

## 1. Elektronický obchod z pohledu nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik

Právní úprava hospodářské soutěže má za cíl ochranu nezkráceného a svobodného průběhu tržního soupeření. Tradičně se rozpadá do dvou sfér, které však nejsou odděleny čínskou zdí a mohou se vzájemně prolínat a ovlivňovat.

Veřejnoprávní regulace, jejíž tři pilíře tvoří úprava kartelových dohod, zneužití dominantního postavení soutěžitelů a spojování soutěžitelů v zákoně na ochranu hospodářské soutěže, představuje tzv. existenční ochranu soutěže. V zásadě upravuje předpoklady soutěže jako takové.

V této kapitole se však zaměříme na druhou z větví soutěžního práva, kterou představuje soukromoprávní úprava tzv. nekalé soutěže v občanském zákoníku. Nepomineme přitom důsledky úpravy nekalých obchodních praktik v zákoně na ochranu spotřebitele a jejich – v praxi ne vždy zcela jasný – vztah k úpravě nekalé soutěže.

### 1.1. Účel právní úpravy nekalé soutěže

Regulace nekalé soutěže necílí na existenci soutěže jako takové, nýbrž na její kvalitu<sup>1</sup>: jejím účelem je prosadit zájem na absenci nekalých postupů v hospodářské soutěži a zabránit tomu, aby soutěžitelé „zdivočením soutěžních mravů“ získávali neoprávněnou výhodu vůči konkurenci. Cílem je tedy prosazení poctivosti soutěže v zájmu ostatních soutěžitelů a adresátů jejich soutěžních praktik<sup>2</sup>.

Na rozdíl od veřejnoprávní regulace je soukromoprávní úprava z podstaty reaktivní. Právo nekalé soutěže je deliktním právem, jehož právní následky nastupují až porušením zákonné úpravy a působí v zásadě jen *inter partes* (ve vztahu mezi soutěžiteli navzájem či mezi soutěžitelem a zákazníkem). Postihuje svými účinky jen přímé aktéry jednání a zpravidla nemá širší dosah<sup>3</sup>.

Určitou výjimku v tomto směru představují ty (v ČR velmi vzácné) případy nekalé soutěže, u kterých využily zvláštního žalobního oprávnění (negatorní a restituční žaloby, tj. žaloby na zdržení a žaloby na odstranění závadného stavu) právnické osoby hájící zájmy soutěžitelů nebo zákazníků dle § 2989 OZ<sup>4</sup>.

### 1.2. Generální klauzule proti nekalé soutěži

Občanský zákoník v § 2976 upravuje generální klauzuli nekalé soutěže po vzoru starších úprav. Zakázanou nekalou soutěží je jednání, které kumulativně splňuje tři podmínky: (i) jednání v hospodářském styku, (ii) koliduje s dobrými mravy soutěže a (iii) má potenciál přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům.

---

<sup>1</sup> ONDREJOVÁ, D., SEHNÁLEK, D. Vliv práva Evropské unie na českou regulaci nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik. Brno: Masarykova univerzita, 2016, [online]. [cit. 2023-11-25]. Dostupné z: <https://munispace.muni.cz/library/catalog/book/920>, s. 18.

<sup>2</sup> Obdobně PATĚK, D. Právo proti nekalé soutěži. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020, s. 9.

<sup>3</sup> MUNKOVÁ, J. Právo proti nekalé soutěži, 3. vydání, Praha 2008, s. 13.

<sup>4</sup> Dle citovaného ustanovení „právo, aby se rušitel nekalé soutěže zdržel nebo aby odstranil závadný stav, může mimo případy uvedené v § 2982 až 2985 uplatnit též právnická osoba oprávněná hájit zájmy soutěžitelů nebo zákazníků“. Aktivita českých spotřebitelských spolků a obdobných organizací je ve věci nekalé soutěže minimální, což kontrastuje s aktivismem obdobných entity v SRN, Rakousku či Švýcarsku.

Široký záběr klauzule umožňuje reagovat na nové případy nekorektních postupů, aniž by bylo zapotřebí legislativních změn. Flexibilita má své výhody: zužuje prostor pro obcházení zákona a umožňuje potírat nové praktiky, které přináší zejména svět internetu a nových technologií obecně<sup>5</sup>. Rubem těchto pozitiv je jistá nepřehlednost a nepředvídatelnost projevující se ve snížené míře jistoty, neboť se obtížněji předjímá, jak bude konkrétní soutěžní chování posouzeno rozhodujícím orgánem<sup>6</sup>.

Pružnost generální klauzule je posílena i inkluzivní terminologií a širším personálním pojetím nekalé soutěže. Tak např. pojem „hospodářský styk“ je záměrně pojmem širším než „hospodářská soutěž“ upravený § 2972 občanského zákoníku (hospodářská soutěž je tudíž podmnožinou hospodářského styku)<sup>7</sup>, což v praxi umožní jako nekalou soutěž bez potíží kvalifikovat závadné jednání, ke kterému došlo ve vztahu i těch účastníků soutěže, kteří nejsou v přímém v soutěžním (konkurenčním) vztahu<sup>8</sup>.

Kritérium hospodářského styku tak bude naplňovat např. vztah mezi mediálním gigantem, který publikuje časopisy online, a výrobcem (či prodejcem) nástrojů blokujících reklamu<sup>9</sup>. Totéž platí pro vztah podnikatelů provozujících vyhledávače a podnikatelů z jiných právních odvětvích, jejichž chráněná označení algoritmy daného vyhledávače v rámci klíčových slov.

Flexibilita je významná i v rámci konceptu dobrých mravů soutěže. Judikatura a doktrína diferencuje dobré mravy *soutěže* od dobrých mravů obecně a akcentuje přitom zvýšené nároky a kompetitivnost světa byznysu: „*Pojem dobré mravy soutěže je však třeba poněkud modifikovat, a to právě proto, že se uplatňují v hospodářské soutěži, tj. v prostředí, kde cílem je na trhu se prosadit, získat zde oproti jiným výhodu, což předpokládá jistou míru agresivity a „podnikatelské vychytralosti“ (srov. Hajn: Komunitární a české právo proti nekalé soutěži, Masarykova universita, Brno 2010). Je však třeba vždy dodržet korektní a soutěžně přijatelné metody, samozřejmým předpokladem jednání v souladu s dobrými mravy soutěže je zachovat poctivost a slušnost.*“<sup>10</sup>

Lze tedy akceptovat určitou míru asertivity a kompetitivnosti, ze které v důsledku profitují spotřebitelé. Tento „prosoutěžní“ přístup byl dobře viditelný u vývoje judikatury Soudního dvora EU k reklamě s klíčovými slovy (blíže k tomu kapitola 5. 14 a 5.15).

Za projev akceptace specifických soutěžních poměrů lze i koncept obvyklého reklamního přehánění, kterou směrnice o nekalých obchodních praktikách oslabuje ochranu zvláště zranitelných spotřebitelů (jde o reklamní sdělení používající zveličená prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně, v českém právu srov. § 4 odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele).

### 1.3. Soutěžitelé a zákazníci

Široké je také vymezení účastníků hospodářské soutěže. Definice soutěžitele zahrnuje nejen podnikatele (jako tomu bylo výlučně podle prvorepublikové úpravy<sup>11</sup>), nýbrž také nepodnikající subjekty či právnické osoby veřejného práva, pokud se účastní hospodářské soutěže, byť tak činí relativně nahodile (nauka je označuje jako soutěžitele ad-hoc).

---

<sup>5</sup> Hajn tento jev v inspiraci Randou pojmenovává termínem „perverzní tvořivost“. Současně dodává, že i kdyby zákonodárce zapověděl sto nežádoucích soutěžních postupů, nápadití konkurenti bojující o hospodářské přežití, objeví způsob sto prvy až x-tý. Srov. HAJN, P. Generální klauzule proti nekalé soutěži. Právní rádce, 1996, č. 8, s. 9.

<sup>6</sup> PATĚK, D. Právo proti nekalé soutěži. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020, s. 69.

<sup>7</sup> ONDREJOVÁ, D. Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku, komentář, s. 41.

<sup>8</sup> Nejvyšší soud v rozsudku ze dne 18. 1. 2006, sp. zn. 32 Odo 1642/2005 uvedl mj. že „hospodářskými soutěžiteli jsou všichni, mezi nimiž na základě objektivní povahy jejich výrobků či služeb nebo na základě vlastní aktivity dojde na trhu k hospodářskému zájmovému střetu, přičemž jako soutěžitele lze chápat i ty subjekty, mezi nimiž pro nekalost počínání jednoho z nich vlastně nikdy nedojde k přímému konkurenčnímu střetu“.

<sup>9</sup> Srov. např. rozsudek BGH ze dne 24. 6. 2004, I ZR 26/02 (Webeblocker).

<sup>10</sup> Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25.04.2018, sp. zn. 23 Cdo 4554/2017 (NOVASTIM).

<sup>11</sup> Srov. § 46 odst. 1 citovaného předpisu.

Právní úprava nekalé soutěže však není (či alespoň nemá být) nějakým všeprámem, které pokrývá jakékoliv praktiky osob, které se snaží dosáhnout ekonomického prospěchu. Kupříkladu vlastník dětského kočárku, který se jej snaží prodat v aukci na online bazaru, se sice jednorázově (z)účastní hospodářského styku, stěží jej však můžeme označit za soutěžitele ve smyslu generální klauzule nekalé soutěže či obchodníka ve smyslu právní úpravy nekalých obchodních praktik.

Soutěžitel disponuje všemi nároky dle § 2988 OZ a může je uplatnit u všech skutkových podstat nekalé soutěže (zákon ho nijak v jejich uplatnění nelimituje). Osoba, jejíž právo bylo nekalou soutěží ohroženo nebo porušeno, může proti rušiteli požadovat, aby se nekalé soutěže zdržel nebo aby odstranil závadný stav. Dále může požadovat přiměřené zadostiučinění, náhradu škody a vydání bezdůvodného obohacení. To samozřejmě platí za předpokladu, že jsou splněny podmínky pro uplatnění nároku a že je žalovanou skutkovou podstatou nekalé soutěže soutěžitel přímo dotčen (např. u skutkové podstaty zlehčování podle § 2984 občanského zákoníku může být aktivně legitimován jen ten soutěžitel, který je zlehčován, nikoliv jiný)<sup>12</sup>.

Mezi subjekty chráněné před nekalou soutěží patří krom soutěžitelů i zákazníci. Před novelou obchodního zákoníku provedenou zák. č. 152/2010 generální klauzule za subjekty v hospodářské soutěži považovala soutěžitele a spotřebitele. Negativní efekty takto zúženého pojetí naléhavě ukázaly tzv. katalogové podvody. Jejich podstata byla primitivní: spočívala v tom, že pomocí klamavých a manipulativních praktik byly podnikatelé (ale také řada renomovaných veřejných institucí jako třeba Policejní prezidium či dokonce Nejvyšší správní soud) sváděni k úplatným registracím v elektronických katalogích nevalné úrovně a nulového významu v praxi, a to za absurdně přemrštěnou cenu. Poškozenými byli v drtivé většině případů podnikatelé<sup>13</sup> (kteří nebyli v konkurenčním poměru k narušiteli) či nepodnikající právnické osoby – nikoliv tedy spotřebitelé, ale ani „soutěžitelé“ v tradičním smyslu. Od účinnosti uvedené novely byla zavedena nová taxonomie<sup>14</sup>, které se přidržela i aktuální právní úprava v občanském zákoníku. „Spotřebitele“ v generální klauzuli vystřídal obecnější „zákazník“.

Tím zákonodárce odstranil hrozbu zužujícího přístupu k vymezení poškozených osob a současně úpravu nekalé soutěže (její ochranu) bez pochyb a potřeb extenzivního výkladu vztáhnul i na „nezařaditelné“ subjekty, které nenaplněly kritéria soutěžitele či spotřebitele. Koncept „zákazníka“ tak dle OZ zahrnuje jak spotřebitele, tak i podnikatele, bez ohledu na to, zda jde o osobu fyzickou či právnickou či osobu, či zda vůči narušiteli vystupuje v postavení slabší strany či jedná v pozici rovného.

Pro řadu praktik nekalé soutěže i nekalých obchodních praktik bude klíčové určit relevantní skupinu jejich adresátů. Platí to zejména pro klamavé praktiky, kde (způsob) určení referenční skupiny zcela zásadní. Ze souboje mezi empirickým (sociologickým) a normativním modelem, vyšel vítězně druhý z nich. Normativní model spotřebitelského chování nevychází ze sociologického šetření, nýbrž z abstraktní představy, projekce soudu, jak by se spotřebitel (zákazník) v určité situaci zachoval (jak by např. vnímal určité reklamní sdělení). Závěr tedy soudce učiní na základě vlastního uvážení bez nutnosti náročných sociologických průzkumů.

Normativní koncept tzv. průměrného spotřebitele<sup>15</sup> vytýčený rozhodovací praxí Soudního dvora<sup>16</sup> vychází z toho, že tento spotřebitel „má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory“. Tento normativní model přebírá jak

---

<sup>12</sup> ONDREJOVÁ, D. in BEJČEK, J., KOTÁSEK, J., ONDREJOVÁ, D. a kol. Obchodní právo. Obecná část. 2. vydání. C. H. Beck, 2023 (v tisku).

<sup>13</sup> Srov. popis těchto praktik in DUBANSKÁ, B., NEUWIRTH, F. Právní prostředky obrany proti katalogovým podvodům. Epravo.cz [online]. [cit. 2023-11-25]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/pravni-prostredky-obrany-proti-katalogovym-podvodum-81284.html>

<sup>14</sup> Blíže k tomu HAJN, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2000. S. 118.

<sup>15</sup> Simon, R. Spotřebitelské modely v evropském a českém právu, Právník, 2008, č. 5, dostupn z [https://www.ilaw.cas.cz/upload/web/files/pravnik/issues/2018/5/1.Simon\\_5\\_2018.pdf](https://www.ilaw.cas.cz/upload/web/files/pravnik/issues/2018/5/1.Simon_5_2018.pdf)

<sup>16</sup> Rozhodnutí SDEU C-210/96 Gut Springenheide a Tusky, bod 31.; SDEU C-220/98 Estee Lauder, bod 27, rozhodnutí SDEU C-99/01 Linhart und Biffel, bod 31.

evropské sekundární právo<sup>17</sup>, tak i česká judikatura. Po průměrném spotřebiteli však nelze požadovat takovou míru kritičnosti, která by jej učinila imunním vůči účinkům reklamy<sup>18</sup>.

Směrnice č. 2005/29/ES vedle pojmu průměrného spotřebitele zavedla zvýšenou ochranu tzv. zranitelných spotřebitelů, tj. osob, které jsou s ohledem ke svému věku, duševní nebo fyzické slabosti či důvěřivosti snadněji ovlivnitelné na ně zacílenými obchodními praktikami. V českém právu jsou tyto požadavky na ochranu určitých skupin zákazníků promítnuty v zákoně na ochranu spotřebitele (srov. § 4 odst. 2).

Abstraktnost normativního modelu má své výhody v rychlosti, se kterou soudy „zjišťují“ reakci oslovené skupiny spotřebitelů. Volnějším standard také dává soudu možnost určitého „výchovního“ působení tam, kde spotřebitelé nejsou dostatečně obezřetní a postupují velmi nedbale či naivně. Na druhou stranu však sebou každý normativní model nese rizika odtržení od reality, svévole a bohapusté arbitrárnosti.

Varovným příkladem je v tomto směru těžko přijatelné rozhodnutí Nejvyššího soudu ve věci reklamy na pohřební služby šířené v prostorách zdravotnického(!) zařízení<sup>19</sup>. Dovolací soud měl za to, že se žalovaná (zdravotnické zařízení) nekalosoutěžního jednání nedopustila. V odůvodnění mj. cynicky uvedl, že by se na spotřebitele při vyhledávání pohřebních služeb nemělo pohlížet jako na zvláště zranitelného; byť se tento spotřebitel nachází „v poněkud citlivější situaci, v reklamě zboží či služeb běžné potřeby již téměř každý spotřebitel očekává určitá reklamní přehánění či nadsázku, jimž neuvěří“.

#### 1.4. Povaha deliktu nekalé soutěže

Delikt nekalé soutěže je spáchán již tím, že dané jednání má reálný potenciál negativního důsledku (např. publikací zlehčující reklamy na internetu). Ochrany proti nekalé soutěži se tak lze domáhat již v okamžiku, kdy újma postiženému pouze hrozí, nikoli až poté, co vznikne (nekalá soutěž je ohrožovací delikt). „Pouhé způsobení újmy soutěžiteli (nebo možnost způsobení takové újmy) ještě nevypovídá o nekalém charakteru soutěžního jednání. Jestliže je druhým působena hospodářská újma takovými prostředky, které jsou v hospodářském boji považovány za soutěžně slušné (to nevylučuje určitou dávku soutěžní agresivity, soutěžní lstivosti), nelze z toho vyvozovat protiprávnost takového jednání. V hospodářském soutěžním boji se neuplatní starořímská zásada „neminem laedere“<sup>20</sup>, pokud je boj veden v souladu s dobrými mravy soutěže.

#### 1.5. Vztah generální klauzule a skutkových podstat

Relativně široce formulovaná generální klauzule je doplněna o úpravu zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže. Dle neuzavřeného výčtu v § 2976 odst. 2 OZ je nekalou soutěží zejména *a)* klamavá reklama, *b)* klamavé označování zboží a služeb, *c)* vyvolání nebezpečí záměny, *d)* parazitování na pověsti závodu, výrobku či služeb jiného soutěžitele, *e)* podplácení, *f)* zlehčování, *g)* srovnávací reklama, pokud není dovolena jako přípustná, *h)* porušení obchodního tajemství, *i)* dotěrné obtěžování a *j)* ohrožení zdraví a životního prostředí.

Informačních technologií se bezprostředně dotýká skutková podstata dotěrného obtěžování, které se budeme věnovat samostatně. U ostatních skutkových podstat bude fakt, že k danému závadnému jednání došlo na internetu, obvykle jen podružný. Tak např. nepřípustná srovnávací reklama bude zakázána bez ohledu na to, jestli byla šířena v rámci reklamy v tištěném médiu či na internetu. Moderní technologie u pojmenovaných skutkových podstat nemění jejich

---

<sup>17</sup> Srov. bod 18 Směrnice 2005/29/ES.

<sup>18</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 1. 2014, č. j. 4 As 98/2013 - 88, č. 3022/2014 Sb. NSS.

<sup>19</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30.5.2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006. Reklama na pohřební služby ve zdravotnickém zařízení je podle § 6a odst. 2 zákona o regulaci reklamy od 1.1.2002 zakázána.

<sup>20</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 32 Cdo 139/2008 ze dne 29. dubna 2008.

podstatu, přináší obvykle jen technické variace. Většina problémových praktik tak bude kvalifikována jako nepojmenovaná skutková podstata.

Přesto se však níže zaměříme aspoň zčásti i na pojmenované skutkové podstaty (zejména klamavou reklamu) tam, kde bylo zvolené médium pro věc něčím specifické. Příkladem může být *linking*<sup>21</sup>, který může v některých podobách naplnit skutkovou podstatu zlehčování či nedovolené srovnávací reklamy.

## 1.6. Obhajoba existence pojmenovaných skutkových podstat

Zákonné skutkové podstaty (klamavá reklama atd.) jsou v české doktríně i praxi často devalvovány: poukazuje se na to, že subsumpce pod konkrétní skutkovou podstatu není pro kvalifikaci nekalé soutěže nutností.

Skeptický přístup k pojmenovaným skutkovým podstatám není na místě. Při posuzování otázky, zda jednání soutěžitele splňuje podmínky zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže, je samozřejmě nutné nejprve zjistit, zda splňuje tři základní podmínky obecné skutkové podstaty nekalé soutěže, tj. generální klauzule. Pokud soud dojde k závěru, že konkrétní jednání soutěžitele nespĺňuje znaky generální klauzule, nepůjde o jednání nekalé soutěže a není již třeba zkoumat jednotlivé znaky zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže<sup>22</sup>.

A to platí i v obráceném gardu: pokud má soud za to, že dané jednání znaky generální klauzule splňuje, není již z hlediska kvalifikace nekalé soutěže vlastně nezbytné subsumovat jednání pod zákonné příklady. Jednání je prostě zakázané a „hledat“ ještě navíc přesnější právní kvalifikaci v popsané skutkové podstatě se jeví jako zbytečné.

Tento ryze pragmatický přístup ovšem pomíjí skutečnost, že jednotlivé skutkové podstaty nevznikají ve vzduchoprázdnu. Představují určité „regulatorní příklady“ vyjadřující zásady, na kterých spočívá právní úprava<sup>23</sup>. Mohou tedy sehrát významnou roli při posouzení netypických případů a pro určení záměrů, které zákonodárce zákazem nekalých postupů sledoval. Pojmenované skutkové podstaty tvoří společně s generální klauzulí vnitřní systém právní úpravy, její statiku, a nelze je odbýt jako nevýznamný narativ zákonodárce už proto, že adresátům poskytují vyšší míru předvídatelnosti než generální klauzule a nabízí řešení konkrétních případů cestou analogie.

Většina nekalosoutěžních praktik souvisejících s informačními technologiemi však bude klasifikována právě „pouze“ na základě generální klauzule, která je díky své obecnosti schopna zachytit nové „variace na nekalost“ podněcené technologickým vývojem.

V doktríně se někdy hovoří o „soudcovských skutkových podstatách“<sup>24</sup>, což ovšem není šťastně zvolený pojem. Případy nekalé soutěže odvozené z konkrétněji formulovaných příkladů demonstrativního výčtu nejsou totiž o nic méně „soudcovské“, liší se jen mírou obecnosti soudem aplikované normy. Na místě je tak neutrální označení „nepojmenované“ skutkové podstaty, kterého se dále přidržíme.

## 1.7. Nekalé obchodní praktiky

Právní úprava nekalé soutěže cílí zejména na ochranu soutěžitelů nebo zákazníků (včetně spotřebitelů) před zásahy soutěžitelů. Vztahuje se přitom nejen na vztahy podnikatelů a vztahy podnikatelů se spotřebiteli, ale také na vztahy podnikatelů se státem a územními jednotkami či jinými veřejnoprávními korporacemi. Nekalou soutěží se ovšem regulace nekalých postupů v hospodářské soutěži nevyčerpává: další předpisy najdeme v rámci nekalých obchodních praktik upravených v zákoně na ochranu spotřebitele.

---

<sup>21</sup> K tomu viz kapitola 5.17.

<sup>22</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 32 Cdo 139/2008 ze dne 29. dubna 2008.

<sup>23</sup> K tomu srov. SCHÜNEMANN, W. B. Generalklausel und Regelbeispiele. Juristenzeitung, č. 6/2005, s. 272.

<sup>24</sup> ONDREJOVÁ, D. Tzv. soudcovské (nepojmenované) skutkové podstaty nekalé soutěže pohledem nové systematiky. Obchodněprávní revue, 2014, č. 10, s. 287–292.

Nekalé obchodní praktiky se týkají výhradně ochrany spotřebitele proti jednání podnikatele, který spotřebiteli prodává výrobky nebo poskytuje služby (v zákoně na ochranu spotřebitele je dále označován jako „prodávající“). Jejich záběr je tedy podstatně užší, než je tomu u nekalé soutěže. Z ochrany spotřebitele však derivativně profitují i podnikatelé, kteří dodržují pravidla soutěže. Úprava brání nekale postupujícímu konkurentovi získat na trhu výhodu, což vede ke kultivaci soutěžních poměrů a ocenění poctivosti<sup>25</sup>.

Nekalé obchodní praktiky byly do českého práva transponovány ve veřejnoprávním předpisu. Dodržování zákona dozoruje vícero státních orgánů<sup>26</sup>, které mají možnost podnikatele sankcionovat pokutami. Úprava nekalých obchodních praktik sice primárně kotví ve veřejném právu, zčásti je však svou povahou i soukromoprávní (zákon upravuje např. možnost odstoupení od smlouvy spotřebitelem, který je na svých právech dotčen nekalou soutěží, srov. § 5d ZochSpotř).

Český zákonodárce bohužel nevyužil mimořádné příležitosti, která se mu nabízela v souvislosti s rekodifikací, a nespojil právní úpravu nekalé soutěže s regulací nekalých obchodních praktik tak, jak to známe např. v německém<sup>27</sup> nebo rakouském právu. Nekalé obchodní praktiky jsou tak nadále součástí úpravy v zákoně o ochraně spotřebitele a minimálně čistě formálně tak stojí separátně vedle úpravy nekalé soutěže. České soutěžní právo se tak nachází ve stavu, ve kterém bylo právo německé před rokem 2004.

## 1.8. Taxonomie nekalých obchodních praktik a jejich aplikace (stručný přehled)

Nekalé obchodní praktiky se dělí na klamavé, agresivní a nepojmenované. Zákon na ochranu spotřebitele nejprve formou generální klauzule vymezuje nekalou obchodní praktiku (§ 4 odst. 1 OchSpotř). Obchodní praktika je nekalá, je-li v rozporu s požadavky odborné péče a podstatně narušuje nebo je způsobilá podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele, kterému je určena, nebo který je jejímu působení vystaven, ve vztahu k výrobku nebo službě. Na to úprava navazuje definicí klamavých (§ 5 a § 5a OchSpotř) a agresivních (§ 5b OchSpotř) obchodních praktik. V přílohách (blacklist) pak uvádí vždy zakázané klamavé (příloha č. 1) či agresivní praktiky (příloha č. 2).

Regulatorní (či spíše aplikační) technika se u nekalých obchodních praktik liší od té, kterou známe u nekalé soutěže. Aplikační postup vychází ze standardů, které vytýčil SDEU ve věci C-435/11<sup>28</sup>. Na rozdíl od nekalé soutěže začínáme „odspodu“, tj. od katalogu černých listin. Nejprve usuzujeme, zda dané jednání spadá do praktik uvedených v první či druhé příloze; v kladném případě můžeme věc uzavřít s tím, že buď o klamavou či agresivní praktiku. V opačném

---

<sup>25</sup> Tuto skutečnost (a tím i značnou umělost oddělování nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik) potvrzuje i bod 16. důvodové zprávy k návrhu směrnice 2005/29/ES, který uvádí, že „narušení rozhodování spotřebitelů rovněž vede k narušení hospodářské soutěže, protože obchodník jednající nespravedlivě získává obchody od konkurentů, kteří dodržují pravidla“. Srov. **návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu, KOM/2003/0356 v konečném znění - COD 2003/0134**.

<sup>26</sup> Paleta dozorových orgánů sotva může být širší. Dle věcné působnosti jím je *a)* Česká obchodní inspekce, *b)* Státní zemědělská a potravinářská inspekce, *c)* krajské hygienické stanice, *d)* Státní veterinární správa, *e)* obecní živnostenské úřady, *f)* krajské živnostenské úřady, *g)* Český úřad pro zkoušení zbraní a střeliva, *h)* Česká národní banka, *i)* Státní ústav pro kontrolu léčiv, *j)* Energetický regulační úřad, *k)* Český telekomunikační úřad, *l)* Úřad pro ochranu osobních údajů, *m)* celní úřady, *n)* Rada pro rozhlasové a televizní vysílání, *o)* Ministerstvo zdravotnictví, *p)* Ústav pro státní kontrolu veterinárních biopreparátů a léčiv, *q)* Ústřední kontrolní a zkušební ústav zemědělský, *r)* Drážní úřad, *s)* Úřad pro civilní letectví, *t)* Státní plavební správa, *u)* dopravní úřady, *v)* Ministerstvo financí, *w)* Ministerstvo pro místní rozvoj. Ústředním styčným úřadem pro přeshraniční spolupráci je Ministerstvo průmyslu a obchodu.

<sup>27</sup> Německý zákonodárce transponoval požadavky směrnice o nekalých obchodních praktikách s účinností od 30. prosince 2008. Transpoziční lhůta směrnice přitom uplynula již 12. června 2007.

<sup>28</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. 9. 2013, *CHS Tour Services*, C-435/11.

případě nastupuje druhý krok: posuzujeme, zda jsou splněny požadavky tzv. malých generálních klauzulí (u klamavých praktik srov. § 5 či 5a OchSpotř a u agresivních § 5b OchSpotř). Pokud ani zde nemůže věc uzavřít kladně, testujeme dané jednání skrze „velkou“ generální klauzuli nekalých obchodních praktik (§ 4 odst. 1 OchSpotř).

Jak podotýká D. Ondřejová, určité jednání tak může být nekalou obchodní praktikou, aniž by splňovalo podmínky generální klauzule nekalých obchodních praktik. Generální klauzule nekalých obchodních praktik tak podle ní slouží jako „záchranná síť“ (z pohledu ochrany spotřebitele proti nekalým obchodním praktikám) pro takové obchodní praktiky podnikatelů, které nejsou kvalifikovány jako nekalé podle černé listiny či malých generálních klauzulí<sup>29</sup>. Uvedený algoritmus ovšem není nesporný, a to již kvůli imanentnímu pravidlu *de minimis* a pochybnostem, které každá mechanická aplikace vyvolává<sup>30</sup>.

## 1.9. Souběh s nekalou soutěží

V dalším textu se zaměříme na některé praktiky z „blacklistů“, které mají relevanci pro prostředí informačních technologií. Jejich kvalifikace jako nekalé praktiky primárně vede k postihu ze strany příslušného dozorového orgánu. Tím však není vyloučeno, že jednání, které bude nekalou obchodní praktikou ve smyslu veřejného práva, tj. veřejnoprávním deliktem, budou současně nekalou soutěží, právě naopak<sup>31</sup>.

Určité jednání samozřejmě může naplnit souběžně konkrétní skutkovou podstatu nekalé soutěže (jde pak o jednočinný souběh<sup>32</sup>), ve kterém stojí obě úpravy samostatně vedle sebe. Existuje ovšem způsob, jak delikt v oblasti nekalých obchodních praktik kvalifikovat přímo ve spojení s nekalosoutěžní úpravou. Pomyslný „mústek“ mezi oběma úpravami nacházíme v generální klauzuli proti nekalé soutěži<sup>33</sup>.

Při pozornějším pohledu zjistíme, že generální klauzule proti nekalé soutěži bude často aplikována „dvakrát“ – poprvé jako primární norma (jsou naplněny její tři prvky, případně kritéria upřesňující skutkové podstaty), podruhé jako reflexe veřejnoprávní úpravy (kdy je rozpor s dobrými mravy dán porušením normy veřejného práva, kterého lze soutěžně nekalým způsobem využít).

U nekalých obchodních praktik je situace zjednodušená v tom, že závadné jednání v podstatě vždy naplní znaky nekalé soutěže (o to více se ukazuje, jak vhodné by bylo obě úpravy v budoucnu spojit do jednoho předpisu).

Vysvětleno na příkladu: V rámci černé listiny klamavých jednání najdeme tuto zakázanou praktiku: *poskytování výsledků 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*. Toto jednání se zakazuje jako nekalá obchodní praktika (více o ní v kapitole 5.13.2).

Pokud jsou naplněny podmínky generální klauzule nekalé soutěže (a to u nekalé obchodní praktiky bude v podstatě automatické), může být dané jednání kvalifikováno jako nekalé i dle soukromého práva ze dvou důvodů. Půjde o jednání naplňující nepojmenovanou skutkovou

---

<sup>29</sup> ONDŘEJOVÁ, D. in BEJČEK, J., KOTÁSEK, J., ONDŘEJOVÁ, D. a kol. Obchodní právo. Obecná část. 2. vydání. C. H. Beck, 2023 (v tisku).

<sup>30</sup> Ostatně z tohoto důvodu § 5d odst. 2 ZochSpotř modifikoval právo odstoupit od smlouvy spotřebitelem, jehož právo bylo nekalou obchodní praktikou dotčeno, ve lhůtě 90 dnů ode dne uzavření smlouvy. Toto právo spotřebitel spotřebiteli nenáleží, prokáže-li prodávající, že je to s ohledem na předmět smlouvy, povahu a závažnost nekalé obchodní praktiky nepřiměřené.

<sup>31</sup> Jedno z prvních rozhodnutí, které tento souběh připouští, je např. usnesení Nejvyššího soud ze dne 2. 5. 2013, sp. zn. 23 Cdo 2205/2012 (OBI v. Hornbach).

<sup>32</sup> K tomu srov. ONDŘEJOVÁ, Dana. Porušení závazkového práva jako jednočinný souběh až tří deliktů (delikt závazkový, delikt nekalé obchodní praktiky a delikt nekalé soutěže). Obchodněprávní revue. 2018, vol. 10, č. 11-12, s. 305-31.

<sup>33</sup> Srov. ONDŘEJOVÁ, D. Vztah právní úpravy nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik. Obchodněprávní revue. 2017, č. 6, s. 176 an.

podstatu nekalé soutěže „porušení norem veřejného práva se soutěžním dopadem“<sup>34</sup>. Současné ale postup entity poskytující výsledky vyhledávání naplní znaky nekalé soutěže „an sich“, tj. podle generální klauzule (materiálně naplňuje její prvky) či dle konkrétní skutkové podstaty. V uvedeném příkladu (výsledky vyhledávání klamavě směšují výsledky vyhledávače se „zakoupenými“ výsledky) by tak současně mohlo jít o klamavou reklamu, případně nepojmenovanou skutkovou podstatu, která se klamavé reklamě blíží.

## 1.10. Vybrané nekalé soutěžní postupy

V dalším textu se zaměříme na některé postupy z prostředí informačních technologií, které lze za splnění určitých podmínek kvalifikovat jako nekalou soutěž, a to ať již „samostatně“ či ve výše uvedeném souběhu s nekalou obchodní praktikou. Obvykle půjde o praktiky související s reklamou.

Stranou naší pozornosti v této kapitole zůstanou nekalé praktiky týkající se domén a zasílání nevyžádaných obchodních sdělení podle příslušných předpisů veřejného práva. Obě oblastem jsou věnovány samostatné kapitoly (odkaz na kapitolu o spamu).

## 1.11. Dotěrné obtěžování

Dotěrné obtěžování představuje jedinou novou skutkovou podstatu nekalé soutěže, kterou přinesl občanský zákoník v rámci rekodifikace. Inspirací byla patrně úprava v SRN (*Unzumutbare Belästigung* v § 7 německého UWG). Dotěrné obtěžování je vymezeno jako sdělování údajů o soutěžiteli, zboží nebo službách, jakož i nabídka zboží nebo služeb s využitím telefonu, faxového přístroje, elektronické pošty nebo podobných prostředků, ačkoli si takovou činnost příjemce zjevně nepřeje, nebo sdělování reklamy, při kterém její původce utají nebo zastře údaje, podle nichž ho lze zjistit, a neuvede, kde příjemce může bez zvláštních nákladů přikázat ukončení reklamy.

Rozesílá-li se reklama na elektronickou adresu, kterou podnikatel získal v souvislosti s prodejem zboží nebo poskytnutím služby, nejde o dotěrné obtěžování, pokud podnikatel tuto adresu používá k přímé reklamě pro vlastní zboží nebo služby a druhá strana reklamu nezakázala, ačkoli ji podnikatel při získání adresy i při každém jejím použití k reklamě zřetelně upozornil na právo přikázat bez zvláštních nákladů ukončení reklamy.

Reklama může mít aktivní podobu „push media“ (typicky zasílání reklamních e-mailů), či podobu pasivní („pull media“), u kterého je reklamní obsah umístěn na internetové stránce (prostředí internetu „Banner Advertising“, „Content-Sponsoring“)<sup>35</sup>. Úprava míří na první oblast – tj. na ochranu zájmů adresátů reklamních a obdobných sdělení, přesněji řečeno na ochranu jejich privátní sféry, která by měla zůstat – pokud to sami nedovolí – ušetřena tlaků komerčního světa a neustálých konfrontací s hlučným světem byznysu, jenž si žádá permanentní ostražitost.

Dotěrné obtěžování jako nová skutková podstata není šťastně formulována; zejména je kritizován nedomyšlený vztah k jiným předpisům, jež upravují nevyžádanou reklamu, a také nejasnost při zahrnutí jiných způsobů šíření reklamy než elektronickou formou.

---

<sup>34</sup> Srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 25.04.2018, sp. zn. 23 Cdo 4554/2017 (NOVASTIM), ve kterém soud posuzoval soutěžněprávní relevanci porušení nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1107/2009. Toto nařízení vyžadovalo, aby látky obsahující nitrofenoláty byly považovány za přípravky na ochranu rostlin a nikoli toliko za pomocný rostlinný přípravek, které bylo možno registrovat jednodušším způsobem dle zákona o hnojivech. Proces registrace přípravku na ochranu rostlin podle nařízení byl tedy náročnější a nákladnější než registrace pomocného rostlinného přípravku podle české úpravy. Podnikatel, která registroval svůj výrobek „jen“ dle českého zákona o hnojivech, tak podle soudu získal neoprávněnou soutěžní výhodu.

<sup>35</sup> SPIELMANN, M. *Unlauterer Wettberb im Internet*. Bern, 2001. Dostupný z [http://www.aarejura.ch/download/wettbewerb\\_im\\_internet.pdf](http://www.aarejura.ch/download/wettbewerb_im_internet.pdf)



Občanský zákoník dotěrné obtěžování definuje pozitivně (§ 2986 odst. 1) i negativně (§ 2986 odst. 2). Ke zmatení přispívá mnohomluvnost zákonodárce, který považoval za nutné nadbytečně zmínit, že sdělováním údajů o soutěžiteli a jeho produktech je i „nabídka zboží nebo služeb s využitím telefonu, faxového přístroje, elektronické pošty nebo podobných prostředků“.

Tím vznikají diskuze, zda je využití těchto forem komunikace (tj. telefonu, faxu, elektronické pošty apod.) definičním znakem dotěrného obtěžování, resp. její první dílčí skutkové podstaty, která spočívá na deklarované „nechtěnosti“ ze strany příjemců sdělení<sup>36</sup>, či zda jde pouze o specifický druh dotěrného obtěžování, které nevyklučuje „neelektronické“ obtěžování. Německá úprava je v tomto jasnější; i přes obdobné zaměření na digitální formy komunikace pak jako dotěrné obtěžování klasifikuje např. oslovování reklamou ve veřejném prostoru, nabízení služeb na místě nehody anebo (byť to není v literatuře jednoznačné) obtěžování letáčkovou reklamou za stěračem automobilu (tzv. Scheibenwischerwerbung)<sup>37</sup>.

Občanský zákoník upravuje pozitivně dvě základní podoby dotěrného obtěžování a žádná z nich se neomezuje na elektronicky šířená sdělení, jakkoliv půjde o dominantní skupinu případů (sporné). Bylo by samozřejmě absurdní dovozovat, že by se úprava týkala neselektivní reklamy ve veřejném prostoru a zákazníci by tak měli možnost dosáhnout stažení reklamy, která je „subjektivně“ obtěžuje, např. tím, že na ně působí z billboardů či z rozhlasového nebo televizního vysílání. Dotěrným obtěžováním ale může být ale právě reklama šířená formou letáků. Úprava dotěrného obtěžování sice dopadá i tu reklamu, která není šířena prostředky elektronické komunikace<sup>38</sup>.

Pro první a obecnější z variant je klíčová deklarovaná nechtěnost určitých marketingových postupů. Aby sdělení údajů o soutěžiteli, zboží či službách bylo dotěrným obtěžováním, musí být podle občanského zákoníku „zjevně“ nežádoucí, slovy zákona si je „příjemce zjevně nepřeje“. Za specifickou formou této nechtěné komunikace lze považovat i „nabídky zboží nebo služeb s využitím telefonu, faxu, elektronické adresy a podobně“, typicky tedy nevyžádaný e-mail.

První z dílčích podstat dotěrného obtěžování má tedy základ v nechtěnosti příslušného sdělení a vyžaduje naplnění tří kumulativních podmínek. Musí jít o sdělení o soutěžiteli, jeho zboží či službách<sup>39</sup>. Druhou podmínkou je jednoznačné předběžné odmítnutí takového druhu sdělení ze strany potenciálního adresáta, např. označením poštovní schránky cedulkou „zákaz podomního prodeje“. Třetí z podmínek je potom individualizace adresáta sdělení<sup>40</sup>. Adresáti komerčně motivovaných sdělení mají mít svobodu rozhodnout o tom, zda si do této výsadní sféry vpustí určitý druh marketingově zaměřené komunikace. V tomto směru je nutno interpretovat pojem „sdělování“. K dotěrnému obtěžování tak v zásadě nemůže dojít reklamou šířenou v televizi či ve veřejném prostoru.

Druhou (a užší) podobou dotěrného obtěžování je pak anonymní reklama, která neobsahuje zákonem stanovené údaje: identita původce je buď zcela utajena, či alespoň zastřena,

---

<sup>36</sup> Takto ONDREJOVÁ, D. Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014; Ondřejová, D. Nevyžádaná reklama napříč současnou, budoucí a evropskou právní regulací. Právní fórum, 2012, č. 7.

<sup>37</sup> BÜSCHER, W. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 1194. Pro zákaz LEIBLE, S. in HERRMANN, P. W., SCHLINGHOFF, J. Lauterkeitsrecht. Grundlagen und inionsrechtlicher Rahmen des Lauterkeitsrecht. §§ 1- 7 UWG. Kommentar. Mnichov, C. H. Beck, 2020, s. 3012.

<sup>38</sup> Shodně LEVICKÁ, T. Dotěrné obtěžování – nová zákonná nekalosoutěžní skutková podstata. Obchodněprávní revue, 2014, č. 4.

<sup>39</sup> To je natolik obecné spektrum údajů, že je budou naplňovat v podstatě jakékoliv odkazy na soutěžitele a jeho výkony – půjde tedy o údaje o jeho osobě, firmě, názvu, činnosti, kontaktních údajích, sortimentu, druhu poskytovaných služeb, o odkaz na jeho katalog či internetové stránky apod. Srov. také široké pojetí obchodního sdělení v § 7 SInfSp, ze kterého lze podpůrně vyjít.

<sup>40</sup> LEVICKÁ, T. Dotěrné obtěžování – nová zákonná nekalosoutěžní skutková podstata. Obchodněprávní revue, 2014, č. 4.

není uvedeno, kde se příjemce může nechtěné reklamy zbavit tím, že ji zakáže. Ve všech případech musejí být samozřejmě splněny znaky generální klauzule nekalé soutěže<sup>41</sup>.

Dotěrným obtěžování však dle druhé odstavce § 2986 občanského zákoníku není rozesílání reklamy na elektronickou adresu, pokud jsou splněny tři kumulativní podmínky. První z nich směřuje k původu údaje o elektronické adrese, přesněji řečeno ke způsobu jeho získání. Ten musí být „nezávadný“ v tom směru, že jej podnikatel získal v souvislosti s prodejem zboží nebo poskytnutí služby.

Druhá podmínkou je skutečnost, že podnikatel tuto adresu používá výhradně k přímé reklamě pro vlastní zboží nebo služby. Třetí podmínka vyžaduje, aby druhá strana reklamu nezakázala, třebaže na tuto možnost byla a je konstantně upozorňována.

Privilegovány jsou již existující dřívější vztahy mezi podnikatelem jako prodejcem zboží či poskytovatelem služby a jeho klientem – za podmínky, že díky tomuto vztahu podnikatel získal elektronickou adresu. Zaslání reklamy se v takovém případě jeví jako přijatelné, nejde totiž o první kontakt zákazníka s podnikatelem, nýbrž o pokračování dříve započaté komunikace vedené navíc relativně komfortními prostředky.

Podnikatel je povinen jak při získání adresy, tak při každém jejím dalším použití k reklamě zřetelně upozornit příjemce, že příjemce má právo zakázat další zaslání reklam na svou elektronickou adresu (opt-out). Výkon tohoto práva přitom nesmí být pro příjemce reklamy spojen s nějakými zvláštními náklady. S určitými – byť zanedbatelnými – náklady je odmítnutí spojeno vždy, jde tedy o otázku jejich míry (podnikatel tak např. nemůže trvat na tom, aby zákaz dalšího zaslání byl podán klasickým dopisem, e-mailové sdělení postačí).

Skutková podstata dotěrného obtěžování je obsahově velmi problematická svou liberálností, která kontrastuje s přísnější úpravou ve veřejném právu. Pokud tedy konkrétní jednání není nekalou soutěží ve smyslu § 2986, zdaleka to neznamená, že je aprobováno i podle níže uvedených předpisů.

Pro veřejné právo je klíčová úprava v § 7 SIS. Vztahuje se na veškerá obchodní sdělení, tedy i reklamu (obchodním sdělením zákon rozumí všechny formy sdělení, včetně reklamy a vybízení k návštěvě internetových stránek, určeného k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image podniku osoby, která je podnikatelem nebo vykonává regulovanou činnost). Šířit obchodní sdělení prostřednictvím elektronického kontaktu, typicky zasláním na e-mailovou adresu, je zákonem aprobováno pouze vůči adresátům, kteří k tomu dali předchozí souhlas.

Zavádí tedy obecný princip opt-in (vyžádané obchodní sdělení) s výjimkou dle § 7 odst. 3 SIS. Ta jen zčásti odpovídá požadavkům zaslání reklamy v rámci dotěrného obtěžování; liší se v tom, že údaje o adresátech lze využít jen tehdy, pokud odpovídají požadavkům ochrany osobních údajů upravených zvláštním právním předpisem. Výjimka u dotěrného obtěžování takové požadavky nemá. Stejně tak se liší obsahové možnosti nabídky. Zatímco občanský zákoník umožňuje v rámci výjimky zaslání „přímé reklamy pro vlastní zboží nebo služby“, § 7 SIS dovoluje zaslání obchodních sdělení „týkajících se jejich vlastních obdobných výrobků nebo služeb“. V zásadě tedy nemá docházet k „nedovolenému rozšíření repertoáru“ - prodejce knih by např. neměl začít nabízet např. cestovní zájezdy, třebaže to představuje jeho předmět podnikání<sup>42</sup>, pokud danému spotřebiteli prodal knihy.

Kolize mezi nároky veřejného a soukromého práva vede k hodnotovým rozporům. Porušení předpisů veřejného práva lze totiž považovat za nekalosoutěžní ve smyslu generální klauzule proti nekalé soutěži (naplní „nepojmenovanou“ skutkovou podstatu porušení norem

---

<sup>41</sup> Dle KOTÁSEK, J. in HULMÁK, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2015, S. 1806.

<sup>42</sup> Navíc není zcela vyjasněn vztah k zákonu o ochraně spotřebitele, který ve své příloze č. 2 písm. c) považuje zaslání nevyžádaných nabídek za agresivní obchodní praktiku („opakovaně činí spotřebiteli nevyžádané nabídky prostřednictvím telefonu, faxu, elektronické pošty, nebo jiných prostředků přenosu na dálku“). Postup odpovídající § 7 odst. 3 SIS lze ale považovat za „vyžádanou“ nabídku.

veřejného nebo soukromého práva se soutěžním dopadem), a to přitom v situaci, kdy dané jednání bude čistě z pohledu speciální skutkové podstaty (§ 2986 občanského zákoníku) nezávadné.

Druhá z možných výkladových variant je ovšem přijatelná ještě méně: pokud bychom neaplikovali podstatu „porušení normy veřejného práva se soutěžním dopadem“, umožníme podnikateli, který porušuje speciální úpravu o šíření obchodních sdělení, aby profitoval ze svého závadného jednání na úkor legálně postupujících konkurentů (knihkupec by tedy mohl začít nabízet zmíněné zájezdy). Nezbyvá než dát přednost první z uvedených výkladových možností.

Výsledkem je tak poměrně skeptický závěr: úprava dotěrného obtěžování v občanském zákoníku byla ve vztahu k elektronickým komunikacím obsoletní už v okamžiku, kdy byla schválena, neboť mírnější nároky soukromého práva nemohou derogovat přísnější požadavky práva veřejného a v praxi z nich podnikatel nikdy profitovat nebude.

## 1.12. Další obtěžující praktiky

### 1.12.1. Standardní bannerová reklama

Reklama běžného uživatele vždy nějakým způsobem obtěžuje. Výjimky jistě existují: mohou být dány např. mimořádnou kvalitou a zábavností reklamy (která často negativně koreluje s jejím marketingovým úspěchem) či specifickým nastavením adresáta. Ani jedno však nebude pravidlem.

Zda jde o obtěžování, které naplňuje znaky generální klauzule proti nekalé soutěži, či nekalých obchodních praktik, je otázkou přiměřenosti zátěže, se kterou se reklama spotřebiteli vnucuje. Přitom je třeba vzít v úvahu „míru a intenzitu vlivu na adresáta reklamy“<sup>43</sup> a současně nezapomínat na to, že webové stránky poskytující služby zdarma jsou financovány právě z reklamy. Příliš aktivistický přístup soudu se tak může negativně projevit na celém odvětví.

V tomto ohledu je klasická bannerová reklama obvykle bezproblémová, pokud jde o její standardní plošnou podobu. Jinou otázkou je účinnost této reklamy, která se potýká se známým efektem „banner-blindness“<sup>44</sup> na straně adresátů a který představuje výzvu pro vývojáře a kreativce<sup>45</sup>.

Bannerová reklama se však liší v lokalizaci na stránce, ve svých rozměrech, technickým provedením (obrázek, video) a také interaktivitou. Její agresivnější formy představuje reklama s vyskakovacími okny.

### 1.12.2. Vyskakovací okna

Reklama v podobě vyskakovacích oken (pop-up) představovala v minulosti častou formu šíření reklamních sdělení na internetu. Její technická podstata je následující: stránka, kterou uživatel navštíví, otevře další okno internetového prohlížeče, ve kterém se zobrazí příslušné reklamní sdělení. Co bylo uživateli vnímáno velmi rušivě: vyskakovací okno překrylo zčásti prohlížený obsah (často kaskádovitě dalšími a dalšími okny); uživatel jej však mohl zavřít, často po pracném hledání příslušného tlačítka. Případně se okno po určitém čase milosrdně zavřelo samo<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Srov. rozsudek OLG Norimberk ze dne 15. 1. 2019, sp. zn. 3 U 724/18.

<sup>44</sup> Srov. např. studie PAGENDARM, M., SCHAUMBURG, H. Why Are Users Banner-Blind? The Impact of Navigation Style on the Perception of Web Banners, *Journal of Digital Information*, 2001. MANCHANDA, P., DUBÉ, J.-P., GOH, K. Y., & CHINTAGUNTA, P. K. The Effect of Banner Advertising on Internet Purchasing. *Journal of Marketing Research*, 43(1), 98-108.

<sup>45</sup> YANG, Q., ZHOU, Y., JIANG, Y. and HULO, J. (2021), "How to overcome online banner blindness? A study on the effects of creativity", *Journal of Research in Interactive Marketing*, Vol. 15 No. 2, pp. 223-242;

<sup>46</sup> Variantou jsou pop-under reklamy, které nepřekryjí aktuální obsah, ale zůstávají bez povšimnutí, dokud uživatel nezavře nebo neminimalizuje hlavní okno prohlížeče.

Internetové prohlížeče dnes vyskakovací okna efektivně blokují (pokud si uživatelé tuto funkci sami nedeaktivují).

U vrstvené reklamy (layer ad) se reklama zobrazuje na téže stránce, na kterou se uživatel dostal, a je překryta obsahem, který ho skutečně zajímá. Reklamu lze odkliknout, často až po krátké prodlevě. Vyskakovací nebo vrstvená reklama je uživateli subjektivně vnímána jako obtěžující<sup>47</sup>. Judikatura je ke této formě reklamy obvykle smířlivá, mj. proto, že „uživatelé si musí být vědomi toho, že weby mohou díky tomu nabízet svůj obsah zdarma. Hranice nepřiměřenosti není překročena, pokud lze reklamu v krátké době odkliknout nebo sama zmizí<sup>48</sup>. Totéž se týká tzv. „in-stream“ reklamy, která se přehrává před videem, během něj nebo po něm. Jde o ekvivalenty reklamních přestávek v televizi či rádiu. Jejich technické řešení může být různé. V zásadě jsou přípustné, „pokud lze reklamní materiál snadno odkliknout okamžitě nebo po krátké době, která může odpovídat délce trvání reklamy v televizi“<sup>49</sup>.

Jako prestitials bývá označována reklama, která předchází zobrazení dané webové stránky. Po určité době (případně po kliknutí na odkaz) je pak návštěvník automaticky přesměrován na požadovanou stránku. Vsunuté reklamy (interstitials) vyskakují při přepínání mezi dvěma stránkami nebo před spuštěním online hry nebo videa. Pokud lze oba typy reklam po několika sekundách odkliknout (anebo samy zmizí), nejde např. podle německé judikatury k nepřiměřenému obtěžování (§ 7 německého UWG).

Co se týče časové limitace, např. Vrchní zemský soud v Norimberku<sup>50</sup> považoval za přiměřenou dobu 5 sekund, než lze reklamu odkliknout, případně 10 sekund, pokud poté zmizí automaticky. Lze ale očekávat aprobaci i delších časů. Jak ostatně zdůrazňuje Vrchní zemský soud v Kolíně nad Rýnem<sup>51</sup>, uživatelé používají webové stránky s hrami nebo videi dobrovolně a z reklamy těží tím, že mohou stránky užívat bezplatně. Kromě toho se reklama zobrazí pouze tehdy, když skutečně spustí video nebo hru.

V české odborné literatuře se k problematice vyskakovacích oken a vsunutých stránek vyjádřil např. L. Jansa, dle kterého může jít o nevyžádaná obchodní sdělení, jež vyžadují předchozí souhlas uživatelů dle § 7 odst. 2 ZSIS<sup>52</sup>. To je patrně přehnané i s ohledem na článek 13 směrnice 2002/58/ES, který jednoznačně cílí na nevyžádaná sdělení prostřednictvím automatického volacího přístroje, faxu a elektronické pošty, což bannery nesplňují a extenzivnímu výkladu brání veřejnoprávní povaha právní úpravy zakazující určité postupy v podnikání. Pozitivní roli zde ale může sehrát samoregulace<sup>53</sup>.

Zvláště agresivní, obtěžující a frustrující formy tohoto druhu reklamy by navíc teoreticky mohly představovat agresivní obchodní praktiku podle písm. c) přílohy č. 2 zákona na ochranu spotřebitele, neboť jsou formulovány širěji („opakovaně činí spotřebiteli nevyžádané nabídky prostřednictvím telefonu, faxu, elektronické pošty, nebo jiných prostředků přenosu na dálku“<sup>54</sup>).

### 1.12.3. Inboxová reklama

---

<sup>47</sup> Nejde o skrytou reklamu, neboť reklamní charakter sdělení je obvykle jednoznačný; „skrytý“ (protože automatický) je pouze způsob, kterým si reklama dostala k uživateli, jenž si danou reklamu nevyžádal.

<sup>48</sup> Srov. rozhodnutí KG Berlin ze dne 18. října 2013, sp. zn. 5 U 138/12.

<sup>49</sup> Srov. rozsudek OLG Norimberk ze dne 15. ledna 2019, sp. zn. 3 U 724/18.

<sup>50</sup> Rozsudek OLG Nürnberg ze dne 15. ledna 2019, sp. zn. 3 U 724/18.

<sup>51</sup> Rozsudek OLG Köln ze dne 12. dubna 2013, sp. zn. 6 U 132/12.

<sup>52</sup> JANSÁ, L. in JANSÁ, L. a kol. Internetové právo. Brno: Computer Press, 2016, s. 258.

<sup>53</sup> K Jansově argumentaci i možnostem řešení v rámci samoregulační entity srov. ilustrativní rozbor in TICHÝ, M. Právní regulace reklamy a nekalé soutěže v odvětví on-line marketingu. Diplomová práce. Právnická fakulta UPOL, vedoucí práce JUDr. Michal Černý, s. 52.

<sup>54</sup> V terminologii směrnice o nekalých obchodních praktikách jde o „vytrvalé a nevyžádané nabídky“ (srov. bod 26 první přílohy).

Další možností šíření reklamy je tzv. *inbox ad*, tj. umístění reklamních sdělení do doručené elektronické pošty. Klíčovým rozhodnutím je rozsudek Soudního dvora EU v řízení o předběžné otázce ve věci *Städtische Werke Lauf a.d Pegnitz*<sup>55</sup>.

Podstata případu je jednoduchá. Reklamní agentura na žádost inzerenta umísťovala reklamy ve formě bannerů do doručené pošty uživatelů bezplatné e-mailové služby. Bannery se adresátům objevily po otevření doručené pošty a od ostatních e-mailů ve schránce se odlišovaly jen tím, že u nich namísto data zprávy bylo uvedena „reklama“. Konkurent inzerenta na něj podal žalobu pro nekalou soutěž. Německý BGH případ postoupil Soudnímu dvoru EU s dotazem, zda je tato praxe inboxové reklamy v souladu s právem EU. Soud se měl vyjádřit zejména ke slučitelnosti tohoto postupu s požadavky směrnice 2002/58 (Směrnice o elektronických komunikacích a 2005/29 (Směrnice o nekalých obchodních praktikách).

Soudní dvůr mj. uvedl, že cílem směrnice 2002/58 je chránit účastníky před narušením jejich soukromí nevyžádanými sděleními za účelem přímého marketingu, zejména automatickými volacími přístroji, faxy a e-maily, včetně zpráv SMS. Tento cíl musí být zajištěn bez ohledu na použité technologie. Inboxová reklama představuje využití elektronické pošty pro účely přímého marketingu. Bannerová reklama by v praxi měla podobné účinky jako nevyžádaná e-mailová zpráva a mohla by uživatele, který klikne na odkaz obsažený v bannerové reklamě, vést k nechtěnému přesměrování na web inzerenta. Skutečnost, že příjemce těchto reklamních sdělení byl vybrán náhodně, není rozhodná; důležité je, že jde o komerční sdělení, které se dostane přímo a individuálně k jednomu nebo více uživatelům e-mailové služby. Soudní dvůr také poznamenal, že uživatel může získat přehled o svých privátních e-mailech až po kontrole obsahu reklamního sdělení a jeho aktivním smazání. Potřebnost těchto kroků vedla soud k závěru, že inboxová reklama představuje praktiku podobnou spamu<sup>56</sup>.

Používání e-mailů pro účely přímého marketingu je povoleno za podmínky, že jeho příjemce dal předchozí souhlas. Je tedy na německém předkládajícím soudu, aby posoudil, zda dotčený uživatel, který se rozhodl pro bezplatnou e-mailovou službu, byl řádně informován o přesných způsobech distribuce takové reklamy a souhlasil s přijímáním reklamních sdělení.

Soudní dvůr měl dále za to, že zobrazování reklamních zpráv v doručené poště uživatele e-mailové služby ve formě podobné skutečným e-mailům spadá pod pojem „trvalé a nevyžádané nabídky“ podle směrnice o nekalých obchodních praktikách 2005/29, pokud je zobrazování těchto reklamních sdělení dostatečně časté a pravidelné, aby naplnilo kritérium „trvalosti“. Může být kvalifikováno jako „nevyžádané“, pokud tento uživatel před tímto zobrazením neudělal souhlas.

Podobně jako u reklamy ve formě vyskakovacích oken může být i inboxová reklama nekalou agresivní obchodní praktikou (v českém právu srov. písm. c) přílohy č. 2 zákona na ochranu spotřebitele).

## 1.13. Vybrané klamavé praktiky

### 1.13.1. Skrytá reklama nebo zastřené 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

<sup>55</sup> Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 25. 11. 2021, sp. zn. C-102/20 (*Städtische Werke Lauf a.d Pegnitz*).

<sup>56</sup> Bod odůvodnění 40-46 v předchozím rozhodnutí (C-102/20).

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<sup>57</sup>.

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

České právo po rekonstrukci 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<sup>58</sup>.

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<sup>59</sup> a dopadá na něj úprava nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik.

### 1.13.2. 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 ZochSpot poskytuje-li poskytovatel on-line tržiště službu internetového vyhledávání, která na základě dotazu spotřebitele v podobě 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

---

<sup>57</sup> 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).

<sup>58</sup> Srov. § 421 odst. 2 ObčZ.

<sup>59</sup> Srov. **Výkladové stanovisko č. 22 Expertní skupiny Komise pro aplikaci nové civilní legislativy při Ministerstvu spravedlnosti ze dne 9. 4. 2014.**

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<sup>60</sup>. Tato úprava chrání podnikatele, nikoliv spotřebitele.

### 1.13.3. 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 spotřebitelských recenzí. Ty představují důležitý prvek v rámci rozhodování spotřebitele<sup>61</sup> a jsou potenciálně nástrojem manipulace spotřebitelů. Tvrzení třetích osob mají v reklamě „objektivizující“ účinek, a proto jsou obecně ceněna výše než sdělení zadavatele reklamy<sup>62</sup>, 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.“<sup>63</sup>

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 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<sup>64</sup>.

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

<sup>60</sup> Srov. čl. 2 č. 8 a čl. 5 uvedeného nařízení.

<sup>61</sup> 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>

<sup>62</sup> Srov. Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm, 37. vydání, § 5 odst. 1.165.

<sup>63</sup> K tomu dále ALEXANDER, CH. Transparenz in der Plattformwirtschaft. Die Regelungsansätze in der P2B-VO und des UWG, *GRUR*. 2023, S. 14.

<sup>64</sup> Shodně Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen § 5b, odst. 24.

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 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<sup>65</sup>.

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<sup>66</sup> (nedostatečný ale bude např. prostý údaj **v obchodních podmínkách**). Zda jsou tato opatření dostatečná, aby vyloučila zneužití reklamy s recenzemi spotřebitelů, není přitom rozhodující<sup>67</sup>. 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).

<sup>65</sup> Sporné i v německém právu, srov. Köhler, UWG, 41. vydání, Příloha k § 3 odst. 3, marg. č. 23b.3.

<sup>66</sup> V úvahu přichází např. název odkazu „Jak zajišťujeme pravost níže uvedených recenzí?“.

<sup>67</sup> KÖHLER, H. in Köhler/Bornkamm/Feddersen § 5b, odst. 27 požaduje "vhodná a přiměřená opatření".



Spotřebitel by měl být svobodný a nezávislý<sup>68</sup> a recenze by neměla vytváření pouze zdání objektivitu. Výjimka se uplatní pouze pro „hodnocení“ známých osobností v reklamě, které sdělují svou vlastní zkušenost s produktem. Veřejnost může vycházet z toho, že pokud jde o úplatné, nebude zcela objektivní<sup>69</sup>. Informační povinnosti podnikatele se vztahují i na recenze přejímané od třetích osob<sup>70</sup>, ověřená recenze by tedy mohla být převzata s tím, že jde o převzatou recenzi ověřenou třetí osobou<sup>71</sup>.

b) Náročnější jsou ovšem požadavky vůči těm podnikatelům, kteří uvádí, že recenze výrobku nebo služby podává spotřebitel, který produkt skutečně použil nebo jej zakoupil (nepostačí konkludentní tvrzení<sup>72</sup>, 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)<sup>73</sup>. 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.

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

---

<sup>68</sup> 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 právo 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 stavu - 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.

<sup>69</sup> Srov. Bornkamm/Feddersen loc. cit. odst. 1.166.

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> 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“.

<sup>72</sup> Shodně PEIFER, GRUR 2021, 1453, 1456 Peifer GRUR 2021, 1453, 1456

<sup>73</sup> Technické řešení bude nejčastěji spočívat v tom, že vložit recenzi budou moci pouze spotřebitelé přihlášení pod uživatelským účtem, z něhož příslušné zboží objednali.

použil nebo si je zakoupil, musí ty starší recenze buď smazat, anebo u nich uveďte, 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**<sup>74</sup>. **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**<sup>75</sup>. **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)**<sup>76</sup>.

### 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 (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).*

---

<sup>74</sup> Viz <https://www.coi.cz/recenze/>.

<sup>75</sup> 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 důvod, proč tyto recenze nevyužívat i nadále. U franšizy však OLG Frankfurt ve výše uvedeném sporu konstatoval, že využití hodnocení, které obdržel bývalý držitel franšizy, představuje klamavou reklamu.** „Uchováváním a opětovným používáním těchto recenzí je cílová veřejnost udržována v mylné představě, že recenze se týkají nového franšizanta“. Podle soudu na tom nic nemění skutečnost, že u recenzí v průběžném textu zobrazuje název staré franšizové společnosti. Klamavostní potenciál mohla restaurace podle soudu eliminovat vytvořením nové facebookové stránky. Je proto irelevantní, že restaurace nemůže ovlivnit nebo smazat „lajky“ uživatelů Facebooku.

<sup>76</sup> Obdobně SALEWSKI, P. Rechtscheck: Übernahme von externen Kundenbewertungen in den Online-Shop zulässig?, <https://www.it-recht-kanzlei.de/uebernahme-kundenbewertungen-online-shop.html>.

#### 1.14. Příkladem může být případ posuzovaný u NSS v roce 2019<sup>77</sup>.

Podnikatel v distribuovaných letáčích 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 letáčích speciálně neupozornil (kromě obvyklého paušálního 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 *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<sup>78</sup>. 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<sup>79</sup>. 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 náprava 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<sup>80</sup>.

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).

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 odchyťávání zákazníků (*Abfangen von Kunden*), které jednou z tzv.

<sup>77</sup> Rozsudek NSS ze dne 24. září 2019, sp. zn. 10 As 102/2018 (Lidl).

<sup>78</sup> 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>.

<sup>79</sup> 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](https://ictjudikatura.law.muni.cz/wiki/C-657/11_-_Belgian_Electronic_Sorting_Technology)

<sup>80</sup> Srov. např. rozsudek BGH ze dne 18. května 2006, sp. zn. I ZR 183/13.

zabraňovací soutěže<sup>81</sup>. Dle judikatury BGH však pouhá skutečnost, že se při zadání cizí značky jako vyhledávacího výrazu objeví také reklama konkurenta, nepředstavuje nepatřičné ovlivňování potenciálních zákazníků<sup>82</sup>. To platí z pohledu práva nekalé soutěže i pro používání ochranných známek třetích osob<sup>83</sup> v meta-tags, neboť jejich primárním účelem je zájemce upozornit na vlastní sortiment výrobků a služeb, nikoliv nekale odvést ke konkurenci<sup>84</sup>.

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<sup>85</sup>.

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 nezhledňuje.

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.

### 1.15. 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.

### 1.16. 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? Nenaplnuje jednání znaky generální klauzule nekalé soutěže? A pokud ano, kdo bude v

---

<sup>81</sup> Srov. § 4 Nr. 4 německého UWG (v dřívější úpravě § 4 Nr. 10 UWG).

<sup>82</sup> 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).

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, odst. 10.31.

<sup>85</sup> Blíže k tomu usnesení OLG Hamburg ze dne 19. 6. 2013, sp. zn. 5 W 31/31.

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<sup>86</sup>. 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“<sup>87</sup>. 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, že jde o protiprávní inzerci, musí poskytnout žadateli informace o zadavateli inzerce a reklamu musí neprodleně odstranit<sup>88</sup>

Co se týče odpovědnosti inzerenta, bude podle Soudního dvora EU (Google v. Louis Vuitton Malletier SA)<sup>89</sup> 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<sup>90</sup>. 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 spočívající ve větší informovanosti spotřebitele.

---

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6. 10. 2015, sp. zn. 21 Cm 8/2015..

<sup>88</sup> Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6. 10. 2015, sp. zn. 21 Cm 8/2015.

<sup>89</sup> Rozsudek SDEU ze dne 23. března 2010, ve věci C-236/08, Google France SARL a Google Inc. proti Louis Vuitton Malletier SA.

<sup>90</sup> 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*<sup>91</sup>, 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.

### 1.17. 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 využívány 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).

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<sup>92</sup>.

Event. může *deep links* úplně zablokovat. Obejití takového opatření, byť nebylo technicky sofistikované, považoval německý BGH ve věci *Session-ID*<sup>93</sup> 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 placícím zákazníkům, což jiný soutěžitel

<sup>91</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. dubna 2018, sp. zn. 23 Cdo 4931/2017-119 (*Teco v. ELKO*).

<sup>92</sup> Srov. FEZER, BÜSCHER, OBERGFELL, MANKOWSKI, *Lauterkeitsrecht: UWG*, 3. vydání, 2016, Rn. 130.

<sup>93</sup> Rozsudek BGH ze dne 29. dubna 2010, sp. zn. I ZR 39/08.

jednoduše obešel skrze deep link). Tím se soud odklonil od dosavadního aprobujícího přístupu, který vytýčil v rozhodnutí Paperboy<sup>94</sup>).

---

<sup>94</sup> Rozsudek BGH ze dne 17. března 2003, sp. zn. I ZR 259/00.