež ale pro jeho povahu nelze považovat za dostatečně distinktivní prvek, který by ospravedlňoval jiné právní řešení.

Tentýž závěr platí též pro druhé pravidlo dovozené v případě Shevill. Zakládá-li dle rozhodnutí zvlášť úzkou vazbu účinek protiprávního pomlouvačného jednání, pak analogicky i v případě nekalosoutěžního jednání musí být založena pravomoc soudů toho státu, kde takový účinek nastal.

I zde ale musí platit stejná omezení, tedy výše uvedené tvrzení je platné jen za předpokladu, že se v tomto státě poškozený hospodářské soutěže účastnil. Požadavek účasti na hospodářské soutěži je obdobný rozhodnutím Shevill stanovenému požadavku známosti v dotčeném státě a má stejný význam. Známost je totiž zajištěna zapojením do veřejného života v daném státě, což je z hlediska podstaty ekvivalentem účasti na hospodářské soutěži. I zde, stejně jako v předchozím případě, druh jednání, který vedlo ke vzniku škody, není nadáno dostatečnou rozlišovací způsobilostí a nemá proto schopnost jednání v určitém místě ukotvit pro potřeby určení soudiště. Účinek protiprávního jednání naopak tuto schopnost bezpochyby má.

V.2.1.2 Určení soudiště dle nařízení Brusel I bis ve věcech nekalé soutěže v prostředí internetu

Tato obecná pravidla je nutné dále konkretizovat tehdy, pokud dochází k nekalosoutěžnímu jednání prostřednictvím internetu. Fyzické aspekty jednání, které se tak výrazně projeví v rozhodnutí Shevill, jsou zde relativizovány. Jednání učiněné prostřednictvím internetu totiž může mít účinky kdekoliv ve světě a platí to jak pro jednání osoby, která se nekalosoutěžního jednání dopustila, tak i pro možné následky ve vztahu k osobě, jíž byla újma způsobena. Jinými slovy, z pohledu strany, která nekalosoutěžně jedná, mohou být jejím jednáním teoreticky dotčeny veškeré státy světa.⁵⁸⁶ Obdobně pak z pohledu osoby, která se proti nekalosoutěžnímu jednání brání, přichází v úvahu možnost požadovat ochranu kdekoliv na světě, jelikož prostřednictvím internetu kdekoliv na světě potenciálně působí nebo působit může.

⁵⁸⁶ Srov. rozhodnutí Soudního dvora ze dne 25. října 2011. eDate Advertising GmbH a další proti X a Sociétés MGN LIMITED. Spojené věci C-509/09 a C-161/10. ECLI:EU:C:2011:68. Odst. 46.

Tento přístup by nicméně vedl ke zcela absurdním závěrům, totiž že spor může být veden prakticky kdekoliv, v jakémkoliv státě, čímž by byl popřen samotný smysl a účel existence nařízení Brusel I bis. Rovněž by bylo relativizováno pravidlo pro určení soudní pravomoci stanovené v čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis. Je nutné je proto odmítnout. Rizika jsou ostatně i faktická. Takto by totiž snadno mohla být opakovaná soudní řízení zneužita šikanózním způsobem, zvláště v kombinaci s instituty předběžných opatření.⁵⁸⁷

Řešení této situace lze opět dovodit z judikatury Soudního dvora EU vztahující se k pomluvě.

V případě eDate Advertising Soudní dvůr EU posuzoval situace, kdy byla prostřednictvím internetových stránek šířena informace zasahující do osobnostních práv dotčených osob. Případ nebyl komplikovaný z pohledu směrnice 2000/31, tedy pokud jde o určení osoby, která je odpovědná za šířené informace. Otázka zněla, jak lze pravidla pro určení pravomoci adaptovat podmínkám prostoru internetu.

Jak generální advokát, tak i Soudní dvůr EU dovodili, že určovatel jímž je distribuce, resp. šíření informace v podmínkách internetu a všudypřítomnost obsahu zveřejněných informací ztrácí na důležitosti,⁵⁸⁸ a „[N]avíc z technického hlediska není vždy možné tento rozsah šíření s určitostí a spolehlivostí kvantifikovat ve vztahu ke konkrétnímu členskému státu, a proto ani obhodnotit újmu způsobenou výlučně v tomto členském státě“⁵⁸⁹ Nutnou reakcí práva proto musí být upřesnění podmínek určení pravomoci. V centru pozornosti zůstává hledisko zvláště úzké vazby mezi sporem a určitým státem, která je v tomto rozhodnutí vymezena prostřednictvím „místa centra zájmu“⁵⁹⁰ újmou dotčené

⁵⁸⁷ A nejde jen o možné dočasné omezení vyplývající vždy z povahy sporu, ale již samotný fakt, že je proti určitému subjektu vedené soudní řízení může mít značné negativní dopady, např. pokud jde o důvěru ze strany investorů (zejména v případech začínajících podnikatelských projektů) či obchodních partnerů.

⁵⁸⁸ Viz stanovisko generálního advokáta Cruze Villalóna ze dne 29. března 2011. eDate Advertising GmbH proti X (C-509/09) a Olivier Martinez a Robert Martinez proti MGN Limited (C-161/10). Spojené věci C-509/09 a C-161/10, odst. 44 až 47 a rozhodnutí eDate Advertising odst. 46.

⁵⁸⁹ Rozhodnutí eDate Advertising odst. 45.

⁵⁹⁰ Tímto místem je dle Soudního dvora místo, „...obecně místo jejího obvyklého bydliště. Osoba však může mít centrum svých zájmů také v členském státě, v němž nemá obvyklé bydliště, pokud jiné indície, jako například výkon profesní činnosti, mohou prokázat zvláště úzkou vazbu ke tomuto státu.“ Ibidem, odst. 49.

osoby. Zde pak tato osoba může žalovat na náhradu celé způsobené újmy. Problém spočívá v tom, zda je tento přístup skutečně konzistentní s účelem nařízení Brusel I bis,⁵⁹¹ oprávněně lze totiž namítat, že nikoliv.⁵⁹² V případě nekalé soutěže je místem centra zájmů ten stát, kde je dotčený soutěžitel usazen, případně stát jiný, kde má své místo podnikání nebo kde se účastní hospodářské soutěže. Žalovat je samozřejmě možné i ve státech jiných, pak již ale pouze s ohledem na újmu způsobenou v daném státě.⁵⁹³

V.2.1.3 Určení sudiště dle nařízení Brusel I bis ve věcech nekalých obchodních praktik

Soukromoprávní prosazování hraje významnou roli při prosazování unijní úpravy nekalé soutěže a zákazu nekalých obchodních praktik. Jak směrnice 2006/114, tak i směrnice 2005/29 výslovně požadují, aby členské státy zajistily prostředky jejich prosazování prostřednictvím žaloby podané přímo jednotlivci, nebo jejich sdruženími ohledně klamavé reklamy či v případě nedovolené srovnávací reklamy, jakož i v případě dotčení prostřednictvím nekalých obchodních praktik.⁵⁹⁴ Tento mechanismus prosazování práva Evropské unie zdola má řadu výhod. Dotčení jednotlivci jsou zpravidla osobně motivováni porušování řešit, protože jsou to právě oni, kdo je protiprávním jednáním dotčen. Zároveň se jedná o mechanismus bezprostřední a to hned ze dvou důvodů. Umožňuje zajištění nápravy přímo v dotčené věci ve vazbě na dotčenou osobu. Zároveň se jedná o obranu, která nevyžaduje zprostředkování s rizikem možnosti uvážení, zda k prosazování unijních

⁵⁹¹ Zejména pokud je o požadavek „vysoké předvídatelnosti“ pravidel pro určení pravomoci, jak je ostatně výslovně vyjádřen v preambuli nařízení Brusel I Bis odst. 15.

⁵⁹² Význam určovatele šíření informace je v prostředí internetu snížen, protože vede k nejistotě, což Soudní dvůr EU reflektuje. Následně však namísto kompenzace tohoto nedostatku (z pohledu pravidel mezinárodního práva soukromého) a volby přístupu, který pomůže právní jistotu zvýšit, v podstatě rezignuje a zavádí přístup, který na právní jistotě nepřídává, spíše naopak. Srov. KUIPERS, J. Joined Cases C-509/09 & 161/10, eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011. *Common Market Law Review*. 2012, Issue 3, s. 1220.

⁵⁹³ Srov. ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 448 s., s. 225.

⁵⁹⁴ Viz článek 5 směrnice 2006/114 a článek 11 směrnice 2005/29.

standardů přistoupit, či nikoliv. V případě nekalé soutěže vše výše uvedené bereme za zcela samozřejmé. Ve vztahu k nekalým obchodním praktikám tomu už tak s ohledem na veřejnoprávní charakter úpravy nemusí být.

V případě spotřebitelských smluv obsahuje nařízení Brusel I bis pravidla stanovící speciální pravomoc. Projevuje se zde všeobecný konsens prostupující unijním právem jako celkem, že spotřebitele je nutno rozumně (tj. nikoliv absolutně) chránit. Tato pravidla umožňují spotřebiteli žalovat ze spotřebitelské smlouvy druhou stranu buď u soudů členského státu, v němž má žalovaná strana bydliště, nebo u soudu místa bydliště spotřebitele.⁵⁹⁵ Vlastní úprava těchto pravidel spadá spíše do oblasti spotřebitelského práva, nebylo by proto systematické se jejím rozboru na tomto místě věnovat.⁵⁹⁶

Problém spatřujeme jinde. Nekalosoutěžní praktiky, jakož i nekalé obchodní praktiky, přesahují rámec samotného kontraktu a mohou být činěny již ve fázi prekonsenzuální. Situaci pak dále komplikuje fakt, že nekalé obchodní praktiky činěné v prekonsenzuální fázi zpravidla k uzavření smlouvy směřují. Vzniká proto otázka, jak k nim z pohledu nařízení Brusel I bis přistoupit. Možností je buď široké chápání smlouvy zahrnující též fázi před-smluvní, nebo naopak uchopení tohoto problému prostřednictvím úpravy mimosmluvních závazků. Soudní dvůr EU tento problém řešil v rozhodnutí Henkel.⁵⁹⁷ Skutkový stav tohoto sporu spočíval v činnosti pana Henkela, německého státního příslušníka, který v obchodních jednáních se zákazníky z Vídně použil nekalé obchodní praktiky rakouským právem zakázané. Pro toto jednání byl žalován ze strany jednoho z rakouských neziskových sdružení na ochranu spotřebitele.

Z pohledu právního je podstata problému v tom, že:

1. spor nemá přímou vazbu na žádnou smlouvu, a žalobu podává osoba třetí, která i kdyby smlouva skutečně uzavřena byla, nebude její smluvní stranou;

⁵⁹⁵ V člancích 17 až 19 nařízení Brusel I bis.

⁵⁹⁶ Odkazujeme proto na odbornou literaturu. Např. ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 448 s., s. 273 a násl. či PAUKNEROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 441 s., s. 146 a násl.

⁵⁹⁷ Rozhodnutí Soudního dvora ze dne 1. října 2002. Verein für Konsumenteninformation proti Karlu Heinz Henkelovi. Věc C-167/00.

2. žaloba je podávána ještě předtím, než vznikne skutečná škoda, ve fázi, kdy je podávána má preventivní charakter;⁵⁹⁸
3. sdružení na ochranu spotřebitele neprosazuje zájem vlastní, ale zájem veřejný.

Aktivaci speciálních pravidel pro určení pravomoci soudů v této věci s mezinárodním prvkem brání bod 2. z přehledu výše. Problém specifikovaný v bodě 1. by totiž bylo jinak možné překonat širokým pojetím „smlouvy“ tak, že zahrnuje i předšmluvní jednání. Uplatnění pravidel pro určení pravomoci podle pravidel pro mimosmluvní závazkové vztahy brání bod 2 a 3., škoda totiž ještě nevznikla, jen více či méně reálně hrozí a, navíc vznikne jinému subjektu. Použití nařízení Brusel I bis v případě bodu 4. brání fakt, že se týká pouze věcí občanskoprávních a obchodních a nezasahuje do oblasti práva veřejného.

Na straně druhé je ale faktem, že spotřebitelské sdružení je soukromoprávní osobou, která není dána žádným speciálními pravomocemi či pověřena výkonem veřejné moci. I kdybychom vzali za své široké pojetí konceptu smlouvy, jakože přístup unijního práva takový v současné době není,⁵⁹⁹ nelze do tohoto konceptu žádným způsobem zahrnout osobu, která smluvní stranou není, nikdy nebyla a ani nebude.⁶⁰⁰ Nadto z již existující judikatury Soudního dvora EU vyplývá, že se úprava deliktů a kvazideliktů v nařízení Brusel I bis týká všech otázek, které směřují k uplatnění odpovědnosti žalovaného a které nejsou záležitostmi, jež se týkají smluv a pravidel pro ně stanovených.⁶⁰¹ A konečně, pokud jde o to, že škoda dosud nevznikla, pak z interpretace článku 7 odst. 3 nařízení Brusel I bis požadavek skutečného

⁵⁹⁸ Nutno zdůraznit, že z pohledu cílů sledovaných Evropskou unií ve vztahu k ochraně spotřebitele mají preventivní žaloby či opatření obecně mimořádný význam, jelikož pro dotčené osoby bude zpravidla lepší škodě předcházet, než ji následně složitě právní cestou řešit. Viz WILMAN, F. G. The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for Common. *Market Law Review*. 2016, Issue 4, s. 915.

⁵⁹⁹ Srov. stanovisko generálního advokáta Saugmandsgaarda „*Ačkoliv se tedy pojem smluvního závazkového vztahu neomezuje na závazkové vztahy mezi účastníky řízení, znamená přinejmenším konkrétní a existující závazek...*“ Stanovisko generálního advokáta H. Saugmandsgaarda Øe ze dne 2. června 2016. Verein für Konsumenteninformation proti Amazon EU Sàrl. Věc C-191/15, odst. 50.

⁶⁰⁰ Nadto tato osoba sama není v postavení spotřebitele.

⁶⁰¹ Ibidem, odst. 36.

vzniku škody nevyplývá jako předpoklad jeho aplikace, ani není rozhodujícím faktorem pro určení příslušného soudu, což jasně dokazuje i případ *Shevill*, který byl rozebírán v kapitole předchozí.⁶⁰²

Preventivní žaloby na ochranu spotřebitele před nekalými obchodními praktikami, které byly podány sdruženými na ochranu spotřebitele, proto jsou věcí deliktní či kvazideliktní odpovědnosti a pravomoc v nich je určována na základě nařízení Brusel I bis,⁶⁰³ což ostatně potvrzuje i aktuální judikatura Soudního dvora EU.⁶⁰⁴

V.2.2 Rozhodné právo ve věcech nekalé soutěže

Kolizní úprava sledované problematiky je přímočařejší tím, že problematiku nekalé soutěže na rozdíl od úpravy procesní výslovně upravuje. Je to důsledkem historického vývoje, který vedl k identifikaci nekalé soutěže jako jedinečného a samostatného mimosmluvního závazku, který vyžaduje svou vlastní kolizní úpravu.⁶⁰⁵ Právní úprava je v unijním právu obsažena v nařízení Řím II v ustanovení článku 6, který zahrnuje jak oblast soukromoprávní (nekalou soutěž), tak i oblast veřejnoprávní (hospodářskou soutěž v užším pojetí).⁶⁰⁶ Spojujícím prvkem obou těchto částí je to, že tato právní úprava poskytuje ochranu soukromoprávním nárokům z obou uvedených oblastí soutěžního práva.⁶⁰⁷

Z pohledu koncepčního lze konstatovat, že právní úprava kolizní problematiky nekalé soutěže v nařízení Řím II není postavena na hledisku zájmu států, ale vychází z odlišných a pevně daných kritérií, v jejichž středu leží

⁶⁰² Ibidem, odst. 46.

⁶⁰³ ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. 1. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 448 s., s. 225.

⁶⁰⁴ Viz rozhodnutí Soudního dvora ze dne 28. července 2016. Verein für Konsumenteninformation proti Amazon EU Sàrl. Věc C-191/15, odst. 38.

⁶⁰⁵ Srov. DYER, A. Unfair Competition in Private International Law. In: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1988 Vol. 211., s. 431.

⁶⁰⁶ Patrně je to též důsledek trendu jistého sblížení přístupu k hospodářské soutěži v unijním právu s přístupy, které jsou tradiční v právu Spojených států amerických, kde se striktní rozdíl mezi nekalou soutěží a hospodářskou soutěží není pocítován a kde úprava nekalé soutěže míří na prostředky omezování soutěže, zatímco soutěž hospodářská na účinky. Ibidem, s. 403.

⁶⁰⁷ Srov. ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. 1. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 448 s., s. 177.

individuální zájmy spotřebitelů a soutěžitelů.⁶⁰⁸ Politika státu a potažmo i Evropské unie se přesto znatelně projevuje, jak ostatně deklaruje i preambule tohoto nařízení, když vymezuje Unii sledovaný cíl, jímž je ochrana soutěžitele, spotřebitele a veřejnosti a řádného fungování tržního hospodářství,⁶⁰⁹ kdy takto pojatý cíl lze chápat též projekci zájmu veřejného.⁶¹⁰

S ohledem na to, že nařízení Řím II používá pojem „*nekalá soutěž*“ je nutné zdůraznit povinnost autonomního výkladu.⁶¹¹ Jeho význam tudíž není nijak spjat s významem tohoto pojmu v právu českém. Na straně druhé nutné vykládat nařízení Řím II ve vazbě na jiné nástroje unijního práva, včetně nařízení Brusel I bis. Instituty a pojmy rozebírané výše při výkladu nařízení Brusel I bis proto mají svůj odraz i rámci kolizní problematiky rozebírané v této části publikace.⁶¹² Nebudou zde proto znovu opakovány.

V souvislosti s rozebíranou problematikou považujeme za nezbytné upozornit na § 2973 NOZ, který stanoví limit pro aplikaci českých nekalosoutěžních pravidel.⁶¹³ Toto ustanovení není kolizní normou, zabraňuje pouze

⁶⁰⁸ Symeonides, S. Rome II and Tort Conflicts: Missed Opportunity. *American Journal of Comparative Law* 2008. Issue 1, s. 183 a 184.

⁶⁰⁹ Preambule nařízení Řím II odst. 21.

⁶¹⁰ Soudní dvůr EU hovoří o zájmu kolektivním, dle jeho názoru platí, že: „*cílem čl. 6 odst. 1 uvedeného nařízení [nařízení Řím II. - vloženo autorem] je chránit kolektivní zájmy – přesahující rámec vztahů mezi stranami sporu – tím, že stanoví pravidlo konkrétně přizpůsobené tomuto účelu.*“ Viz výše citovaný případ C-191/15, odst. 45.

⁶¹¹ K tomu viz PAUKNEROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 441 s., s. 91, dále též KYSELOVSKÁ, T., ROZEHNALOVÁ, N. a kol. *Rozhodování Soudního dvora EU ve věcech příslušnosti (analýza rozhodnutí dle Nařízení Brusel Ibis)*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014, 514 s., s. 34 a násl.

⁶¹² Viz např. výše citovaný případ C-191/15, kde v odst. 38 a 39 Soudní dvůr EU povinnost soud konstatuje:

„*Soudní dvůr již v kontextu Úmluvy ze dne 27. září 1968 o soudní příslušnosti a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech... rozhodl, že preventivní žaloba podaná sdružením na ochranu spotřebitelů za účelem dosažení zákazu používání klauzulí považovaných za zneužívající ve smlouvách uzavřených obchodníkem s jednotlivci, má deliktivní nebo kvazideliktivní povahu ve smyslu čl. 5 bodu 3 této úmluvy... Ve světle cíle soudržného používání připomenutého v bodě 36 tohoto rozhodnutí je přitom úvaha – podle které se v oblasti ochrany spotřebitelů mimosmluvní odpovědnost vztahuje rovněž na porušení právního řádu vyplývající z používání zneužívajících klauzulí a úkolem sdružení na ochranu spotřebitelů je takovým klauzulím bránit... – v plném rozsahu přenositelná na výklad nařízení Řím I a Řím II. Je tak třeba konstatovat, že se žaloba na zadržení se jednání upravená směrnicí 2009/22 týká mimosmluvní odpovědnosti vyplývající ze skutečnosti vedoucí ke vzniku škody ve smyslu kapitoly II nařízení Řím II.*“

⁶¹³ § 2973 NOZ stanoví: „*Ustanovení této hlavy se nevztahují na jednání v rozsahu, v jakém má účinky v zahraničí, pokud z mezinárodních smluv, jimiž je Česká republika vázána a které byly vyhlášeny ve Sbírce mezinárodních smluv, nevyplyná něco jiného.*“

extrateritoriálnímu uplatňování nového občanského zákoníku. Nebrání však použití občanského zákoníku tehdy, pokud na něj odkáže určitá kolizní norma. Kolizní problematika v této oblasti je řešena výlučně unijním právem v nařízení Řím II, nikoliv českým občanským zákoníkem.

Rozhodným právem je dle nařízení Řím II právo země, ve které dochází nebo pravděpodobně dojde

1. k narušení soutěžních vztahů nebo
2. společných zájmů spotřebitelů.

Právní úprava má tedy preventivní charakter,⁶¹⁴ obdobně, jako to pro oblast procesní bylo dovozeno judikatorně Soudním dvorem EU v již rozebíraném případě Henkel. Pokud ovšem jednání z nekalé soutěže postihuje výlučně zájmy **určitého** (tj. konkrétního) soutěžitele, použije se obecný článek 4 nařízení Řím II a na jeho základě určené právo, jímž je buď *lex loci damni infecti* nebo *lex domicilii commissi*. Tento postup přichází v úvahu v případě podplácení, odlákávání zaměstnance, bojkotu určitého soutěžitele apod.⁶¹⁵ V literatuře se uvádí, že důvodem je relativně omezené narušení trhu,⁶¹⁶ domníváme se však, že přesnější je vycházet z toho, že takovým jednáním nebyl dotčen, respektive nepřevažuje, zájem veřejný, ale zájem soukromý, a z toho důvodu lze použít obecné pravidlo pro určení rozhodného práva.

Judikatura Soudního dvora EU v oblasti kolizní problematiky nekalé soutěže a v pojetí článku nařízení Řím II též nekalých obchodních praktik je omezená.

Aktuálním případem je v této práci již citované rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 28. července 2016, sp. zn. C-191/15, ve věci Verein für Konsumenteninformation proti Amazon EU Sàrl týkající se otázky kvalifikace závazků uplatněných v rámci žaloby na zdržení se jednání, jejímž cílem je zakázat používání nepřiměřených ustanovení ve smlouvách uzavíraných se spotřebiteli. Spor byl iniciován rakouským sdružením na ochranu spotřebitele proti lucemburské společnosti Amazon EU Sàrl působící na dálku

⁶¹⁴ ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 448 s., s. 177.

⁶¹⁵ Ibidem, s. 179.

⁶¹⁶ Ibidem, s. 179.

prostřednictvím německých webových stránek též v Rakousku. Žaloba byla podána proti nepřiměřeným podmínkám jejího webového obchodu, které tato společnost používala ve svých obchodních podmínkách s tím, že žalováno bylo na zdržení se tohoto jednání. Použitelnost článku 6 odst. 1 nařízení Řím II na tuto situaci byla dovozena s ohledem autonomní pojetí nekalé soutěže pro potřeby nařízení Řím II, když podle generálního advokáta Saugmandsgaarda se toto ustanovení vztahuje na „každý úkon, který by mohl změnit vztahy mezi účastníky na trhu, buď mezi konkurenty, nebo vůči spotřebitelům kolektivně“.⁶¹⁷ Soudní dvůr EU tuto argumentaci přijal. Je-li tedy pojetí nekalé soutěže podle nařízení Řím II takto široké, pak nutně musí zahrnovat též používání nepřiměřených podmínek vkládaných do obchodních podmínek, jelikož i ony narušují kolektivní zájmy spotřebitelů jako kategorie a ovlivňují podmínky hospodářské soutěže.⁶¹⁸

V.2.3 Dílčí závěr

Řešení problémů v oblasti určování mezinárodní pravomoci soudů a rozhodného práva se neobejde bez znalosti doktríny. Pravidla obsažená v nařízení Brusel I bis a nařízení Řím II totiž vykazují vysokou míru obecnosti. Nařízení Brusel I bis problematiku nekalé soutěže výslovně nezmiňuje vůbec, použijí se tedy alternativního pravidla stanovící kritéria pro soudní pravomoc pro mimosmluvní závazkové vztahy obecně obsažená v článku 7 odst. 2 tohoto nařízení. Žalobu je proto možné podat rovněž u soudu místa, kde došlo nebo může dojít ke škodné události. Výklad tohoto ustanovení je problematický, jelikož škodná událost může být chápána jako místo, kde škoda vznikla, nebo místo, kde došlo ke vzniku události, jež škodu zapříčinila. Pro potřeby nekalé soutěže je místo vzniku škody všude tam, kde se obchodník účastní hospodářské soutěže a je zde ve svých zájmech poškozen. V takto určených státech ovšem může být projednána újma, kterou zde utrpěl, nikoliv tedy újma celá jako v případě určovatele druhého. Pravidlo omezující rozsah škody, kterou lze v určitém státě projednat, je ovšem

⁶¹⁷ Viz stanovisko generálního advokáta H. Saugmandsgaarda *Oe* ze dne 2. června 2016. Verein für Konsumenteninformation proti Amazon EU Sàrl. Věc C-191/15, odst. 73.

⁶¹⁸ Viz rozhodnutí Soudního dvora ze dne 28. července 2016. Verein für Konsumenteninformation proti Amazon EU Sàrl. Věc C-191/15, odst. 42 a stanovisko generálního advokáta H. Saugmandsgaarda *Oe* ze dne 2. června 2016. Verein für Konsumenteninformation proti Amazon EU Sàrl. Věc C-191/15, odst. 73.

modifikováno pro újmu způsobenou v prostředí internetu použitím doplňkového kritéria centra zájmů obchodníka. V každé zemi, kde takové centrum zájmů má, typicky to bude všude tam, kde podniká, bude moci žalovat na celou utrpěnou újmu. V ostatním zůstává pravidlo nezměněno.

Kolizní úprava v nařízení Řím II výslovnou úpravu nekalé soutěže obsahuje. Výklad pojmu pro potřeby tohoto nařízení je autonomní na vnitrostátním právu a zahrnuje též problematiku nekalých obchodních praktik upravených unijním právem. Dopadá též na fázi předsmluvní (použije se i bez vazby na konkrétní smlouvu), je-li cílem žaloby zakázat používání nepřiměřených ustanovení ve smlouvách uzavíraných se spotřebiteli.

Rozhodným právem je podle článku 6 odst. 1 nařízení Řím II právo toho státu, kde dochází nebo kde pravděpodobně dojde k narušení soutěžních vztahů nebo společných zájmů spotřebitelů s výjimkou situací, které nemají obecný dopad v tom smyslu, že týkají se jen jednoho jediného soutěžitele. V takovém případě se použije postup upravený článkem 4 nařízení Řím II a rozhodným právem obecně bude právo země, kde škoda vznikla.

ZÁVĚR

Schopnost Evropské unie regulovat nekalou soutěž je limitovaná omezeným svěřením pravomoci ze strany členských států. Právo Evropské unie přitom ani po přijetí Lisabonské smlouvy problematiku nekalé soutěže přímo nereguluje na úrovni primárního práva. Určitá pravidla ovlivňující obsah vnitrostátní úpravy problematiky nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik přesto z primárního práva lze dovodit. Primární právo totiž představuje významný limit pro vnitrostátního zákonodárce, jenž se projevuje vždy tehdy, kdy by vnitrostátní úprava mohla narušit fungování intraunijního obchodu se zbožím a službami. Obrana ve vnitrostátním právu před nekalou soutěží a regulace nekalých obchodních praktik je nicméně do určité míry přece jen přípustěna, a to judikaturou Soudního dvora EU. Reflektován je totiž veřejný zájem na ochraně před jednáním, které je obecně považováno v celé Evropské unii za nežádoucí.

Negativní vymezení vnitrostátní úpravy, která je z pohledu svobod vnitřního trhu problematická, a tudíž primárním právem zakázaná, není samo o sobě dostatečné. Překážky obchodu byly řešeny v jednotlivých případech, scházelo však koncepční řešení. Tím je úprava společná, resp. harmonizovaná. Evropská unie proto prostřednictvím sekundárního práva přímo stanovila standardy úpravy v oblasti regulace klamavé reklamy, reklamy srovnávací a nekalých obchodních praktik. Přijata již byla také společná úprava ochrany obchodní tajemství a know-how. Harmonizací úpravy je eliminován prostor pro odlišnou úroveň ochrany v jednotlivých členských státech, právě ta přitom byla zdrojem problémů vedoucích k soudním sporům.

Z výše uvedeného vyplývá, že unijní úprava nereguluje problematiku nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik komplexně, ale pouze výběrově v otázkách, které úzce souvisí s fungováním vnitřního trhu a hospodářské soutěže v jeho rámci probíhající. Tím se unijní úprava koncepčně zásadně liší od úpravy vnitrostátní. Zkušenosti z okolních států pak ukazují, že unijní úprava buďto může být obecnou vnitrostátní úpravou „vstřebána“ (jako je tomu v případě Německa), případně se může projevit zakotvením

(ev. úpravou) zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže v občanském zákoníku (či dříve obchodním zákoníku) a úpravou zákona o ochraně spotřebitele (jako je tomu v případě České republiky či Slovenska).

V současné době otevřenou otázkou je úprava českého práva v souvislosti s implementací směrnice o obchodním tajemství. Domníváme se, že stávající generální klauzule nekalé soutěže společně s dílčí úpravou porušení obchodního tajemství v § 2985 by mohla být dostačující. Zákonodárce se nicméně i přesto patrně vydá cestou doslovného převzetí směrnice a úpravy již existující skutkové podstaty. Odpovídalo by to jeho dosavadnímu přístupu a z tohoto důvodu toto řešení preferujeme. Nezbytná bude též úprava předběžných a zajišťovacích opatření v případě porušení ochrany obchodního tajemství v českém občanském zákoníku. Návrh právní úpravy nekalých obchodních praktik v potravinářském dodavatelském řetězci zatím žádnou reakci ze strany českého zákonodárce nevyžaduje. Příslušná směrnice dosud nebyla přijata.

Přístup Evropské unie k harmonizaci nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik není jednotný. V oblasti nekalosoutěžní úpravy klamavé reklamy pro vztahy mezi soutěžiteli má unijní úprava povahu minimálního standardu, totéž platí pro novou úpravu ochrany obchodního tajemství. To českému právu ponechává prostor pro vlastní přísnější řešení, a to ať už v legislativní rovině, nebo též v rozhodovací praxi českých soudů. Problematika srovnávací reklamy a úprava nekalých obchodních praktik je naopak harmonizací úplnou, kde prostor pro odlišná řešení vůbec není dán.

Unijní regulace klamavé a srovnávací reklamy je sice obsažena v jedné směrnici (směrnice 2006/114), vykazuje však jisté odlišnosti. Klamavá reklama není častým důvodem sporů v řízeních před Soudním dvorem EU. Patrně je to způsobeno možností členských států upravit tuto oblast přísněji, než předpokládá unijní standard. Pokud již někde problémy vznikají, je to v případě úplných zákazů reklamy, kde ale důvodem není její klamavost, ale škodlivost resp. společenská nebezpečnost inzerovaného produktu (typicky alkoholu). Harmonizace klamavé reklamy v právu Evropské unie byla neproblematická též z toho důvodu, že se nejednalo o koncept nový, členským státům neznámý. V české právu se je definice reklamy obsažena v § 1 ZRR a vymezení reklamy klamavé v § 2977 OZ. Do tohoto ustanovení

byla převzata definice obsažená ve směrnici 2006/114 s dílčími terminologickými změnami, které ale nemění podstatu úpravy, jelikož je možné je dát do souladu eurokonformním výkladem. Definice reklamy zahrnuje tři klíčové prvky, předvedení, šíření v souladu s obchodní činností a podporu odbytu. Jejich výklad obvykle nepůsobí problémy, pochybnosti však v poslední době vznikaly v souvislosti s moderními způsoby elektronické komunikace. Regulace klamavé reklamy je technologicky neutrální, tudíž umožňuje plně pokrýt i nové formy reklamy.

Klamavost je posuzována na základě řady kritérií, jejichž výčet je ve směrnici 2006/114 demonstrativní, čímž se liší od taxativního výčtu zakázaných klamavých obchodních praktik obsažených ve směrnici 2005/29, které jinak plní podobnou funkci. Kritéria se týkají především povahy zboží a služeb, jejich ceny a osoby zadavatele reklamy.

Tendence rozhodovací praxe Soudního dvora EU ohledně srovnávací reklamy směřují k jejímu liberálnějšímu pojetí a vyzdvihování jejího přínosu zejména pro spotřebitele. Judikatura Soudního dvora EU ke srovnávací reklamě je poměrně frekventovaná a rozvinutá, ne vše ale již bylo objasněno. Lze nicméně konstatovat, že podmínky pro využití srovnávací reklamy jsou jak ve směrnici, tak i následně v českém právu celkově nastaveny poměrně přísně, což brání jejímu širšímu využívání v praxi. S ohledem na úplnou harmonizaci v této oblasti s touto skutečností nelze na úrovni práva českého mnoho dělat. Pokud jde o implementaci směrnice 2006/114, lze konstatovat, že přes dílčí pochybení českého zákonodávce (zejména ve vztahu k podmínce zákazu zlehčování) a nepřesnosti (u podmínky klamavosti a otázky srovnání ceny) je česká úprava klamavé a srovnávací reklamy s unijní úpravou kompatibilní a naznačené nedokonalosti české úpravy lze odstranit eurokonformním výkladem.

Problematika nekalých obchodních praktik přesahuje rámec toho, co je v podmínkách českého právního řádu řazeno do rámce nekalé soutěže. Dotčeno je totiž nejen vlastní jednání podnikatele, ale též obsah smluv, které jsou se spotřebiteli uzavírány. Zároveň se tato problematika nedotýká celé triády právem proti nekalé soutěži chráněných zájmů, ale primárně jen vlastní ochrany spotřebitele (za respektování nepřímé ochrany ve vztahu k ostatním podnikatelům a dalším účastníkům trhu). Právní úprava nekalých

obchodních praktik má nadto veřejnoprávní charakter. I proto byla tato problematika v českém právu upravena začleněním do zákona o ochraně spotřebitele. Myslitelný by ovšem byl i přístup odlišný, který by tuto problematiku postihl přímo v rámci právní úpravy nekalé soutěže (tedy ve stávajícím občanském zákoníku). Jeho nevýhodou by ovšem byla menší zřejmost nutnosti odlišného zacházení se spotřebiteli a podnikateli vyplývající z vlivu směrnice 2005/29.

V případě úpravy nekalých obchodní praktik činí problémy fakt, že řada otázek je vyloučena z jejího dosahu. Pozornost proto musí být věnována jejím vnějším a vnitřním mezím. Dříve, než se přistoupí k přezkumu nekalého charakteru konkrétní obchodní praktiky, je proto třeba určit, zda předmětná věc vůbec spadá do rozsahu působnosti směrnice 2005/29. Z hlediska osobní působnosti směrnice 2005/29 je nutno zkoumat, zda se jednání podnikatele (jeho obchodní praktika) zaměřuje na „spotřebitele“, resp. směřuje vůči spotřebiteli. Z hlediska věcné působnosti se směrnice 2005/29 vztahuje na obchodní praktiky, přičemž extenzivně pojatá definice sem zahrnuje všechny úkony podnikatele, jejichž cílem je přivést spotřebitele k uzavření smlouvy, ale také praktiky poprodejní.

Jako nekalá obchodní praktika bude kvalifikováno pouze takové jednání, které bude zachyceno v tzv. třístupňovém testu nekalosti. Nejprve se zkoumá, zda konkrétní jednání podnikatele nespadá do některého z jednatřiceti vždy zakázaných jednání podle tzv. černé listiny nekalých obchodních praktik, v negativním případě se následně posuzuje, zda jednání podnikatele nenaplnuje znaky klamavého jednání či klamavého opomenutí nebo agresivní obchodní praktiky, tato ustanovení jsou označována nejčastěji jako tzv. malé generální klauzule nebo tzv. šedé listiny nekalých obchodních praktik. Pokud jednání podnikatele nelze podřadit ani pod tato ustanovení, ověřuje se, zda toto jednání není zachyceno generální klauzulí nekalých obchodních praktik.

Referenčním kritériem při posuzování toho, zda je určitá praktika podnikatele nekalou soutěží či nekalou obchodní praktikou, je tzv. průměrný spotřebitel. Koncept průměrného spotřebitele je v právu Evropské unie vymezen normativně, a to judikaturou Soudního dvora EU. Přístup českých soudů je v tomto ohledu konformní a problémy nepůsobí. Přístup Soudního dvora EU je charakteristický tím, že vychází z vysokého standardu modelu

průměrného spotřebitele jako osoby znalé, zkušené, obezřetné. Důraz naopak není kladen na individuální specifika konkrétních osob. Platí nicméně, že pokud je určitá obchodní praktika podnikatele zaměřena pouze na konkrétně vymezenou skupinu spotřebitelů, posuzuje se tato praktika průměrným členem této skupiny.

Vedle průměrného spotřebitele chrání právo Evropské unie též spotřebitele zvláště zranitelného. Tento koncept se uplatňuje na případy spotřebitele ohroženého praktikami podnikatele z důvodů na straně spotřebitele pokud jde o jeho věk, fyzickou či duševní slabost nebo důvěřivost. Tato kritéria jsou dle odborné literatury i Pokynů Komise EU považována za demonstrační, text směrnice 2005/29 však naznačuje spíše jejich taxativní charakter. Nutno zdůraznit, že koncept ochrany zvláště zranitelného spotřebitele nepředstavuje zanedbatelný doplněk ochrany spotřebitele průměrného. Naopak, v praxi počet zvláště zranitelných spotřebitelů může převýšit počet spotřebitelů průměrných. Důsledky pro praxi jsou značné, obchodní praktiky je nutno přizpůsobovat cílové skupině a standardu její ochrany.

Řešení mezinárodněprávních problémů spojených s praktikami podnikatele, jež mají povahu nekalé soutěže nebo nekalé obchodní praktiky, je komplikováno obecností úpravy obsažené v právu Evropské unie. Nařízení Brusel I bis problematiku nekalé soutěže výslovně neupravuje, použít je proto nutné alternativní pravidla stanovící kritéria pro soudní pravomoc pro mimosmluvní závazkové vztahy podle článku 7 odst. 2 tohoto nařízení. Soudní řízení proto bude vedeno u soudu místa, kde došlo nebo může dojít ke škodné události, tzn. v místě, kde škoda vznikla, nebo tam, kde došlo ke vzniku události, jež škodu zapříčinila. Količní úprava v nařízení Řím II výslovnou úpravu nekalé soutěže obsahuje. Rozhodné právo se podle tohoto nařízení určí na základě článku 6 odst. 1 a bude jím právo toho státu, kde dochází nebo kde pravděpodobně dojde k narušení soutěžních vztahů nebo společných zájmů spotřebitelů. Výjimkou jsou pouze situace, které nemají obecný dopad v tom smyslu, že týkají se jen jednoho jediného soutěžitele, pak totiž bude rozhodným právo státu, kde škoda vznikla.

SUMMARY

The legal regulation of unfair competition and some aspects related to it have evolved considerably over the past years. Changes were made for reasons that can be seen as both internal and external from the perspective of Czech law. The process of internal changes resulted from recodification of Czech private law and the related transformation or at least adjustment of numerous legal concepts. Although often adopted from the previous legislation without any marked changes, these concepts were influenced especially in terms of interpretation and also underlying values. External changes are attributable to European Union law and the closely related process of Europeanisation of Czech private law.

It should be noted in this respect that the process of Europeanisation of Czech law has not been completed, and rather continues to take a dynamic course. The legal regulation of unfair competition and unfair commercial practices shows a clear gradual shift from the national level to the sphere of European Union law. Impulses for adopting EU-level regulation come directly from European Union law, especially in relation to the functioning of the free movement of goods and the freedom to provide services, as well as in response to the need to protect the weaker contracting party as a component of the consumer protection policy. In this context, it is particularly important to identify the scope of powers of the European Union, as doing so will also define the scope for the national regulation. The first part of the monograph is dedicated to this topic.

European Union law already regulates misleading and comparative advertising; unfair commercial practices are also embodied in EU law in relation to consumers. Furthermore, the European Union recently adopted new legislation regulating unfair-competition aspects of the protection of business secrets, which will now be gradually implemented in the national provisions. A debate has also been initiated which should result in adoption of EU legislation broadening the principles of protection against certain unfair commercial practices. Consequently, this legislation, as well as its trends and further development, are also discussed in this book.

Harmonisation between national provisions and European Union law gives rise to both common ground and tensions. The latter become fully apparent especially in the process of interpretation and application of national law adopted as a result of implementation of the law introduced by EU directives. Therefore, this book aims at analysing the European Union legislation in the area under scrutiny and comparing it with the provisions adopted for its transposition to Czech law. Consequently, it examines Directive 2005/29 and Directive 2006/114, as well as the question of how they were transposed into the Civil Code and the Consumer Protection Act. At the same time, the monograph aims at analysing in detail the relevant case-law of the Court of Justice of the European Union and supreme Czech courts as this is the only way of detecting with certainty whether EU standards have been implemented to the full extent and properly.

The free movement of goods and the ongoing harmonisation between national substantive law and the European Union law facilitates cross-border transactions. Computerisation of services and intensified use of the Internet also contribute to the development of trade. Problems that could once be addressed almost exclusively or at least prevalingly at a national level are presently assuming an international character. Therefore, the topic of unfair competition and unfair commercial practices must also be examined from the viewpoint of private international law and procedure. In this case too, the effects of European Union law are clearly visible as EU law has replaced national conflict-of-law rules and rules of procedure with unified EU provisions. The closing part of the book discusses the aspects of cross-border enforcement of the right to protection against unfair competition. The objective of the final section of the text is to identify the available instruments of protection against unfair competition with cross-border implications and to determine the governing law and jurisdiction.

The European Union's ability to regulate unfair competition is impaired by the limited powers conferred on the EU by the Member States. As a matter of fact, primary EU law does not directly regulate unfair competition even after the adoption of the Lisbon Treaty. Nevertheless, certain principles that have an effect on the national regulation of unfair competition and unfair commercial practices can be inferred from primary law. Primary

law represents a major limitation for the national legislature, one which comes into play whenever national provisions could impair the functioning of intra-Union trade in goods and services. However, protection against unfair competition and regulation of unfair commercial practices in national law are admitted to some extent by case-law of the Court of Justice of the EU. Indeed, it is imperative to take account of the public interest in protection against conduct which is generally deemed undesired throughout the European Union.

The negative delimitation in the national provisions, which are problematic in terms of freedoms in the internal market and hence prohibited by primary law, is inadequate in itself. Barriers to trade were addressed on a case-by-case basis, without any underlying concept. The common, harmonised regulation is what provides the required platform. This is why the European Union has directly set regulation standards through its secondary law, presently in the area of regulation of misleading advertising, comparative advertising and unfair commercial practices. Legislation regulating protection of business secrets has also been adopted. Harmonisation of the regulation eliminates room for varying levels of protection in various Member States, which was a source of problems leading to court disputes.

It follows from the foregoing that EU provisions do not regulate unfair competition and unfair commercial practices in a comprehensive manner, but merely selectively in aspects that are closely related to the functioning of the internal market and competition taking place in the internal market. This is where the concept of the European Union regulation fundamentally differs from the national provisions. Experience from the neighbouring countries shows that the European Union regulation can either be “absorbed” by general national provisions, as is the case of Germany, or may act through specification of special merits of unfair competition in the Civil Code (the Commercial Code in the past) and the adoption of a separate law on consumer protection, as is the case of the Czech Republic and Slovakia.

The regulation in Czech law connected with implementation of the Trade Secrets Directive is presently an open question. We believe that the existing general clause of unfair competition is sufficient. Despite this, the legislature

will take the path of explicit regulation and specification of special merits. This would be compatible with the legislature's approach up to date and we therefore prefer this solution. Nevertheless, it will be necessary to stipulate provisional and protective measures in relation to a breach of protection of business secrets in the Czech Civil Code. For the time being, the draft legal regulation of unfair commercial practices in the food supply chain does not require any response by the Czech legislature. The relevant Directive has not been adopted as yet.

The European Union's approach to the harmonisation of unfair competition and unfair commercial practices is not uniform. In terms of regulation of misleading advertising under unfair competition law, the EU provisions operate as a minimum standard; the same holds true for the new regulation of protection of business secrets. This gives room to Czech legislation for its own stricter concept in terms of both legislation and decision-making practice of Czech courts. Comparative advertising and regulation of unfair commercial practices are subject to full harmonisation, leaving no room whatsoever for diverging concepts.

Although the EU provisions on misleading and comparative advertising are comprised in a single directive, there are certain differences. Misleading advertising is not a frequent source of litigation before the Court of Justice of the EU. This seems to be due to the Member States' option to regulate misleading advertising more stringently than the EU standard. One area where problems occur is the complete ban on advertising; however, this is not motivated by misleading nature, but instead by harmfulness – the advertised product (typically alcohol) poses a danger to society. Another reason why the harmonisation of misleading advertising in European Union law encountered no difficulties is because it was a new concept unknown to the Member States. In Czech law, the definition of advertising is contained in Section 1 of the Advertising Regulation Act, and misleading advertising is defined in Section 2977 of the Civil Code. The definition comprised in Directive 2006/114 was adopted in the latter provision with some minor changes in terminology that do not alter the principle of the regulation as they are compatible with Euro-conforming interpretation. The definition of advertising encompasses three key elements – presentation,

dissemination in accordance with business activities and promotion of supply. As a rule, interpretation of these three elements is straightforward, although certain doubts recently emerged in connection with the modern means of electronic communications. Being technologically neutral, the regulation of misleading advertising is also capable of fully covering new forms of advertising.

Misleading nature is assessed using a number of criteria which are listed non-exhaustively in Directive 2006/114, as opposed to the exhaustive list of prohibited misleading commercial practices contained in Directive 2005/29, which otherwise serves a similar function. The criteria are related primarily to the nature of goods and services, their price and the identity of the advertiser.

The decision-making practice of the Court of Justice of the EU regarding comparative advertising shows tendencies towards a liberal approach and highlighting the benefits of comparative advertising especially for the consumer. The case-law of the Court of Justice of the EU concerning comparative advertising is relatively frequent and developed although not everything has been clarified to date. Therefore, questions remain, e.g., regarding comparisons of the “baskets of goods”, use of trademarks of competitors in advertising, etc. Nevertheless, it can be stated that the conditions for using comparative advertising are generally set relatively strictly in the Directive and, consequently, also in Czech law, and this arrangement prevents any extensive use of comparative advertising in practice. Considering the full harmonisation in this area, not much can be done about this in the Czech legislation. In terms of implementation of Directive 2006/114, despite certain differences, the Czech regulation of misleading and comparative advertising is compatible with the EU provisions.

Unfair commercial practices are an area which exceeds the framework of what the Czech legislation places in the unfair competition category. Indeed, they concern not just the very conduct of a trader but also the contents of contracts with consumers. At the same time, this is an area which does not relate to the entire triad of interests protected by the law against unfair competition, but primarily just to consumer protection. In addition, the legal regulation is part of public law. This is one of the reasons why

this matter was regulated through a separate law in the Czech legislation. However, a different approach would also be conceivable, where the matter would be placed directly under unfair competition. This, however, would entail the drawback of a less obvious necessity to treat consumers and traders differently under the influence of Directive 2005/29.

The regulation of unfair commercial practices is complicated by the fact that many aspects are excluded from the Directive's scope. Therefore, attention must be paid to the internal and external limits of the Directive. Thus, before proceeding to examination of the unfair nature of a commercial practice, it is necessary to ultimately determine whether the matter actually falls under the scope of Directive 2005/29. In terms of the personal scope of Directive 2005/29, it is necessary to examine whether the trader's conduct (his commercial practice) focuses on, or is directed towards, the "consumer". In terms of substantive scope, Directive 2005/29 pertains to commercial practices, where the broad definition covers all actions of a trader intended to persuade the consumer to conclude a contract, as well as after-sale practices.

Only conduct that is identified using the so-called three-step test of unfair conduct shall be qualified as an unfair business practice. It is first examined whether the trader's conduct in question falls under one of thirty-one actions that are always prohibited under the "black list of unfair commercial practices"; if the answer is negative, it is then assessed whether the trader's conduct meets the criteria for misleading action or misleading omission or an aggressive commercial practice; these provisions are most often referred to as small general clauses or grey lists of unfair commercial practices. If it is impossible to place the trader's conduct even under these provisions, it is examined whether the conduct in question is foreseen by the general clause of unfair commercial practices.

The "average consumer" is a reference criterion for assessing whether a trader's practice constitutes unfair competition or unfair commercial practice. The concept of average consumer is standardised in European Union law, specifically by case-law of the EU Court of Justice. The approach taken by Czech courts in this respect is conforming and unproblematic. The approach of the Court of Justice is characteristic in that it is based on a high

standard of the average consumer model as a person who is well-informed, experienced and circumspect. On the other hand, emphasis is not placed on individual specificities. Nevertheless, if a trader's commercial practice is directed only towards a specifically defined group of consumers, such a practice is assessed using the average member of that group.

In addition to the average consumer, the law of the European Union also protects consumers who are particularly vulnerable. This concept is employed in cases of consumers endangered by trader's practices for reasons on the part of the consumer, in terms of age, physical or mental infirmity or credulity. These criteria are deemed non-exhaustive according to the professional literature and the Commission Guidelines, while the text of Directive 2005/29 seems to suggest their exhaustive nature. It should be emphasised that the concept of protection of a particularly vulnerable consumer is not a negligible addition to the protection of average consumer. Quite the opposite; in practice, the number of particularly vulnerable consumers may exceed the number of average consumers. The practical implications are considerable – commercial practices must be adapted to the target group and the standard of that group's protection.

The resolution of international-law problems related to traders' practices that have the nature of unfair competition or unfair commercial practice is complicated by the general nature of the provisions contained in European Union law. Since the Brussels I bis Regulation does not expressly regulate unfair competition, it is necessary to use alternative principles setting the criteria for jurisdiction for non-contractual obligations under Art. 7 (2) of the Regulation. Hence, the court proceedings shall be held before the court for the place where the harmful event occurred, i.e. where the damage arose, or the place of occurrence of the event which caused the damage. The conflict-of-law provisions in the Rome II Regulation do contain an express regulation of unfair competition. Under the latter Regulation, governing law shall be determined on the basis of Art. 6 (1) and it shall be the law of the country where competitive relations or the collective interests of consumers are, or are likely to be, affected. The only exceptions are

situations that do not have a general impact in the sense that they affect a single (specific) competitor, where the governing law shall be the law of the country where the damage occurred.

LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE

Komentáře a monografie

- BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2016. ISBN 978-80-210-8185-7.
- BOBEK, M., BŘÍZA, P., KOMÁREK, J. *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck. ISBN 978-80-7400-377-6.
- DE VREY, R., W. *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families: a Comparative Study of English, German and Dutch Law in Light of Existing European and International Legal Instruments*. BRILL, 2006. ISBN 9789004150409.
- DUIVENVOORDE, B. B. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. ISBN 978-3-319-13923-4.
- HAJN, Petr. *Komunitární a české právo proti nekalé soutěži: (vybrané kapitoly)*. Brno: Masarykova univerzita, 2010. ISBN 978-80-210-5051-8.
- HAMUĚÁK, O. *Integrovaná Evropa a suverenita České republiky*. 1. vyd. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2013. ISBN 978-80-244-3816-0.
- HENNING–BODEWIG, F. (ed.). *International Handbook on Unfair Competition*. Germany, München: Verlag C. H. Beck, 2013. ISBN 978-1849463683.
- HENNING–BODEWIG, F. *Unfair Competition Law. European Union and Member States*. Netherlands, Hague: Kluwer Law International, 2006. ISBN 90-411-2329-6.
- HILTY, R., HENNING-BODEWIG, F. *Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe?* Springer Science & Business Media, 2007. ISBN 9783540718826.
- HOWELLS, G., MICKLITZ, H.-W., WILHELMSSON, T. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire (England): Ashgate Publishing Limited, 2006. ISBN 0-7546-4589-4.
- HRUDA, O. *Srovnávací reklama*. Praha: C. H. Beck, 2015. ISBN 978-80-7400-561-9.

- HRUDA, Ondřej. *Vynucování právní úpravy nekalé soutěže*. Brno: Masarykova univerzita, 2013. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity. ISBN 978-80-210-6520-8.
- HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055-3014)*. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-287-8.
- JANSSENS, Ch. *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. ISBN 9780199673032.
- KEIRSBLOCK, B. *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. The United Kingdom, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011. ISBN 978-1-84946-184-9.
- KŘEPELKA, F. *Přenos, doprovod a zohlednění evropského práva českým právem*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2010. ISBN 978-80-210-5066-2.
- KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Doplněk, 2009. ISBN 978-80-7239-231-5.
- KYSELOVSKÁ, Tereza, ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodování Soudního dvora EU ve věcech příslušnosti: (analýza rozhodnutí dle nařízení Brusel Ibis)*. Brno: Masarykova univerzita, 2014. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity. ISBN 978-80-210-7770-6.
- LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1 – 654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-529-9.
- LEISTNER, Matthias. Unfair Competition or Consumer Protection? The Commission's Unfair Commercial Practices Directive Proposal 2003. In: *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 6: 2003/04. Hart, 2005. p. 141-176.
- MACEK, J. *Rozhodnutí ve věcech nekalé soutěže a obchodní firmy (2000 – 2010). II. díl*. Praha: C. H. Beck, 2011. ISBN 978-80-7400-410-0.
- MELZER, F., TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013. ISBN 978-80-87576-73-1.
- MICKLITZ, H.-W, STUYCK, J., TERRY, E. (general editors), DROSHOUT, D. (coordinating editor). *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010. ISBN 978-1841137490.
- ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku*. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-522-0.

- ONDREJOVÁ, D. *Porušení závazkového práva jako nekalá obchodní praktika nebo nekalá soutěž*. Praha: C. H. Beck, 2016.. ISBN 978-80-7400-628-9.
- ONDREJOVÁ, D. *Přehled judikatury ve věcech nekalé soutěže*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2011. ISBN 978-80-7357-670-7.
- ONDŘEJ, J. a kol. *Spotřebitelské smlouvy a ochrana spotřebitele*. Praha: C. H. Beck, 2013. ISBN 978-80-7400-446-9.
- PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C. H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8.
- POKORNÁ, J., VEČERKOVÁ, E., PEKÁREK, M. *Meritum. Obchodní korporace a nekalá soutěž*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2015. ISBN 978-80-7478-873-4.
- ROZEHNALOVÁ, Naděžda, TÝČ, Vladimír. *Evropský justiční prostor (v civilních otázkách)*. Brno: Masarykova univerzita, 2003. ISBN 80-210-3054-2.
- ROZEHNALOVÁ, Naděžda, VALDHANS, Jiří, DRLIČKOVÁ, Klára, KYSELOVSKÁ, Tereza. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie: (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2013. ISBN 978-80-7478-016-5.
- SHUIBHNE, N. *The Coherence of EU Free Movement Law: Constitutional Responsibility and the Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013. ISBN 9780191511066.
- SNELL, J. *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship Between the Freedoms 2002*. Oxford University Press. ISBN 9780199250097.
- SNIJDERS, Henricus Joseph, WEATHERILL, Stephen (ed.). *E-commerce law: national and transnational topics and perspectives*. Kluwer Law International, 2003. ISBN 0-411-9917-9.
- STEHLÍK, V., HAMULÁK, O., JIRÁSEK, J., BONČKOVÁ, H., PETR, M. *Unijní právo před českými soudy*. Praha: Leges. 2014. ISBN 978-80-7502-040-6.
- ŠIŠKOVÁ, N. a kol. *Evropské právo 2. Jednotný vnitřní trh*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012. ISBN 978-80-7357-949-4.
- ŠTENGLOVÁ, Ivana. *Obchodní zákoník: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2002. ISBN 80-7179-782-0.
- ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*. Praha: Wolter Kluwer, a. s., 2014. ISBN 978-80-7478-370-8.

ŠVESTKA, J., DVORÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI.* Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014. ISBN 978-80-7478-630-3.

TOMÁŠEK, M., TÝČ, V. a kol. *Právo Evropské unie.* Praha: Leges. 2013. ISBN 978-80-87576-53-3.

VAN BOOM, W., GARDE, A., AKSELI, O. (eds.). *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems.* England, Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2014. ISBN 978-1472423405.

VEČERKOVÁ, E. *Nekalá soutěž a reklama.* Brno: Masarykova univerzita, 2005. ISBN 80-210-3607-9.

VEČERKOVÁ, E., SELUCKÁ, M., DUDOVÁ, J. a kol. *Společensko-právní aspekty ochrany spotřebitele a jeho zdraví.* Brno: Masarykova univerzita, 2015. ISBN 978-80-210-8050-8.

VÍTOVÁ, Blanka. *Zákon o ochraně spotřebitele: komentář.* 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7478-984-7.

ZBÍRAL, R. *Teorie a praxe vyjednávání v Radě Evropské unie.* Brno: Mezinárodní politologický ústav Masarykovy univerzity. 2008. ISBN 978-80-210-4806-5.

Odborné články

ABBAMONTE, G. B. The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach. *Columbia Journal of European Law*, 2006, Vol. 12. Issue 3.

BEJČEK, J. Nekalé obchodní praktiky mezi podnikateli a smluvní svoboda. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita, 2015, roč. 23, č. 1.

BETLEM, G. The principle of indirect effect of Community law. *European Review of Private Law*. Kluwer Law International, 1995, roč. 3, č. 1.

BETLEM, G. Zásada nepřímého účinku práva Evropských společenství. *EMP*, 1997, č. 5.

BŘÍZA, P., BOBEK, M. Vymáhání unijního práva v České republice. *Bulletin advokacie*, 2011. č. 12.

COLLINS, Hugh. The unfair commercial practices directive. *European review of contract law*, 2005, 1. 4. Dostupné z: http://eprints.lse.ac.uk/23465/1/Collins_Unfair-commercial-practices-directive_2005.pdf

- ČECH, P. Nedotažená revoluce v právní úpravě nekalých obchodních praktik. *Právní zpravodaj*, 2008, č. 3.
- DUROVIC, M. The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices. *European Review of Private Law*. 2015, č. 5.
- DYER, A. Unfair Competition in Private International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1988 Vol. 211.
- ETLÍKOVÁ, M. Generální klauzule nekalých obchodních praktik v zákoně č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve světle judikatury SDEU. *Rekodifikace a praxe*, 2016, č. 7-8.
- HAJN, P. Ochrana spotřebitele proti klamavé reklamě (K rozhodovací praxi ESD). *Právní fórum*, 2004, č. 2.
- HAJN, P. Oslabená ochrana spotřebitelů? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 2.
- HUSTÁK, Zdeněk. Margin trading – k některým otázkám odborné péče. *Obchodněprávní revue*. 2015, č. 7-8.
- INCARDONA, R., PONCIBO, C. The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution. *Journal of Consumer Policy*, 2007, č. 1.
- KEIRSBILCK, B. The UCPD's notion of "commercial practice": UPC Magyarországi. *Common Market Law Review*, 2016, č. 53.
- KEIRSBlick, B. The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Perenicová and Perenic. *Common Market Law Review*, 2013, č. 50.
- KOUKAL, P. Obchodní tajemství v novém občanském zákoníku. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita, 2013, č. 4.
- KRÁL, R. Přímý účinek směrnic ES a jeho současné meze. *Jurisprudence*, 2007, č. 6.
- KUIPERS, J. Joined Cases C-509/09 & 161/10, eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011. *Common Market Law Review*, 2012. č. 3.
- MAK, V. Review of the consumer acquis: Towards maximum harmonization? *European Review of Private Law*, 2009, Vol. 1.

- MIŠŮR, P. Evropská komise navrhla nová pravidla elektronického obchodu. *Obchodněprávní revue*, 2016, č. 5.
- MIŠŮR, P. Evropská komise předložila přezkum směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Obchodněprávní revue*. 2013, č. 5.
- MITTAL, R. In: HENNING – BODEWIG, F. (ed.). *International Handbook on Unfair Competition*. Germany, München: Verlag C. H. Beck, 2013, s. 292. ISBN 978-1849463683.
- ONDREJOVÁ, D. Agresivní obchodní praktiky podle tzv. černé listiny směrnice č. 2005/29/ES. *Bulletin advokacie*, 2016, č. 4.
- ONDREJOVÁ, D. Generální klauzule nekalých obchodních praktik. *Bulletin advokacie*, 2016, č. 11.
- ONDREJOVÁ, D. Hledisko průměrného spotřebitele v nekalé soutěži. *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 8.
- ONDREJOVÁ, D. Ke kritériím vymezujícím zvláštní zranitelnost spotřebitele ve vztahu k nekalým obchodním praktikám. *Obchodní právo*, 2016, č. 10.
- ONDREJOVÁ, D. Klamavá reklama v (novém) občanském zákoníku. *Právní rozhledy*, 2015, č. 5.
- ONDREJOVÁ, D. Klamavé obchodní praktiky podle tzv. černé listiny směrnice č. 2005/29/ES. *Bulletin advokacie*, 2015, č. 11.
- ONDREJOVÁ, D. Zvlášť zranitelní spotřebitelé jako osoby dotčené nekalými obchodními praktikami. *Rekodifikace a praxe*, 2016, č. 7-8.
- OSUJI, O., K. Business-to-Consumer Harassment, Unfair Commercial Practices Directive and the UK—A Distorted Picture of Uniform Harmonization? *Journal of consumer policy*, 2011, č. 4.
- PATĚK, D. Nekalá soutěž po vstupu do EU. *Právní rádce*, 2005, č. 9.
- REICH, R. Case plus: Experiences with full harmonisation in Dir. 2005/29 after Plus – from black to grey lists? *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, č. 2.
- SEHNÁLEK, D. Evoluční teorie a právo (státní a uijní). *Sociální studia*, Brno: Masarykova univerzita, 2015, roč. 12, č. 2.
- SEHNÁLEK, D. Povinnost a limity (euro)konformního výkladu vnitrostátního práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2008, roč. 16, č. 1.

- SEHNÁLEK, D. Vliv práva Evropské unie na interpretaci občanského zákoníku a ustanovení o nekalé soutěži. *Obchodněprávní revue*, Nakladatelství C. H. Beck, 2016, roč. 2016, č. 11–12.
- SHEARS, P. Overview the EU Unfair Commercial Practices Directive: Concentric Circles. *European Business Law Review*, 2007, č. 4.
- SYMEONIDES, S. Rome II and tort Conflicts: A Missed opportunity. *American Journal of Comparative Law*, 2008, č. 1.
- TIMMERMANS, C. W. A. Directives: their Effect within the National Legal Systems. *Common Market Law Review*. Kluwer Law International, 1979, roč. 16, č. 4.
- TROCAN, L., M. Correlations between Private International Law and Other Branches of Law. *Annals of the Constantin Brancusi University of Târgu-Jiu, Juridical Sciences Series*, 2013, No. 3, [online]. [cit. 16. 11. 2016]. dostupné z http://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2014-04/05_Laura%20Magdalena%20TROCAN.pdf
- TÝČ, V. K aplikaci sekundárního práva ES v členských státech. *EMP*, 1999, č. 4.
- WEATHERILL, S. The Consumer Rights Directive: How and why a quest for “coherence” has (largely) failed. *Common Market Law Review*, 2012, č. 4.
- WILLET, CH. Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive. *Journal of Consumer Policy*. 2010, č. 3.
- WILMAN, F. G. The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for. *Common Market Law Review*, 2016, č. 4.
- WURMNEST, W. International jurisdiction in competition damages cases under the Brussels I Regulation: CDC Hydrogen Peroxide. *Common Market Law Review*, 2016, č. 1.

Jiné zdroje

- Asociace malých a středních podniků. Výsledky kvality a jejich vnímání spotřebiteli a podnikateli. [online]. [cit. 14. 8. 2015]. Dostupné z: http://www.npj.cz/tmce/aktuality%20soubory/vysledky_18-_pruzkumu_amsp_cr.pdf

Civic Consulting. Study on the application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices in the EU. [online]. [cit. 18. 10. 2016]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucpd_study_country_reports.pdf

Consumer Focus: Consumers understanding of green claims in advertising. [online]. Citizens Advice Scotland. [cit. 14. 8. 2015]. Dostupné z: <http://www.consumerfocus.org.uk/publications/green-expectations-consumers%E2%80%99-understanding-of-green-claims-in-advertising>

Consumers Affairs Victoria: What do we mean by „vulnerable“ and „disadvantaged“ consumers? Victoria, Melbourne: The Victorian Government, 2004, s. 3–21.

Česká národní banka. Nekalé obchodní praktiky. [online]. [cit. 18. 10. 2016]. Dostupné z: https://www.cnb.cz/cs/faq/nekale_obchodni_praktiky.html

Česká obchodní inspekce. Kontrola na předváděcí prodejní akci v Brně. [online]. [cit. 18. 10. 2016].

Dohoda o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví (TRIPS). [online]. Světová obchodní organizace. [cit. 10. 10. 2016]. Dostupné z: <https://www.upv.cz/cs/pravni-predpisy/mezinarodni/dohoda-trips.html>

Dtest.cz [online]. Dostupné z: www.dtest.cz

DUPAL, L. Zranitelný spotřebitel – kdo to je, jak ho chránit? *Sdružení českých spotřebitelů, z.ú.* Dostupný z www.konzument.cz/users/.../194-zranitelny-spotrebitel-kdo-to-je-jak-ho-chranit.pdf

European Association for the Co-ordination of Consumer Representation in Standardisation. How to protect vulnerable consumers? [online]. Belgie, Brusel: the ANEC, 2011. [cit. 18. 10. 2016]. Dostupný z: www.anec.eu/attachments/anec-child-2011-g-111final.pdf

Evropská komise. Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a výboru regionů. Ochrana podniků před klamavými marketingovými praktikami a zajištění účinného prosazování práva. Revize směrnice 2006/114/ES o klamavé a srovnávací reklamě. 27. listopadu 2012. Dostupné z <http://www.psp.cz/sqw/text/eudoct.sqw?c=17324 & r=12>

- Generální ředitelství zdraví a ochrany spotřebitele. Směrnice o nekalých obchodních praktikách. Nové zákony zabráňující nečestnému jednání vůči spotřebitelům. *europa.eu* [online]. [cit. 18. 10. 2016]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/is-it-fair/pdf/ucp_cs.pdf
- GREGOR, F. Jak posuzovat klamání spotřebitele - praktická příručka. [online]. *viaiuris.cz* [cit. 18. 10. 2016]. Dostupný z <http://www.viaiuris.cz/index.php?p=msg & id=119>
- HADAŠ, J. Definice spotřebitele dle NOZ – některé aspekty průměrného spotřebitele dle současné judikatury. *epravo.cz* [online]. [cit. 18. 10. 2016]. Dostupný z <http://www.epravo.cz/top/clanky/definice-spotrebitel-dle-noz-nektere-aspekty-prumerneho-spotrebitel-dle-soucasne-judikatury-94146.html>
- Investičníweb.cz [online]. Dostupné z: <http://www.investicniweb.cz>
- Je to poctivé? Nekalé obchodní praktiky. *Malé PENÍZE*. [online]. Malé PENÍZE. [cit. 14. 8. 2015]. Dostupné z: <http://www.malepenize.cz/2011/03/07/je-to-poctive-nekale-obchodni-praktiky.html>
- Komise EU. Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách ze dne 25. května 2016. [online]. *europa.eu* [cit. 18. 10. 2016]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_cs.pdf
- Let there be toys! Judge throws out lawsuit brought against McDonald's Happy Meals by concerned mom. *Dailymail.co.uk* [online]. Associated Newspapers Ltd [cit. 14. 8. 2015]. Dostupné z: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2125756/Judge-dismisses-suit-McDonalds-Happy-Meals-concerned-mom-Monet-Parham-California.html>
- Lidé pijí nebezpečné bělidlo, aby vyléčili nemoci, třeba i rakovinu. *Novinky.cz* [online]. Seznam.cz, a. s., 2015 [cit. 14. 8. 2015]. Dostupné z: <http://www.novinky.cz/domaci/375347-lide-piji-nebezpecne-belidlo-aby-vylecili-nemoci-treba-i-rakovinu.html>
- McDonald's čelí žalobě, Happy Meal prý využívá zranitelnost dětí. *Lidovky.cz* [online]. MAFRA, a. s., ISSN 1213-1385 [cit. 16. 10. 2016]. Dostupné z: http://relax.lidovky.cz/mcdonald-s-celi-zalobe-happy-meal-pry-vyuziva-zranitelnost-deti-p8d-/zajimavosti.aspx?c=A101215_202809_ln-zajimavosti_kim

Nekalé obchodní praktiky. [online]. *Sdružení obrany spotřebitelů Moravy a Slezska, z.s.* [cit. 10. 10. 2016]. Dostupné z <http://www.sos-msk.cz/coi-nekale-obchodni-praktiky/>

Pokyn ISO 26000:2100 „Pokyny pro oblast společenské odpovědnosti“. [online]. [cit. 16. 10. 2016]. Dostupné z: <http://unmz.cz/urad/csn-iso-26000-pokyny-pro-oblast-spolecenske-odpovednosti>

Pokyny k nařízení Spojeného království (květen 2008), kterými se provádí směrnice o nekalých obchodních praktikách – ochrana spotřebitelů před nepoctivými obchodními postupy (Consumer Protection from Unfair Trading). Antimonopolní úřad Spojeného království (Office of Fair Trading), oddělení pro obchodní společnosti a regulatorní reformu (Department for Business Enterprise and Regulatory Reform), 2008.

Poskytnutí informace podle zákona č. 106/199 Sb. Česká obchodní inspekce. [online]. Česká obchodní inspekce. [cit. 14. 8. 2015]. Dostupné z: <http://www.coi.cz/userdata/files/prilohy-ke-106/15-03-17-ri-brno.pdf>

Pracovní dokument útvarů Komise: Pokyny k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách. Dostupný z http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_cs.pdf

První zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování směrnice o nekalých obchodních praktikách 2005/29/ES. COM (2013). Dostupné na http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_cs.pdf

Sdělení Komise ze dne 3. března 2010, KOM(2010) 2020 [online]. Evropská unie. [cit. 1. 10. 2016]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_CS_ACT_part1_v1.pdf

SCHULTZE-NÖLKE, H., BUSCH, CH, s. 8. Transposition, implementation and enforcement of the Directive concerning misleading and comparative advertising (2006/114/EC) and the Directive on unfair commercial practices (2005/29/EC) [online]. [cit. 16. 10. 2016]. Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/users/jribot/public/IMCO%20Meeting%202009/Briefing%20Note%20on%20TIE%20of%20UCP%20and%20MCA%20Directives.pdf>

Spolupráce mezi zeměmi EU při ochraně spotřebitele. EurLex. [online]. [cit. 10. 10. 2016]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=URISERV:l32047 & from=EN>

- ŠVÁSTA, P. In: Pyramidové programy a Ponzioho schémata v českém právu. *epravo.cz* [online]. epravo.cz, a. s., publikováno 7. 11. 2012 [cit. 14. 8. 2015]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/pyramidove-programy-a-ponziho-schemata-v-ceskem-pravu-86517.htm>
- Technické publikace ČNI. Průvodce spotřebitele SČS. Bezpečnost výrobků a technické normy. [online]. Praha: Sdružení českých spotřebitelů, 2006. [cit. 16. 9. 2016]. Dostupné z: <http://www.konzument.cz>
- Tisková zpráva České obchodní inspekce ze dne 24. února 2016 [online]. *Česká obchodní inspekce* [cit. 18. 10. 2016]. Dostupné z: <http://www.coi.cz/pokuta-2-mil.-kc-pro-spolecnost-astena-group-s.r.o.-nc1896/>
- Tisková zpráva Evropské komise. Europa.eu [online]. *Evropská unie*. [cit. 10. 10. 2016]. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-847_cs.htm
- TRYFONIDOU, A. Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe. *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, Vol. 35, Issue 1, s. 43–67. [online]. [cit. Dostupné z: [http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?area=Journals & mode=by-pub & level=5 & values=Journals~Legal+Issues+of+Economic+Integration~Volume+35+\(2008\)](http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?area=Journals & mode=by-pub & level=5 & values=Journals~Legal+Issues+of+Economic+Integration~Volume+35+(2008))
- TRYFONIDOU, A. What cant the Court's response to reverse discrimination and purely internal situations contribute to our understanding of the relationship between the 'restriction' and 'discrimination' concepts in EU free movement law? [online]. [cit. 1. 2. 2016]. Dostupné z: <http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/markedssaten/arrangementer/2011/free-movement-oslo/speakers-papers/tryfonidou.pdf>
- Usnesení Evropského parlamentu ze dne 16. prosince 2008 o nepoctivých katalogových firmách (C 45 E/17). Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/>
- Usnesení Evropského parlamentu ze dne 7. června 2016 o nekalých obchodních praktikách v potravinářském dodavatelském řetězci (2015/2065(INI)). Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA & reference=P8-TA-2016-0250 & language=CS & ring=A8-2016-0173>
- Usnesení Rady ze dne 8. července 1996 o spolupráci mezi správními orgány při vymáhání dodržování právních předpisů o vnitřním trhu (96/C 224/02). Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/>

VAVREČKA, J. Průměrného spotřebitele nespočítáš - nad definicí průměrného spotřebitele. *eLaw.cz* [online]. Vyd. 22. září 2010. Dostupné z: <http://www.elaw.cz/cs/obcanske-pravo/286-prumerneho-spotrebitele-nespocitas.html>

VAVREČKA, J. Směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebiteli. *eLam.cz* [online]. [cit. 18. 10. 2016]. Dostupné z: <http://www.elaw.cz/clanek/nekale-obchodni-praktiky-a-jejich-treti-opojeni-skupina.cz>

Věstník ČNB, částka 16/2014 ze dne 24. 9. 2014. [online]. *Česká národní banka*. [cit. 1. 9. 2016]. Dostupné z: https://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/cs/legislativa/vestnik/2014/download/vestnik_2014_16_22214580.pdf

VILHELMOVÁ, L., RŮŽIČKA, R. Model tzv. průměrného spotřebitele. *epravo.cz* [online]. [cit. 18. 10. 2016]. Dostupné z <http://www.epravo.cz/top/clanky/model-tzv-prumerneho-spotrebitele-92188.html>

Vulnerable consumers. Special report. 28 May 2012. [online]. *Curactiv.com* [cit. 1. 2. 2016]. Dostupný z <http://www.curactiv.com/specialreport-vulnerable-consumers>

Výbor pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů: Návrh usnesení Evropského parlamentu o strategii práv zranitelných spotřebitelů (2011/2272(INI)). Zpravodajka: M. I. Pérez. [online]. [cit. 18. 10. 2016]. Dostupné z <http://www.europarl.europa.eu/>

Výroční zpráva o činnosti za rok 2009. [online]. *Česká obchodní inspekce*, 2010. [cit. 10. 10. 2016]. Dostupné z: <http://www.coi.cz/userdata/files/dokumenty-ke-stazeni/vyrocnizpravy-o-cinnosti/2009-vyr-zprava-cinnost.pdf>

WIPO-Administered Treaties. [online]. *WIPO* [cit. 18. 10. 2016]. Dostupné z: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en & treaty_id=2

World population clock. [online]. *CountryMeters.info* [cit. 1. 10. 2016]. Dostupné z: <http://countrymeters.info/en/World>

Rozhodnutí Soudního dvora EU

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 28. července 2016, sp. zn. C-191/15.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 21. května 2015, sp. zn. C-352/13.

- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 6. září 2012, sp. zn. C-544/10.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 6. září 2012, sp. zn. C-195/14.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. října 2012, sp. zn. C-428/11.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. dubna 2015, sp. zn. C-388/13.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 10. července 2014, sp. zn. C-421/12.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 13. března 2014, sp. zn. C-52/13.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 17. října 2013, sp. zn. C-391/12.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 3. října 2013, sp. zn. C-59/12.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 19. září 2013, sp. zn. C-435/11.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. července 2013, sp. zn. C-147/12.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. července 2013, sp. zn. C-265/12.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. října 2012, sp. zn. C-371/11.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 7. června 2012, sp. zn. C-27/11.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 15. března 2012, sp. zn. C-453-10.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 25. října 2011, spojené věci
sp. zn. C-509/09 a C-161/10.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 12. května 2011, sp. zn. C-122/10.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. listopadu 2010, sp. zn. C-159/09.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 9. listopadu 2010, sp. zn. C-540/08.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 8. července 2010, sp. zn. C-558/08.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. června 2009, sp. zn. C-487-07.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 8. června 2010, sp. zn. C-58/08.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 23. března 2010, spojené věci
sp. zn. C-236/08, C-237/08 a C-238/08.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 11. března 2010, sp. zn. C-522/08.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 14. ledna 2010, sp. zn. C-304/08.
- Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. června 2009, sp. zn. C-487/07.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 23. dubna 2009, spojené věci sp. zn. C-261/07 a C-299/07.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 12. června 2008, sp. zn. C-533/06.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 19. dubna 2007, sp. zn. C-381/05.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 19. září 2006, sp. zn. C-356/04.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 19. října 2004, sp. zn. C-200/02.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 5. října 2004, spojené věci sp. zn. C-397/01 až C-403/01.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 25. března 2004, sp. zn. C-71/02.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 8. dubna 2003, sp. zn. C-44/01.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 23. ledna 2003, sp. zn. C-221/00.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 1. října 2002, sp. zn. C-167/00.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 25. října 2001, sp. zn. C-112/99.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 8. března 2001, sp. zn. C-405/98.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 5. října 2000, sp. zn. C-376/98.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 21. října 1999, sp. zn. C-97/98.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 9. března 1999, sp. zn. C-212/97.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. července 1998, sp. zn. C-210/96.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. prosince 1997, sp. zn. C-129/96.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 9. července 1997, spojené věci sp. zn. C-34/95, C-35/95 a C-36/95.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 29. května 1997, sp. zn. C-299/95.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 6. července 1995, sp. zn. C-470/93.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 7. března 1995, sp. zn. C-68/93.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 2. února 1994, sp. zn. C-315/92.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. prosince 1993, sp. zn. C-334/92.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 24. listopadu 1993, spojené věci sp. zn. C-267/91 a C-268/91.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. ledna 1992, sp. zn. C-373/90.

Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 11. června 1991, sp. zn. C-300/89.
Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 13. prosince 1990, sp. zn. C-238/89.
Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 13. listopadu 1990, sp. zn. C-106/89.
Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 16. května 1989, sp. zn. C-382/87.
Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. února 1987, sp. zn. C-98/86.
Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 10. dubna 1984, sp. zn. C-14/83.
Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 10. listopadu 1982, sp. zn. C-261/81.
Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 27. února 1980, sp. zn. C-168/78.
Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 20. února 1979, sp. zn. C-120/78.
Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 11. července 1974, sp. zn. C-8/74.

Stanoviska generálních advokátů

Stanovisko generálního advokáta Gulmanna ze dne 29. září 1993, sp. zn. C-315/92.
Stanovisko generálního advokáta Jääskinena ze dne 11. prosince 2014, sp. zn. C-352/13.
Stanovisko generálního advokáta Szpunara ze dne 2. června 2016, sp. zn. C-148/15.
Stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 7. července 2016, sp. zn. C-303/15.
Stanovisko generálního advokáta Wahla ze dne 13. června 2013, sp. zn. C-435/11.
Stanovisko generálního advokáta Mengozziho ze dne 21. března 2013, sp. zn. C-657/11.
Stanovisko generální advokátky Trstenjak ze dne 6. září 2012, sp. zn. C-206/11.
Stanovisko generální advokátky Trstenjak ze dne 29. listopadu 2011, sp. zn. C-453/10.
Stanovisko generálního advokáta Cruze Villalóna ze dne 29. března 2011, spojené věci sp. zn. C-509/09 a C-161/10.
Stanovisko generální advokátky Trstenjak ze dne 21. října 2008, spojené věci sp. zn. C-261/07 a C-299/07.

Stanovisko generálního advokáta Légera ze dne 13. června 2006, sp. zn. C-380/03.

Stanovisko generálního advokáta Poiares Maduro ze dne 30. března 2006, spojené věci sp. zn. C-158/04 a C-159/04.

Stanovisko generálního advokáta Saugmandsgaarda ze dne 2. června 2016, sp. zn. C-191/15.

Stanovisko generálního advokáta Geelhoeda ze dne 7. března 2002., sp. zn. C-99/01.

Stanovisko generálního advokáta Jacobse ze dne 17. září 1996, spojené věci sp. zn. C-34/95, C-35/95 a C-36/95.

Stanovisko generálního advokáta Bota ze dne 8. září 2016, sp. zn. C-339/15.

Stanoviska generální advokátky Trstenjak ze dne 24. listopadu 2010, sp. zn. C-316/09.

Stanovisko generální advokátky V. Trstenjak ze dne 3. září 2009, sp. zn. C-304/08.

Stanovisko generálního advokáta Légera ze dne 5 října 2006, sp. zn. C-110/05.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. září 2015, sp. zn. 1 As 38/2015.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 22. října 2014, sp. zn. 23 Cdo 2000/2013.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 2. května 2013, sp. zn. 23 Cdo 2205/2012.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 24. dubna 2013, sp. zn. 23 Cdo 3845/2012.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 23. září 2011, sp. zn. 23 Cdo 1618/2010.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 18. února 2009, sp. zn. 23 Cdo 2749/2008.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 14. července 2008, sp. zn. 32 Cdo 2085/2007.

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 29. dubna 2008, sp. zn. 32 Cdo 139/2008.

- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 23. října 2008, sp. zn. 32 Cdo 4661/2007.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 19. prosince 2007, sp. zn. 6 Tdo 1280/2007.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. května 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 29. listopadu 2006, sp. zn. 32 Odo 1151/2005.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 3. května 2006, sp. zn. 32 Odo 447/2006.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu

- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 19. listopadu 2015, sp. zn. 2 As 218/2015.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 6. listopadu 2015, sp. zn. 7 As 141/2015.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 27. srpna 2015, sp. zn. 1 As 138/2015.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 17. června 2015, sp. zn. 1 As 210/2014.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 30. dubna 2015, sp. zn. 9 A 330/2011.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 13. listopadu 2014, sp. zn. 9 As 146/2014.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014, sp. zn. 7 As 110/2014.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 13. února 2014, sp. zn. 9 As 49/2013.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 17. ledna 2014, sp. zn. 4 As 98/2013.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 26. listopadu 2013, sp. zn. 59 A 12/2013.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 11. září 2013, sp. zn. 31 Af 52/2012.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 20. března 2012, sp. zn. 7 Ca 168/2009.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15. září 2010, 1 As 47/2010.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 24. června 2010, sp. zn. 7 As 24/2010.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 2. února 2010, sp. zn. 6 As 16/2004.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 17. března 2010, sp. zn. 6 As 47/2009.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 31. července 2008, sp. zn. 7 As 49/2007.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 29. dubna 2008, sp. zn. 5 As 69/2006.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 25. září 2008, sp. zn. 7 As 48/2008.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 12. ledna 2006, sp. zn. 3 As 37/2005.

Rozhodnutí vrchních soudů

Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 19. ledna 2010, sp. zn. 3 Cmo 159/2009.

Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 8. prosince 2010, sp. zn. 3 Cmo 122/2010.

Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 18. června 2007, sp. zn. 3 Cmo 33/2007.

Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze (datum nedohledáno), sp. zn. 3 Cmo 241/2006.

Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 27. února 2006, sp. zn. 3 Cmo 380/2005.

Rozhodnutí krajských a městských soudů

Rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 12. června 2014, sp. zn. 62 A 44/2013.

Rozhodnutí Krajského soudu v Praze dne 14. ledna 2016, sp. zn. 48 A 2/2013.

Rozhodnutí Krajského soudu v Praze ze dne 22. října 2015, sp. zn. 45 A 25/2013.

Rozhodnutí Městského soudu v Praze ze dne 15. dubna 2014, sp. zn. 11 A 32/2011.

Ostatní rozhodnutí

Rozhodnutí Nejvyššího soudu Kanady ze dne 28. února 2012, č. 33554.
Dostupné z: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7994/index.do>

Rozhodnutí Nejvyššího soudu Slovenské republiky ze dne 20. října 2011, sp. zn. 5 Obo 7/2011.

Rozhodnutí britského The High Court of Justice ze dne 2. února 2011, sp. zn. HC09C04850 [(2011) EWHC 106 (Ch)].

Rozhodnutí Vrchního zemského soudu Stuttgart ze dne 13. ledna 2011, sp. zn. III ZR 87/10.

Rozhodnutí německého Spolkového soudního dvora ze dne 22. září 2005, sp. zn. I ZR 83/03, In: GRUR, 2006, 161, 162 („Zeitschrift mit Sonnenbrille“).

Rozhodnutí Arbitrážní komise RPR č. j. 004/2015/STÍŽ.

Rozhodnutí Spolkového soudního dvora sp. zn. I ZR 167/97.

SEZNAM ZAVEDENÝCH ZKRATEK

EU	Evropská unie
Listina	Listina základních práv a svobod (usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů)
nařízení Brusel I bis	nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (přepřelované znění)
nařízení Řím II	nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Řím II)
nařízení 2006/2004	nařízení Evropského parlamentu a rady (ES) č. 2006/2004 ze dne 27. října 2004 o spolupráci mezi vnitrostátními orgány příslušnými pro vymáhání dodržování zákonů na ochranu zájmů spotřebitele („nařízení o spolupráci v oblasti ochrany spotřebitele“)
ObchZ	obchodní zákoník (zákon č. 513/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů)
OSŘ	občanský soudní řád (zákon č. 99/1963 Sb., ve znění pozdějších předpisů)
OZ	občanský zákoník (zákon č. 89/2012 Sb., ve znění pozdějších předpisů)
OZ 1964	občanský zákoník z roku 1964 účinný do 31. prosince 2013 (zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů)

slovenský ObchZ	slovenský obchodní zákoník (zákon č. 513/1991 Zb., Obchodný zákonník, ve znění pozdějších předpisů)
slovenský OZ	slovenský občanský zákoník (zákon č. 40/1964 Z.z., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů)
slovenský ZOS	slovenský zákon o ochraně spotřebitele (zákon č. 250/2007 Z. Z., o ochrane spotrebiteľa, ve znění pozdějších předpisů)
Soudní dvůr EU	Soudní dvůr Evropské unie (běžné vžitě označovaný též jako Evropský soudní dvůr)
směrnice 84/450	směrnice Rady 84/450/EHS ze dne 10. září 1984 o sblížování právních a správních předpisů členských států týkajících se klamavé reklamy
směrnice 97/55	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
směrnice 2000/31	směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES ze dne 8. června 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu)
směrnice 2005/29	směrnice o nekalých obchodních praktikách (směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 2006/2004)

směrnice 2006/114	směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2006/114/ES o klamavé a srovnávací reklamě – kodifikované znění
směrnice 2016/943	směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2016/943 o ochraně nezveřejněného know-how a obchodních informacích (obchodního tajemství) před jejich neoprávněným získáním, využitím a zpřístupněním
Smlouva o fungování EU	Smlouva o fungování EU (konsolidované znění) 2012/C 326/01 ze dne 26. října 2012
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, německý zákon proti nekalé soutěži ze dne 3. března 2010, BGB1. I S. 254, FNA 43-7
ZMPS	zákon o mezinárodním právu soukromém (zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém)
ZOS	zákon o ochraně spotřebitele (zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů)
ZPRTVV	zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání (zákon č. 231/2001, o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů)
ZRR	zákon o regulaci reklamy (zákon č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, ve znění pozdějších předpisů)

Vědecká redakce MU

prof. MUDr. Martin Bareš, Ph.D.; Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.;
Mgr. Michaela Hanousková; doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.;
doc. PhDr. Mgr. Tomáš Janík, Ph.D.; doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.;
Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.; prof. PhDr. Petr Macek, CSc.;
PhDr. Alena Mizerová; doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.;
doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.; Mgr. David Povolný;
Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.; prof. RNDr. David Trunec, CSc.;
prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.; Mgr. Iva Zlatušková;
doc. Mgr. Martin Zvonař, Ph.D.

Ediční rada PrF MU

doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D. (předseda);
prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.; prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.;
doc. JUDr. Věra Kalvodová, Dr.; prof. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc.;
doc. JUDr. Petr Mrkývka, Ph.D.; doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.;
prof. JUDr. Petr Průcha, CSc.; doc. JUDr. Markéta Selucká, Ph.D.

VLIV PRÁVA EVROPSKÉ UNIE NA ČESKOU REGULACI NEKALÉ SOUTĚŽE A NEKALÝCH OBCHODNÍCH PRAKTIK

JUDr. Dana Ondřejová, Ph.D., JUDr. David Sehnálek, Ph.D.

Vydala Masarykova univerzita
Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno

Spisy Právnické fakulty MU č. 570 (řada teoretická, Edice Scientia)

Tisk: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno
1. vydání, 2016

ISBN 978-80-210-8398-1

www.law.muni.cz