1.1. Vybrané klamavé praktiky

1.1.1. Skrytá reklama nebo zastřený podnikatelský status

Český právní řád již neobsahuje definici skryté reklamy (do roku 2015 zákon o regulaci reklamy vymezoval skrytou reklamu jako reklamu, která *má za cíl podporu podnikatelské činnosti subjektu, přičemž je obvykle šířena za platu či jinou protihodnotu, a spotřebitel není schopen toto sdělení jednoznačně identifikovat jako reklamní. I bez legální definice není pochyb o tom, že skrytá reklama je zakázána, a to v rámci nekalé soutěže, tak jako nekalá klamavá obchodní praktika.*

Na sociálních sítích se skrytá reklama objevuje v souvislosti s aktivitami tzv. vlivných uživatelů (influencerů). Vlivný uživatel (influencer) je fyzická osoba nebo virtuální subjekt, který má na příslušné platformě větší než průměrný dosah. Ve srovnání s většinou jiných forem online reklamy má propagace prostřednictvím vlivných uživatelů méně prvků, které spotřebitelům umožňují rozpoznat obchodní povahu obsahu. I tam, kde vlivný uživatel řádně uvedl, že šíří obchodní sdělení, průměrný spotřebitel, zejména děti a mladiství, by mohly předpokládat, že obsah je prezentován alespoň částečně jako osobní, nekomerční doporučení, nikoli jako přímá a jasně identifikovatelná reklama[1].

Z hlediska úprava nekalých obchodních praktik bude vlivný uživatel považován buď přímo za podnikatele nebo osobu „jednající jménem obchodníka nebo v jeho zastoupení“. Bude tedy mít povinnost transparentně informovat o obchodní povaze sdělení. V opačném případě bude jeho reklama nekalou soutěží a také nekalou obchodní praktikou.

Nekalost bude nejčastěji spočívat v absenci údajů o placené spolupráci. Sledující pak budou oklamáni zastřením komerční podstaty sdělení. Klamavou je dle písm. k) první přílohy ZochSpot praktika podnikatele, který vyvolává dojem

[1] Srov. sdělení Komise — Pokyny k výkladu a uplatňování směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu (Text s významem pro EHP).

nebo nepravdivě uvádí, že nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo se prezentuje jako spotřebitel.

České právo po rekodifikaci opustilo výhradně formální vymezení podnikatele a pracuje nyní i s pojetím materiálním. Podle § 420 odst. 1 OZ kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku, je považován se zřetelem k této činnosti za podnikatele. Rozhoduje tedy charakter určitého právního jednání, který je předpokladem přiznání podnikatelského statusu dané osobě. Pro účely materiální definice podnikání však není významné, zda podnikatel skutečně disponuje příslušnou živností dle zákona. Pro účely ochrany spotřebitele je materiální definice ještě více rozšířena[2].

Materiální definice podnikání míří na výkon činnosti „živnostenským nebo obdobným způsobem“ a nerozlišuje přitom mezi oprávněným a neoprávněným podnikatelem. I ten podnikatel, který podniká bez podnikatelského oprávnění, byť je zákonem vyžadováno, je tedy považován se zřetelem k této činnosti za podnikatele podle § 420 odst. 1 OZ[3] a dopadá na něj úprava nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik.

1.1.2. Zkreslení výsledků vyhledávání

Mezi klamavé obchodní praktiky patří dle Přílohy 1, písm. k) postupy, jimiž prodávající poskytuje výsledky vyhledávání v reakci na dotaz spotřebitele při on-line vyhledávání bez jasného uvedení placené reklamy nebo platby za účelem dosažení lepšího pořadí výrobku nebo služby v rámci výsledků vyhledávání. Jde o transpozici čl. 11a první přílohy Směrnice o nekalých obchodních praktikách.

Podle § 5a odst. 4 ZochSpotř poskytuje-li poskytovatel on-line tržiště službu internetového vyhledávání, která na základě dotazu spotřebitele v podobě

[2] Srov. § 421 odst. 2 ObčZ.
[3] Srov. **Výkladové stanovisko č. 22 Expertní skupiny Komise pro aplikaci nové civilní legislativy při Ministerstvu spravedlnosti ze dne 9. 4. 2014.**

klíčového slova, sousloví nebo jiného zadání umožňuje vyhledat výrobky a služby nabízené různými prodávajícími nebo jinými osobami, považují se za podstatné také informace podle § 11b písm. a). Tzn. že v dostatečném předstihu před uzavřením smlouvy nebo před tím, než spotřebitel učiní závaznou nabídku na on-line tržišti, poskytovatel on-line tržiště sdělí „spotřebiteli způsobem jasným, srozumitelným a vhodným pro použití prostředku komunikace na dálku“, „obecnou informaci o hlavních parametrech určujících pořadí nabídek předkládaných spotřebiteli a o jejich relativní váze oproti ostatním parametrům; tuto informaci zpřístupní v konkrétním oddílu on-line rozhraní tak, aby byla přímo a snadno dostupná z místa, na němž jsou učiněny nabídky, které jsou výsledkem vyhledávání na základě dotazu spotřebitele“.

Úprava přitom nezakazuje, aby vedle vyhledávacích výsledků, ve kterých figuruje určitý produkt, byla současně i reklama na něj. Musí být ovšem patřičně oddělena tak, aby průměrný spotřebitel byl schopen odlišit výsledky generované vyhledávačem a reklamní sdělení. Pokud zadání reklamy vedlo ke změně vyhledávacího algoritmu (upřednostnění v rámci výsledků), případně bylo pořadí ovlivněno jinou úplatou, musí být toto sponzorství u výsledku transparentně uvedeno.

Pro úplnost dodejme, že obdobné povinnosti najdeme v Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1150 ze dne 20. června 2019 o podpoře spravedlnosti a transparentnosti pro podnikatelské uživatele online zprostředkovatelských služeb[4]. Tato úprava chrání podnikatele, nikoliv spotřebitele.

1.1.3. Klamavé praktiky u online spotřebitelských recenzí

Novelou zákona na ochranu spotřebitele provedené prostřednictvím zák. č. 374/2022 Sb. byly do českého práva transponovány i požadavky evropské směrnice o modernizaci práva na ochranu spotřebitele (EU 2019/2161) týkající se

[4] Srov. čl. 2 č. 8 a čl. 5 uvedeného nařízení.

spotřebitelských recenzí. Ty představují důležitý prvek v rámci rozhodování spotřebitele[5] a jsou potenciálně nástrojem manipulace spotřebitelů. Tvrzení třetích osob mají v reklamě „objektivizující" účinek, a proto jsou obecně ceněna výše než sdělení zadavatele reklamy[6], u kterých se očekává podjatost.

Bod 47 recitálu směrnice 2019/2161 k tomu uvádí následující: „*Spotřebitelé se při svém rozhodování o koupi stále častěji spoléhají na spotřebitelské recenze a doporučení. Pokud tedy obchodníci poskytují přístup ke spotřebitelským recenzím produktů, měli by informovat spotřebitele, zda jsou zavedeny procesy a postupy, které zajišťují, aby zveřejněné recenze pocházely od spotřebitelů, kteří produkty skutečně použili nebo je zakoupili. Pokud jsou takové procesy nebo postupy zavedeny, měli by obchodníci poskytnout informace o tom, jak probíhají kontroly, a poskytnout spotřebitelům jasné informace o tom, jak jsou recenze zpracovávány, například zda jsou zveřejňovány veškeré recenze, ať už pozitivní nebo negativní, nebo zda byly tyto recenze sponzorovány či ovlivněny smluvním vztahem s obchodníkem. Kromě toho by tedy klamání spotřebitelů tvrzením, že recenze produktu předložili spotřebitelé, kteří produkt skutečně použili nebo jej zakoupili, přestože nebyly uskutečněny žádné opodstatněné a přiměřené kroky k zajištění toho, aby recenze pocházely od těchto spotřebitelů, mělo být považováno za nekalou obchodní praktiku. K těmto krokům by například mohly patřit technické prostředky k ověření spolehlivosti osoby, která recenzi napsala, například požadováním informací k ověření toho, zda spotřebitel produkt skutečně použil nebo jej zakoupil.*"[7]

Úprava je zakotvena v rámci nekalých obchodních praktik a z textu předpisu je zřejmé, že se dotýká pouze recenzí spotřebitelů (ve vztahu B2C). Nevztahuje se tedy na publikované recenze zákazníků, kteří nejsou spotřebiteli (vztahy B2B). To otevírá otázku, jak postupovat v situaci, kdy recenzi napíše podnikatel. Věc je jasná tam, kde svůj podnikatelský status recenzent utajil (např. kvůli snaze požívat

[5] Srov. např. CHEN, T. et al. The Impact of Online Reviews on Consumers' Purchasing Decisions: Evidence From an Eye-Tracking Study. Frontiers of Psychology, roč. 13, 2022. Dostupný z https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2022.865702/full

[6] Srov. Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm, 37. vydání, § 5 odst. 1.165.

[7] K tomu dále ALEXANDER, CH. Transparenz in der Plattformwirtschaft. Die Regelungsansätze in der P2B-VO und des UWG, *GRUR*. 2023, S. 14.

ochranu spotřebitele). S takovou recenzí podnikatel může legitimně zacházet jako se spotřebitelskou. Spotřebitelskými recenzemi jsou totiž i ty, které pouze vyvolávají dojem, že pocházejí od spotřebitele[8].

Situaci se však zkomplikuje tam, kde je podnikatelský status zákazníka podnikateli zřejmý (zboží bylo pořízeno tzv. „na IČO“) nebo je zákazníkem právnická osoba (např. spolek) a recenzent svůj „nespotřebitelský status“ dokonce v recenzi uvede.

Pak je na místě vyjít z cíle právní úpravy, která má zajistit autenticitu recenze a zabránit jejich zkreslování. „Podnikatelská“ recenze by tak neměla být ani na újmu podnikateli (podnikatel by neměl být sankcionován za to, že v rámci hodnocení publikuje i podnikatelskou, resp. „nespotřebitelskou“ recenzi). Neměla by však umožnit obcházení zákona s argumentem, že autor hodnocení přeci není spotřebitelem a nová úprava tak na tyto recenze nedopadá. Pro běžného spotřebitele je rozdíl v autorství irelevantní. Cesta ke „srovnání přístupů“ se nabízí na úrovni generální klauzule klamavých praktik (§ 5 a § 5a zákona na ochranu spotřebitele), neboť spotřebitele samozřejmě může pro rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil, motivovat i recenze podnikatele či nepodnikající právnické osoby.

Reklama s falešnými recenzemi nebo jakékoli použití falešných a zfalšovaných zákaznických recenzí byla v rozporu již s předchozí právní úpravou (nekalých obchodních praktik i nekalé soutěže). V tomto ohledu novela nepřináší žádnou změnu: nové jsou však povinnosti týkající se informací a jejich testování.

Směrnice předpokládá dvoustupňovou transparentnost. Podnikatel musí informovat o tom, zda a jak ověřuje pravost zákaznických recenzí. Pokud recenze neověřuje, musí publikovat i tuto informaci. Pokud podnikatel přijal vhodná opatření, musí poskytnout informace o tom, z jakých procesů a postupů při ověření vychází. Uveřejní také systém používaný k třídění nebo zveřejňování recenzí.

V souladu s § 5a zákona na ochranu spotřebitele, poskytuje-li prodávající přístup k hodnocení výrobků nebo služeb provedenému jiným spotřebitelem, za

[8] Shodně Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen § 5b, odst. 24.

podstatnou informaci se považuje také informace o tom, zda a jak prodávající zajišťuje, aby zveřejněná spotřebitelská recenze pocházela od spotřebitele, který výrobek nebo službu skutečně použil nebo si je zakoupil.

Za klamavou obchodní praktiku se pak podle černé listiny považuje jednání, kdy podnikatel uvádí, že recenze výrobku nebo služby podává spotřebitel, který produkt skutečně použil nebo jej zakoupil, aniž by přijal přiměřená opatření k ověření toho, zda pocházejí od takového spotřebitele (písm. y/ první přílohy), případně zveřejňuje falešné spotřebitelské recenze či doporučení nebo zadává jiné osobě, aby takové spotřebitelské recenze či doporučení podala, nebo zkresluje spotřebitelské recenze nebo doporučení na sociálních sítích s cílem propagovat výrobek nebo službu (písm. z/ první přílohy).

Pro regulatorní účely není významné, jaký je rozsah a konkrétní obsah hodnocení. Za recenzi lze tedy považovat i pouhé emoji či počet bodů nebo hvězdiček na určité hodnotící škále, kterou mohou tvořit i abstraktní pojmy (např. od „zcela nevyhovující“ po „vynikající“). Může jít o věcná tvrzení („snídaně byla podávána pouze do 9.30“), či hodnotící soudy („personál na snídani byl velmi neprofesionální“). Není jasné, zda znaky recenze naplní „like“, vzhledem k tomu, že není dostatečně substantivní[9].

Pro přehlednost bude vhodné rozlišit, na které podnikatele (a v jaké situaci) se jednotlivá ustanovení vztahují a jaké informace od nich v dané konstelaci vyžadují:

a) První okruh informačních povinností se bude týkat těch podnikatelů, kteří poskytují přístup k recenzím spotřebitelů. Nemusí tedy nutně jít o prodejce či dodavatele zboží, úprava zahrne např. i srovnávací portály, kde jsou publikovány spotřebitelské recenze. Kdo tak činí, musí informovat o tom, zda a jak zajišťuje jejich autenticitu. Na spotřebitele, kteří se na sociálních sítích vyjadřují k produktům, se úprava nevztahuje (nejde o prodávajícího ve smyslu § 2 ZochSpotř). Informace musí podána přímo u recenzí, patrně však u nich postačí vhodně nazvaný odkaz[10]

[9] Sporné i v německém právu, srov. Köhler, UWG, 41. vydání, Příloha k § 3 odst. 3, marg. č. 23b.3.
[10] V úvahu přichází např. název odkazu „Jak zajišťujeme pravost níže uvedených recenzí?“.

(nedostatečný ale bude např. prostý údaj v obchodních podmínkách). Zda jsou tato opatření dostatečná, aby vyloučila zneužití reklamy s recenzemi spotřebitelů, není přitom rozhodující[11]. Vyžaduje se toliko informace, z čehož ale nelze odvodit povinnost efektivní kontroly. Současně se ale zakazuje zveřejňovat falešné recenze či je iniciovat tím, že jejich tvorba budou pověřeny třetí osoby. Zákaz falešných recenzí pod písm. z) se týká jak smyšlených recenzí, které vytvořil sám podnikatel, tak i recenzí od třetích osoby, které k sepsání falešné recenze byli podnikatelem navedeny (např. rodinný příslušník vlastníka hotelu napíše hodnocení ubytování, třebaže v něm nikdy nestrávil noc). Spotřebitel by měl být svobodný a nezávislý[12] a recenze by neměla vytváření pouze zdání objektivity. Výjimka se uplatní pouze pro „hodnocení" známých osobností v reklamě, které sděluji svou vlastní zkušenost s produktem. Veřejnost může vycházet z toho, že pokud jde o úplatné, nebude zcela objektivní[13]. Informační povinnosti podnikatele se vztahují i na recenze přejímané od třetích osob[14], ověřená recenze by tedy mohla být převzata s tím, že jde o převzatou recenzi ověřenou třetí osobou[15].

b) Náročnější jsou ovšem požadavky vůči těm podnikatelům, kteří uvádí, že recenze výrobku nebo služby podává spotřebitel, který produkt

[11] KÖHLER, H. in Köhler/Bornkamm/Feddersen § 5b, odst. 27 požaduje "vhodná a přiměřená opatření".

[12] Spotřebitel ovšem nepožívá v rámci recenze nějakou zvláštní imunitu. Varováním může být případ ze SRN, kde spotřebitel ocenil služby podnikatele (stěhovací společnosti) na online hodnotící platformě pouze jednou z pěti možných hvězdiček. V hodnocení mj. tvrdil, že při přepravě byl poškozen jeho nábytek a škodu mu nikdo nenahradil. Podnikatel popírá, že by k nějakému poškození došlo a ve tvrzení zákazníka, že se mu nedostalo dostatečné péče spatřoval jako zásah do jeho pověsti. Podle soudu sice spotřebitel má práv svobodného hodnocení vyjádřit ke kvalitě poskytnuté služby. Sporné tvrzení, že došlo k poškození kusu nábytku, však není chráněno jako hodnotový soud, neboť je spíše konstatováním skutkového stav - popisuje něco, co se skutečně stalo. Takové hodnocení musí hodnocená společnost snášet jen tehdy, pokud je pravdivé. Kdo v rámci internetové recenze tvrdí nějakou negativní skutečnost, musí v případě sporu prokázat, že je pravdivá. Vzhledem k tomu, že zákazník stěhovací společnosti toho břemeno neunesl, žalobě na zdržení se jednání bylo vyhověno. Srov. rozsudek LG Frankenthal ze dne 22. května 2023, sp. zn. 6 O 18/23.

[13] Srov. Bornkamm/Feddersen loc. cit. odst. 1.166.

[14] To ovšem vyvolává další otázky, ať již z pohledu autorskoprávního (i recenze může představovat autorské dílo, což lze patrně nejlépe vyřešit skrze tzv. framing) či z pohledu ochrany osobních údajů spotřebitelů.

[15] S tím koreluje i důvodová zpráva, která k převzatým recenzím uvádí následující: „"Informační povinnost se také týká všech prodávajících umožňujících přístup ke spotřebitelským recenzním na svém webovém rozhraní, a to i v případě, že zpřístupňované spotřebitelské recenze pocházejí od jiných prodávajících".

skutečně použil nebo jej zakoupil (nepostačí konkludentní tvrzení[16], z obsahu sdělení musí být zřejmé, že si podnikatel nárokuje pravost recenzí – např. nálepkou „ověřená recenze“). Podnikatel pak musí přijmout „přiměřené opatření“, kterým ověří, že recenze je autentická, tj. že pochází od skutečného spotřebitele, „který produkt skutečně použil nebo jej zakoupil“. Úprava tedy ideálně předpokládá, že recenze bude v souladu s proklamací pocházet buď od kupujících nebo od skutečných uživatelů (kteří zboží dostali např. jako dárek)[17]. Je ovšem otázkou, jak by podnikatel mohl zajistit autentičnost recenze obdarovaného, který není jeho smluvním partnerem. Zákonodárce z pochopitelných důvodů nešel tak daleko, aby podnikateli uložil odpovědnost za vlastní obsah recenzí. Ani ze základní, ani ze zpřísněné úpravy neplyne povinnost ověřovat jejich pravdivost či věcnost, nadále mohou být zcela subjektivním hodnotovým soudem spotřebitele.

c) Třetí okruh povinností se týká všech podnikatelů. Zakazuje se zkreslovat spotřebitelské recenze nebo doporučení na sociálních sítích s cílem propagovat výrobek nebo službu. Tento zákaz tedy dopadá i na ty podnikatele, kteří sami neposkytují přístup k hodnocením spotřebitelů. Zákaz falešných či zkreslených recenzí se vztahuje i na případy, kdy podnikatel takto manipuluje recenze publikované konkurencí, aby propagoval vlastní produkt. Příkladem může být situace, kdy podnikatelem nastrčený „spotřebitel“ (či sám podnikatel, pod falešným účtem) v recenzi či v doporučení na sociální síti haní konkurenční produkt a vychvaluje podnikatelův výrobek. Zahrnuje to patrně i „likes“ na těchto sítích. Za zkreslování lze považovat selekci recenzí na ty pozitivní (mazáním těch negativních) a také tzv. extrapolaci doporučení, kdy je příznivé hodnocení spotřebitele podáno zkresleně tak, že se vztahuje i na jiné produkty, než je ten skutečně hodnocený.

[16] Shodně PEIFER, GRUR 2021, 1453, 1456 Peifer GRUR 2021, 1453, 1456

[17] Technické řešení bude nejčastěji spočívat v tom, že vložit recenzi budou moci pouze spotřebitelé přihlášení pod uživatelským účtem, z něhož příslušné zboží objednali.

Nová úprava se vztahuje i na dosavadní recenze publikované před nabytí účinnosti novely (6. ledna 2023). Má-li tedy podnikatel dostát povinnosti informovat o tom, zda a jak zajišťuje, aby zveřejněná spotřebitelská recenze pocházela od spotřebitele, který výrobek nebo službu skutečně použil nebo si je zakoupil, musí ty starší recenze buď smazat, anebo u nich uvede, zda je ověřoval, a pokud ano, tak jakým způsobem.

Česká obchodní inspekce na svých stránkách uvádí, že v případech, kdy prodávající poskytne spotřebiteli výrobek k otestování, aby získal jeho recenzi, je třeba takto získanou a následně zveřejněnou spotřebitelskou recenzi označit jako sponzorovanou[18]. Argumenty pro tento závěr ČOI bohužel neuvádí, nebude však obtížné je najít. Pokud byla za recenzi poskytnuta odměna, jde o její podstatnou vlastnost, která musí být vyložena na stůl, jinak s nejvyšší pravděpodobností půjde o klamavé opomenutí dle § 5a odst. 2 zákona na ochranu spotřebitele[19]. Informace umožní spotřebiteli posoudit, zda se jedná o nezávislou recenzi napsanou dobrovolně na základě konkrétní spokojenosti nebo zda autora potenciálně ovlivňovala vidina určitého prospěchu (odměny, zboží zdarma, účasti ve hře)[20].

5.13.4 Vábivá reklama

Podstata tzv. vábivé reklamy spočívá v klamavosti ohledně dostupnosti zboží či služby. Jde tedy o klamavost vyvolaná nepoměrem mezi nabídkou a poptávkou. Nejde přitom o praktiku, která by byla vázána čistě na online prostředí; její dopady na spotřebitele budou u e-commerce obvykle méně intenzivní

[18] Viz https://www.coi.cz/recenze/.

[19] Obdobně OLG Frankfurt, rozsudek ze dne 14.06.2018, sp. zn. 6 U 23/17. Toto rozhodnutí se mj. týká velmi zajímavé otázky recenzí předchůdců podnikatele**. Pokud jde o právní nástupce, není důvodu, proč tyto recenze nevyužívat i nadále. U franšízy však OLG Frankfurt ve výše uvedeném sporu konstatoval, že využití hodnocení, které obdržel bývalý** držitel franšízy, představuje klamavou reklamu. „Uchováváním a opětovným používáním těchto recenzí je cílová veřejnost udržována v mylné představě, že recenze se týkají nového franšízanta“. Podle soudu na tom nic nemění skutečnost, že u recenzí v průběžném textu zobrazuje název staré franšízové společnosti. Klamavostní potenciál mohla restaurace podle soudu eliminovat vytvořením nové facebookové stránky. Je proto irelevantní, že restaurace nemůže ovlivnit nebo smazat „lajk“ uživatelů Facebooku.

[20] Obdobně SALEWSKI, P. Rechtscheck: Übernahme von externen Kundenbewertungen in den Online-Shop zulässig?, https://www.it-recht-kanzlei.de/uebernahme-kundenbewertungen-online-shop.html.

(odpadají např. marné náklady vynaložené na cestu do kamenného obchodu). To ovšem neznamená, že jde o dovolenou praktiku.

Podle přílohy č. 1 písm. d) zákona na ochranu spotřebitele jsou obchodní praktiky vždy *považovány za klamavé, pokud prodávající nabízí ke koupi výrobky nebo služby za určitou cenu, aniž zveřejnil důvody, na jejichž základě se může domnívat, že nebude sám nebo prostřednictvím jiného podnikatele schopen zajistit dodávku uvedených nebo rovnocenných výrobků nebo služeb za cenu platnou pro dané období a v přiměřeném množství vzhledem k povaze výrobku nebo služby, rozsahu reklamy a nabízené ceny (vábivá reklama).*

1.2. Příkladem může být případ posuzovaný u NSS v roce 2019[21].
Podnikatel v distribuovaných letácích nabízel konkrétní výrobky (od oblečení přes potraviny až po nábytek) za výhodnější cenu, než za kterou je bylo možné běžně koupit. Množství výrobků v prodejnách ale bylo vzhledem k jejich ceně, atraktivitě a povaze omezené (což mj. prokázal fakt, že většina výrobků byla prodána v první den akce). Podnikatel přitom na tento nepoměr v reklamních letácích speciálně neupozornil (kromě obvyklého paušálníního sdělení, že nabídka platí do vyprodání zásob). Odůvodnění NSS ukazuje, že stěžejní je posoudit otázku, zda v době konání prodejní akce bylo možno považovat množství výrobků dodané do prodejen za přiměřené s ohledem na a) rozsah reklamy (počty letáků), b) atraktivitu akce, c) druh výrobků a d) očekávání podnikatele, že zboží bude či nebude dostatek.Meta-tags

Meta-tags jsou informace umístěné v hlavičce (header) HTML stránky. Obvykle nejsou viditelné čtenáři, neuniknou však vyhledávačům, které díky nim identifikují, co je obsahem stránky. Podle obsahu může jít o *meta descriptions* (popis stránky obvykle v rozsahu jednoho odstavce), *meta keywords* (klíčová slova článku) nebo

[21] Rozsudek NSS ze dne 24. září 2019, sp. zn. 10 As 102/2018 (Lidl).

meta robots (který může zakázat vyhledávačům indexaci stránky nebo procházení odkazů).

V minulosti byly meta tagy využívány při programování webových stránek pro pokoutné dosažení lepších výsledků u vyhledávačů - např. tím, že mezi klíčová slova byla zadána označení konkurence[22]. Podobnou funkci plnil tzv. *word stuffing (hidden text)*, tj. umístění neviditelného textu na stránce („bílé na bílém"), tomu viz kapitolu 5. 15..

Soudní dvůr EU se problematice zneužití označení konkurence v meta tagu zabýval ve věci Belgian Electronic Sorting Technology z roku 2013[23]. V odůvodnění soud mj. uvedl, že využití označení konkurence lze považovat za klamavou reklamu. Podle soudu je „ […] irelevantní, že meta-tags zůstávají pro uživatele internetu neviditelné a že jejich přímým adresátem není tento uživatel, nýbrž vyhledávač. […] pojem ‚reklama' […] zahrnuje i nepřímé formy sdělení, a fortiori pokud tyto nepřímé formy sdělení mohou ovlivnit ekonomické chování spotřebitelů, a dotknout se tak konkurenta, na jehož firmu nebo výrobky meta-tags odkazují." Neoprávněné použití ochranné známky nebo cizí obchodní firmy v rámci klíčových slov, může být dále považováno za porušení práv duševního vlastnictví a nápravy lze tedy dosáhnout v rámci absolutní ochrany. Negativní přístup k využití označení třetích osob v meta tags je obvykle odůvodněn porušením práv k ochranné známce[24].

Zda jde o nekalou soutěž je ovšem sporné. Neoprávněné užívání ochranné známky nebo cizí obchodní firmy v rámci klíčových slov umístěných jako meta-tags ve zdrojovém kódu internetových stránek může být podle Soudního dvora považováno nejen za porušování práv duševního vlastnictví, ale také za nekalou soutěž (vyvolání nebezpečí záměny, parazitování na pověsti, případně zlehčování).

---

[22] V podrobnostech srov. POLČÁK, R. Nekalá soutěž na internetu - vymezení, typologie a příklady nekalosoutěžních praktik založených na nepřiměřeném lákání a parazitismu. Obchodní právo, Praha : Prospektrum, 2005, 14, 5, s. 4. Viz také THIELE, C. Meta-tags und das österreichische Wettbewerbsrecht. ÖJZ, 2001, dostupné z https://eurolawyer.at/wp-content/uploads/pdf/metatags.pdf .

[23] Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. července 2013, ve věci C 657/11, v řízení o předběžné otázce ve věci Belgian Electronic Sorting Technology NV proti Bertovi Peelaersovi, Visys NV. Anotace rozhodnutí je dostupná zde: https://ictjudikatura.law.muni.cz/wiki/C-657/11_-_Belgian_Electronic_Sorting_Technology

[24] Srov. např. rozsudek BGH ze dne 18. května 2006, sp. zn. I ZR 183/13.

Používání meta-tags, které nesouvisí s obsahem stránek, ale snaží se pouze o zlepšení hodnocení pro účely lepšího umístění ve výsledcích přirozeného vyhledávání, může být podle soudu klamavou reklamou.

V SRN se v minulosti diskutovala otázka, zda použití meta-tags s označeními konkurenta nepředstavuje nekalé odchytávání zákazníků (Abfangen von Kunden), které jednou z tzv. zabraňovací soutěže[25]. Dle judikatury BGH však pouhá skutečnost, že se při zadání cizí značky jako vyhledávacího výrazu objeví také reklama konkurenta, nepředstavuje nepatřičné ovlivňování potenciálních zákazníků[26]. To platí z pohledu práva nekalé soutěže i pro používání ochranných známek třetích osob[27] v meta-tags, neboť jejich primárním účelem je zájemce upozornit na vlastní sortiment výrobků a služeb, nikoliv nekale odvést ke konkurenci[28].

Výjimka by se uplatnila jen tam, kde by výsledky vyhledávání byly podány klamavě, tj. bez dostatečného grafického rozlišení mezi přirozeně (organicky) vyhledanými výsledky a výsledky zaplacenými. Uživatel pak totiž může oprávněně vycházet z toho, že pořadí není ovlivněno jinými než faktickými okolnostmi[29].

Shora uvedené diskuse jsou však patrně obsoletní. Většina internetových prohlížečů dnes klíčovým slovům v meta-tags nepřiznává žádný význam a v rámci svých algoritmů je nezohledňuje.

Pomineme-li tedy známkoprávní ochranu, která má absolutní charakter a brání využití chráněných označení třetí stranou, je na místě ptát se na efektivitu meta-tags. Jedním z prvků generální klauzule je totiž potenciál újmy soutěžitelů či zákazníků. Nekalou soutěží tedy označení jiného soutěžitele v rámci meta-tags bude jen tehdy, pokud tato praktika není funkčně způsobilá alespoň potenciálně přivodit újmu jinému soutěžiteli a není tedy nekalou soutěží.

---

[25] Srov. § 4 Nr. 4 německého UWG (v dřívější úpravě § 4 Nr. 10 UWG).

[26] Rozsudek ***BGH ze dne 13.1.2011, sp.zn. I ZR 125/07, Tz. 35 (bananabay II)***; shodně rozsudek BGH ze dne 22. ledna 2009, sp. zn. I ZR 30/07 (Beta Layout).

[27] Jinak je tomu z pohledu práva ochranných známek, srov. tomu např. rozsudek BGH ze dne 18. června 20. června 2006, sp. zn. I ZR 183/03.

[28] Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, odst. 10.31.

[29] Blíže k tomu usnesení OLG Hamburg ze dne 19. 6. 2013, sp. zn. 5 W 31/31.

1.3. Slovní vycpávky (word stuffing, keyword stuffing)

Zatímco u meta-tags byla klíčová slova součástí hlavičky stránky, je technika slovní vycpávky aplikována přímo ve vlastním textu stránky. Principem je pokoutné umístění řady klíčových slov na stránku, a to ve stejné barvě, v jaké je pozadí. Pro lidské oko neviditelné texty mohou ovlivnit algoritmy vyhledávačů, a tedy i celkové pořadí výsledků.

Nekalost této praktiky označované také jako index spamming či spamdexing, je daná tím, že konkurence může být potenciálně „vytlačena" z předních míst, které zaujme soutěžitel podpořený umělými „vycpávkami". Jde tedy opět o jednu z forem tzv. zabraňovací soutěže, v tomto případě nekalou manipulací výsledků vyhledávání.

Podobně jako u meta-tags reaguje na nekalé postupy technologie. Vyhledávače pracují mj. s frekvencí klíčových slov (key-word density) a případné disproporce zohledňují.

1.4. Klíčová slova

Klasickým příkladem reklamních praktik, které využívají klíčových slov (key words) je optimalizace vyhledávání, kterou nabízí Google v rámci své služby Google Ad (dříve Google Adwords). Inzerent si může „objednat" určitá označení tak, že pokud je uživatel Googlu zadá do svého vyhledávače, objeví se jeho stránky či jeho inzeráty v seznamu tzv. sponzorovaných výsledků.

Pokud jsou jako klíčová slova použita generická nedistinktivní označení, je tento postup bez výhrad. Pokud ovšem inzerent zadá jako klíčové slovo označení chráněné ochrannou známkou konkurenta, vyvstává několik otázek. Neporušuje uvedený postup práva konkurenta k ochranné známce? Nenaplňuje jednání znaky generální klauzule nekalé soutěže? A pokud ano, kdo bude v případném sporu

pasivně legitimován – provozovatel vyhledávače nebo jen konkurenční inzerent, který využívá cizí označení?

K pasivní legitimaci vyhledávače se vyjádřil Soudní dvůr EU ve věci Google France a Google proti Louis Vuitton[30]. Google svým zákazníkům (inzerentům v rámci systému AdWords) umožnil volit klíčová slova, který byla variacemi na ochrannou známku Louis Vuitton. Klíčová byla kvalifikace tohoto postupu podle dle čl. 14 odst. 1 Směrnice 2000/31 o elektronickém obchodu (u nás transponovaný v § 5 ZSIS). Pokud by naplnila znaky služby informační společnosti spočívající v ukládání informací poskytovaných příjemcem, nebyl by poskytovatel služby odpovědný za informace ukládané na žádost příjemce do doby, než by byl „účinně seznámen s protiprávní činností" inzerenta.

Soudní dvůr EU konstatoval, že reklama prostřednictvím klíčových slov v zásadě spadá do této výjimky z odpovědnosti, neboť internetový vyhledávač vystupuje jako poskytovatel služby informační společnosti. Pokud tedy Google zůstane při volbě klíčových slov pasivní (nemá kontrolu nad zprostředkovanými informacemi), nachází v tzv. „bezpečném přístavu", byť jde o úplatnou službu, v rámci níž provozovatel systému stanoví způsoby odměňování a poskytuje svým zákazníkům informace obecné povahy. Případnou odpovědnost pak nese pouze inzerent.

Z toho vychází i rozhodnutí Městského soudu v Praze ve věci „Teco/Seznam.cz"[31]. Výjimka z odpovědnosti za uložení a šíření protiprávní reklamy podle § 5 ZSIS je dána jen do doby, než je internetový vyhledávač (v posuzovaném případě Seznam.cz) o závadné inzerci dostatečně informován. Informace o zneužití klíčových slov musí být dostatečně konkrétní a musí být podloženo relevantními důkazy, například výpisem z registru ochranný známek Úřadu průmyslového vlastnictví. Po obdržení informace o podezřelé reklamě je internetový vyhledávač sám povinen vyhodnotit protiprávnost inzerce a v případě,

[30] Rozsudek SDEU ze dne 23. března 2010, ve věci C-236/08, v řízení o předběžné otázce ve věci Google France SARL a Google Inc. proti Louis Vuitton Malletier SA.
[31] Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6. 10. 2015, sp. zn. 21 Cm 8/2015..

že jde o protiprávní inzerci, musí poskytnout žadateli informace o zadavateli inzerce a reklamu musí neprodleně odstranit[32]

Co se týče odpovědnosti inzerenta, bude podle Soudního dvora EU (Google v. Louis Vuitton Malletier SA)[33] na místě vyjít z toho, že „ […] cílem inzerenta, který jako klíčové slovo vybral označení totožné s ochrannou známkou jiné osoby, je to, aby uživatelé internetu, kteří toto slovo zadají jako vyhledávaný výraz, proklikli nejen na zobrazené odkazy, které pocházejí od majitele uvedené ochranné známky, ale rovněž na reklamní odkaz uvedeného inzerenta.“.

Soud založil své rozhodnutí na intenzitě, se kterou došlo k narušení „funkce označení původu" ochranné známky. Pokud by zobrazená internetová reklama (průměrnému) spotřebiteli znemožnila či ztížila zjistit, od kterého producenta produkty pochází, půjde o protiprávní zásah do práv k ochranné známce a postup je třeba reprobovat jako protiprávní.

Na rozhodnutí ve věci Google v. Louis Vuitton navazuje v roce 2011 rozhodnutí Interflora v. Marks & Spencer[34]. Dochází v něm k určitému zmírnění závěrů předchozí judikatury více prosoutěžním přístupem: soud zohlednil i zájmy konkurentů, kteří díky klíčovým slovům shodnými či podobnými s renomovanými ochrannými známkami dostávají šanci spotřebitele upozornit na alternativní nabídku. Soudní dvůr rozlišil mezi dvěma variantami. Využití klíčových slov má podle něj buď umožnit nabídku zboží, které je imitací nebo alternativou zboží označeného ochrannou známkou.

Použití klíčového slova bude v rozporu se zákonem v prvním případě, tj. u imitace, produktů, které prodává poškozený soutěžitel. Pokud ale sledují klíčová slova nabídku alternativy, pak, „takové užívání v zásadě spadá do mezí zdravé a spravedlivé hospodářské soutěže v odvětví dotyčných výrobků nebo služeb a nedochází tedy k němu bez řádného důvodu”. Soud akcentoval přínosy spočívají ve větší informovanosti spotřebitele.

---

[32] Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6. 10. 2015, sp. zn. 21 Cm 8/2015.
[33] Rozsudek SDEU ze dne 23. března 2010, ve věci C-236/08, Google France SARL a Google Inc. proti Louis Vuitton Malletier SA.
[34] Soudní dvůr EU ve věci C-323/09 Interflora v. Marks & Spencer.

Z výše uvedeného přístupu vychází i česká judikatura, srov. např. případě Teco v. ELKO[35], který se skutkově velmi blíží výše uvedeným případům. Dovolací soud v něm konstatoval, že žalovaný zasáhl do práv k ochranným známkám žalobce a jeho postup kolidoval s dobrými mravy soutěže.

1.5. Linking

Standardním prvkem, který rozšiřuje dosah webu, jsou hypertextové odkazy (tj. příkazy v programovacím kódu webu, které vedou internetový vyhledávač k otevření další webové stránky a které tvoří strukturální element slovního popisu html). Samy o sobě jsou z pohledu (soutěžního práva) bezproblémové, za určitých okolností mohou ovšem naplnit skutkovou podstatu generální klauzule, resp. příslušné pojmenované podstaty.

Typicky tehdy, pokud link odkazuje na stránky konkurence hodnotícím způsobem, který neodpovídá požadavkům srovnávací reklamy (odkaz na stránkách s komentářem „Podívejte se na naši drahou konkurenci“) či je klamavý nebo parazitní (např. záměrně odkazuje na pouze část prezentace konkurenta či odkaz naznačuje spojení obou soutěžitelů, což může být problém u *inline* či *embedded links*).

Limitem úvah o nekalé soutěži při použití odkazů je existence nekomerčních stránek (typicky půjde o osobní blogy nebo čistě altruistické projekty nadšenců), které i při velmi široké interpretaci soutěžitele a hospodářské styku nenaplní podmínky pro aplikaci generální klauzule proti nekalé soutěži.

Zůstaneme-li u stránek, které budou využívání v rámci hospodářského styku, bude první okruh problémů představovat možnost nebezpečí záměny (pokud nebude dostatečně zřejmé, že je odkazována na stránky jiné entity) anebo riziko parazitování (tím, že u adresátů vznikne na základě odkazu představa nějakého propojení obou soutěžitelů).

[35] Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. dubna 2018, sp. zn. 23 Cdo 4931/2017-119 (Teco v. ELKO).

Složitější je situace u deep links. Jde o odkaz nikoliv na (cizí) domovskou stránku, nýbrž na konkrétní stránku hluboko ve webové struktuře. Odkaz tedy zavede uživatele přímo na konkrétní podstránku, aniž by uživatel navštívil *surface link* domovskou stránku. Zatímco majiteli domu bude v zásadě jedno, zda host vstoupí do domu hlavními či vedlejšími dveřmi, u *deep links* to roli hraje. Obejití hlavní stránky může teoreticky negativně ovlivnit příjmy z reklamy, protože reklama na hlavní stránce je obvykle odměňována nejvíce. Je také možné, že odkaz na specifickou položku ve struktuře zájemce povede k mylnému závěru o nabídce (odkaz odkazuje na část prezentace, zatímco jiná část bude uživateli skryta; z odkazu není hned zřejmé, že jde o nabídku jiné osoby).

Nejde o parazitování na cizí pověsti či o reklamu srovnávací (pokud jde o prostý a nehodnotící odkaz na konkurenta, ze kterého alespoň nepřímo není patrné srovnání s produkty či službami jiného). Teoreticky může jít o zvláštní formu tzv. zabraňovací soutěže, která spadá mezi nepojmenované skutkové podstaty. Vlastník stránky, na kterou se odkazuje, ztrácí zčásti kontrolu nad jejím obsahem, uživatel je svým způsobem manipulován a tím, že „vynechá“ standardní cesty k informacím, které jej zajímají a může minout úrovně, které by jej více zorientovaly v nabídce.

Proti *deep links* však existuje jednoduchá obrana: provozovatel webu může předně umístit reklamu i na své podstránky nebo nabídnout stejnou reklamu jak na domovské stránce, tak na podstránkách, aniž by jej to nějak zatížilo zvýšenými náklady[36].

Event. může *deep links* úplně zablokovat. Obejití takového opatření, byť nebylo technicky sofistikované, považoval německý BGH ve věci Session-ID[37] za porušení autorských práv. Dle BGH nezáleželo na tom, zda bylo ochranné opatření technicky účinné a dostatečné, pokud oprávněný provozovatel webu přijal viditelná ochranná opatření k omezení přístupu (v daném případě měl být přímý přístup k výřezům mapy umožněn pouze platícím zákazníkům, což jiný soutěžitel jednoduše

[36] Srov. FEZER, BÜSCHER, OBERGFELL, MANKOWSKI, Lauterkeitsrecht: UWG, 3. vydání, 2016, Rn. 130.
[37] Rozsudek BGH ze dne 29. dubna 2010, sp. zn. I ZR 39/08.

obešel skrze deep link). Tím se soud odklonil od dosavadního aprobujícího přístupu, který vytýčil v rozhodnutí Paperboy[38]).

[38] Rozsudek BGH ze dne 17. března 2003, sp. zn. I ZR 259/00.