



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Vrchní soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Romana Horáčka, Ph.D., a soudců JUDr. Gabriely Kučerové a Mgr. Michala Výtiska ve věci

žalobce: **Dr. Oetker, spol. s r.o.**, IČO 48362425
sídlem Americká 2335, 272 01 Kladno - Kročehlavy
zastoupený Mgr. Ondřejem Čerychem, advokátem
sídlem Národní 58/32, 110 00 Praha 1

proti

žalovanému: **LABETA, a.s.**, IČO 49813749
sídlem 537 01 Dřenice 81
zastoupený JUDr. Jaroslavem Brožem, advokátem
sídlem Marie Steyskalové 767/62, 616 00 Brno

o žalobě na ochranu proti nekalé soutěži, o **odvolání žalovaného** proti rozsudku Krajského soudu v Hradci Králové – pobočky v Pardubicích ze dne 10. 11. 2021, č. j. 55 Cm 226/2020-107,

takto:

- I. Rozsudek soudu prvního stupně se ve výrocích I. až IV. mění tak, že se zamítá žaloba na uložení povinnosti žalovanému zdržet se
- uvádění na trh výrobku „Drobený dort“ v obalu obsahujícím na přední straně vyobrazení dortu ve tvaru kulové úseče,
 - uvádění na trh výrobku „Drobený dort“ v obalu obsahujícím na přední straně vyobrazení dortu ve tvaru kulové úseče s řezem,

Shodu s prvopisem potvrzuje Markéta Semeráková.

- uvádění na trh výrobku „Drobený dort“ v obalu obsahujícím vyobrazení dortu ve tvaru kulové úseče s řezem dle obrázku, který je uveden v žalobě,
- uvádění na trh výrobku „Drobený dort“ v obalu obsahujícím na zadní straně vyobrazení dortu dle obrázků, které jsou uvedeny v žalobě.

- II. Žalobce je povinen zaplatit žalovanému na náhradu nákladů řízení 20 131,69 Kč a na náhradu nákladů odvolacího řízení 20 671,02 Kč do tří dnů od právní moci rozsudku k rukám zástupce žalovaného.

Odůvodnění:

1. Napadeným rozsudkem soud prvního stupně uložil žalovanému zdržet se uvádění na trh výrobku „Drobený dort“ v obalu
 - obsahujícím na přední straně vyobrazení dortu ve tvaru kulové úseče (výrok I.),
 - obsahujícím na přední straně vyobrazení dortu ve tvaru kulové úseče s řezem (výrok II.),
 - obsahujícím vyobrazení dortu ve tvaru kulové úseče s řezem dle obrázku v předmětném výroku vyobrazeném (výrok III.),
 - obsahujícím na zadní straně vyobrazení dortu dle 3 obrázků v předmětném výroku vyobrazených (výrok IV.). Žalovanému bylo uloženo zaplatit žalobci na náhradu nákladů řízení 34 552 Kč (výrok V.).
2. Své rozhodnutí odůvodnil soud prvního stupně tak, že žalobce tvrdí, že je součástí rodinné firmy, která dlouhodobě působí v oblasti potravinářského průmyslu a od svého založení v roce 1891 se těší důvěře ze strany spotřebitelů. V České republice (dále i jen „ČR“), kde působí od roku 1923, resp. po navázání na tradici od roku 1991, je jedním z nejvýznamnějších výrobců působících na potravinářském trhu v oblasti výroby potravin práškového typu. Sortiment značky Dr. Oetker v ČR obsahuje více než 150 výrobků a zahrnuje přísady, dekorace, směsi na pečení, pudinky a jemné dezerty v prášku, sladká i slaná jídla v prášku, přípravky na zavařování, nápoje v prášku, mražené pizzy a čerstvé dezerty, které jsou mezi spotřebiteli velmi oblíbené, žalobce je ohledně jejich prodeje v ČR dlouhodobě jedničkou na trhu. V důsledku toho konkurence sleduje jeho výrobky a inovace a často je využívá k tvorbě vlastního sortimentu výrobků. Žalovaný je obchodní společností působící rovněž v oblasti výroby potravin práškového typu s obdobným sortimentem výrobků jako žalobce, účastníci tedy působí na stejném relevantním trhu, tj. trhu sypkých směsí na pečení, jsou přímými soutěžiteli. Mezi výrobky žalobce patří směs na přípravu dezertu s názvem Krtkův dort, verze s obsahem lepku i bez lepku, který je žalobcem charakterizován jako oblíbený dort s banány. Obal tohoto výrobku obsahuje grafické vyobrazení výsledného tvaru dezertu, který je výsledkem vlastního vývoje na straně žalobce. Jde o dort ve tvaru kulové úseče, části koule odříznuté rovinou, který se sestává z kruhového korpusu, vrstvy banánů a šlehačkové náplně s kakaovými vločkami. Celý povrch dortu je posypaný rozdrobeným dortovým korpusem. Tvar i povrch dortu připomínají krtčí hromádku, což koresponduje s významem slovního obchodního označení Krtkův dort. Žalobce zjistil, že žalovaný uvádí na trh podobnou směs na přípravu dezertu s názvem Drobený dort, který je inzerován jako drobený dort s banány. Krtkův dort vznikl ve firmě Dr. Oetker v Německu před rokem 2000, vývoj jeho receptury pro prodej na území ČR byl zahájen na jaře roku 2000 a dokončen na přelomu let 2000 až 2001, uveden na trh (v obchodních řetězcích) byl nejpozději v březnu 2001. Žalobce od počátku uvedení výrobku Krtkův dort na trh propaguje výrobek jak v tištěných médiích, tak v rádiích a televizi, v ní uvedená kampaň byla hlavní marketingovou aktivitou, přitom Krtkův dort byl první sypkou směsí na pečení na trhu v ČR, která byla propagována televizní reklamou. Každoročně žalobce vynakládá značné finanční prostředky na jeho propagaci, při které spolupracuje se společností OMD Czech a.s. V letech 2001 až 2002 bylo odvysíláno celkem 335 televizních reklam na Krtkův dort, důležitou podporou bylo i umístění na prodejnách a

letákové akce. Masivní reklama podpořila v zásadě okamžitý úspěch Krtkova dortu na trhu. Jako originální výrobek vyvinutý žalobcem měl tento výrobek u spotřebitelů velký ohlas a stal se jedním z nejúspěšnějších produktů žalobce. V roce 2001 obdržel žalobce ve čtenářské anketě časopisu Moderní obchod ze 7. 12. 2001 ocenění Hit 2001 v kategorii instantní a dehydrované potraviny. Spotřebitelé přitom identifikují výrobek a jeho výrobce nejen podle názvu Krtkův dort, který je chráněn jako ochranná známka č. 244878, ale rovněž podle charakteristického tvaru zobrazeného na obalu, který s uvedeným slovním označením koresponduje. Žalobce zjistil, že žalovaný po úspěchu Krtkova dortu uvedl na trh sypkou směs na přípravu dortu s názvem Drobený dort, včetně bezpečkové varianty. Žalobce je přesvědčen, že žalovaný se vůči němu při uvádění výrobku Drobený dort na trh dopouští nekalé soutěže, neboť při něm využil pro svůj hospodářský prospěch obchodní úspěch Krtkova dortu. Dominantním prvkem na čelní straně obou obalů je vyobrazení dortu s řezem. Na obalu žalobce je vyobrazen dort ve tvaru kulové úseče, z vyobrazení je patrné i jeho složení, korpus, vrstva banánů a bílá náplň s vločkami kakaa a nadrobený korpus na povrchu dortu. Žalovaný používá na obalu svého výrobku vyobrazení dortu téměř totožné, jeho dort má rovněž tvar kulové úseče s řezem, z něhož je patrné složení výrobku shodné se žalobcovým. Pro použití shodného vyobrazení přitom nemá žalovaný žádný důvod, toto nekoresponduje s názvem jeho výrobku Drobený dort, není dáno ani vlastnostmi výrobku, použitý tvar dortu není také funkčně, esteticky či jinak předurčen, z obou sypkých směsí lze vyrobit dort jakéhokoliv tvaru. Stejně tak není nijak předurčena vnitřní struktura dortu. Vyobrazení Krtkova dortu ve tvaru krtiny je znakem žalobcova výrobku, který je znám spotřebitelům i ostatním soutěžitelům, jedná se o grafický znak, kterým se výrobek žalobce odlišuje od výrobků ostatních soutěžitelů. Z uvedeného žalobce dovozuje, že žalovaného k užití téměř shodného označení jeho výrobku Drobený dort vede snaha klamat spotřebitele, tj. vyvolat záměnu či asociaci s výrobkem žalobce a parazitovat tím na pověsti žalobce a jeho výrobku Krtkův dort. Na zadní straně obalu výrobku žalovaný používá ve stejné části jako žalobce (v dolní polovině) shodné, resp. vysoce podobné vyobrazení jednotlivých fází přípravy dortu (3 fotografie k návodu na přípravu), na nichž jsou vyobrazeny stejné nástroje a pomůcky, a to za použití stejné stylizace, s doporučením použít kulatou dortovou formu o průměru 24 – 26 cm, tj. stejnou, jakou doporučuje žalobce. Oba výrobky mají také dle obalu shodnou hmotnost 410 g, stejné je i doporučení obsahu náplně dortu (3 banány a 500 ml šlehačky), přitom ani tyto součásti (hmotnost, náplň či druh ovoce) nejsou nijak předurčeny. Uvedené jednání žalovaného, navíc v kombinaci s jeho logem, které je velmi podobné logu žalobce užitím shodných barev a podobného tvaru, a je umístěno na shodném místě obalu v horní třetině přední strany, podle žalobce naplňuje znaky generální klauzule nekalé soutěže, jakož i znaky zvláštních skutkových podstat klamavého označení zboží a služby, vyvolání nebezpečí záměny a parazitování na pověsti.

3. Obranu žalovaného shrnul soud prvního stupně tak, že předně uvedl, že současnému sporu předcházela v roce 2002 spor, vedený před soudem prvního stupně pod sp. zn. 33 Cm 109/2002 (o žalobě na ochranu průmyslového vzoru a proti nekalé soutěži ohledně výrobku žalovaného Kopečkový dort), který skončil Dohodou o narovnání ze dne 10. 10. 2002, kterou se žalovaný zavázal, že svůj výrobek nebude uvádět do oběhu. Podle žalovaného obě strany chápaly tuto dohodu tak, že se jí žalovaný zavázal neuvádět na trh sypkou směs na přípravu dortů pod názvem Kopečkový dort, jelikož toto označení mohlo být chápáno jako zaměnitelné s označením Krtkův dort. Žalovaný pak uváděl na trh svůj výrobek pod názvem Sladké ostrovy, Banánová Gran Canaria a od roku 2004 Banánový dort. Ve třetím čtvrtletí roku 2014 žalovaný uvedl na trh bezpečkovou variantu Banánového dortu a od 15. 7. 2015 obě jeho varianty přejmenoval na Drobený dort, přičemž ani jedna výše uvedená varianta názvu nemohla být chápána jako podobná k označení Krtkův dort. V Dohodě o narovnání se obě strany také dohodly, že vůči sobě navzájem nebudou z titulu jí vyřešených vztahů uplatňovat žádné další nároky. Ze strany žalobce byl tento závazek plněn 19 let až do 27. 8. 2019, kdy vůči žalovanému vznesl požadavek na stažení výrobku Drobený dort z trhu, neboť jeho prodej žalobce považuje za nekalosoutěžní jednání. Podle žalovaného je

základem tohoto sporu otázka, zda běžný spotřebitel bude klamán, pokud hodlá zakoupit výrobek žalobce a namísto něj koupí výrobek žalovaného, tím, že oba výrobky se na trhu uplatňují v podobném obalu s vyobrazením kulové úseče s řezem. Žalovaný je přesvědčen, že spotřebitel s rozumem průměrného člověka a s dostatečnou mírou opatrnosti a pozornosti výrobky obou účastníků řízení odliší. Poukázal přitom na to, že i žalovaný je významným výrobcem a dodavatelem na trh suchých sypkých směsí na přípravu pokrmů a dále směsí tekutých a dochucovadel, které dodává do předních českých hypermarketů a supermarketů, internetových obchodů a vybraných sítí lékáren a prodejen zdravé výživy. Předmětné výrobky Krtkův dort a Drobený dort nejsou podle žalovaného zaměnitelné, když oba obaly se odlišují. Obal žalovaného je světlé barvy s fotografií výrobku a na něm umístěnou květinou, logem Labeta v horní části nad fotografií výrobku a popisem s kousky čokolády, směs na korpus i náplň s označením český výrobek v pravém horním rohu, v bezpečkové variantě s logem bezpečkového výrobku a nápisem český výrobek vedle loga bezpečkového výrobku. U výrobků žalobce je fotografie výrobku v horní části obalu v předním axonometrickém pohledu s logem Dr. Oetker zcela odlišným svým grafickým ztvárněním od loga žalovaného, s názvem výrobku Krtkův dort v dolní části výrobku a návodem na přípravu v horní pravé části obalu. Tvar obalu výrobku je podle žalovaného dán jeho určením, resp. požadavky odběratelů, případně normami pro logistiku skladovacích systémů, které jsou ve většině případů normalizované. Hmotnost výrobků není zcela stejná, výrobek žalované obsahuje balení 320 g směsí na korpus, 90 g směsí na náplň, zatímco v popisu výrobku Krtkův dort je uvedeno na balení, že obsahuje 250 g směsí na korpus, 100 g směsí na náplň a 60 g čokoládových kuliček, celková váha 410 g vzniká součtem jednotlivých složek, které nejsou zcela totožné. K vyobrazení tvaru dortu žalovaný uvádí, že původ předmětného dortu je obecně zasazován do Německa a název Krtkův dort je v rámci Evropy obecně používaný pro druh dortu, jako je např. Sachr dort, Dobošův dort či Schwarzwaldský dort, jenž je také obecně znám svým charakteristickým tvarem, kterým je kulová úseč a který není vynálezem žalobce, nýbrž jde o tvar, který dostal v dávné historii a dort je v tomto tvaru připravován napříč Evropou, aniž by bylo nutno použít sypkou směs žalobce. Podle žalovaného je tedy pravdivý argument žalobce, že tvar dortu není funkčně, esteticky či jinak předurčen. Žalovaným zvolená prezentace podoby dortu na obalu je zcela běžná v rámci tzv. food fotografie, když ostatně neexistuje příliš mnoho variant, kterak prezentovat dorty. Pro běžného spotřebitele těchto druhů výrobků je nesporně nosným rozlišovacím znakem logo výrobce, které je nezaměnitelné, již ze samotného použitého názvu. Spotřebitelé jsou způsobilí rozlišit mezi těmito výrobci, zaměnitelnost je tudíž vyloučena. Z uvedených důvodů žalovaný navrhl žalobu zamítnout.

4. Soud prvního stupně nejprve k námitce žalovaného o existenci předchozího soudního sporu ze spisu sp. zn. 33 Cm 109/2002 zjistil, že byl sice sporem mezi stejnými účastníky, avšak s poněkud jiným předmětem (ochrana průmyslového vzoru a proti nekalé soutěži ohledně výrobků Krtkův dort a Kopečkový dort), a zejména že byl z důvodu zpětvzetí žaloby ukončen zastavením řízení bez meritorního rozhodnutí, takže jeho existence nezpůsobuje překážku věci pravomocně rozhodnuté.
5. Dále soud prvního stupně po zhodnocení provedených důkazů s odkazem na použitá zákonná ustanovení (§ 2976 an., zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník – dále jen „o. z.“) uzavřel, že žalobce a žalovaný jsou přímými soutěžiteli v hospodářské soutěži v oblasti výroby potravin práškového typu a dále, že žalovaný tím, že na trh uvádí výrobek Drobený dort v obalu, jak je uveden ve výroku III. a IV. napadeného rozsudku naplnil nejen zbývající dvě podmínky generální klauzule nekalé soutěže (rozpor vytýkaného jednání s dobrými mravy soutěže a jeho způsobilost přivodit újmu jiným soutěžitelům), ale i podmínky speciálních skutkových podstat klamavého označení zboží a služeb, vyvolání nebezpečí záměny a parazitování na pověsti s tím, že ohledně žalobcova výrobku Krtkův dort uzavřel, že se jedná o výrobek pro něj příznačný. Jedná se totiž o výrobek, který žalobce uvedl na trh již v březnu 2001, který od té doby masivně propaguje,

obchodní řetězce ho již v roce 2001 odebraly celkem 758 920 ks, ve čtenářské anketě časopisu Moderní oběd obdržel ocenění Hit 2001 v kategorii instantních potravin. Soud při zjišťování existence příznačnosti zohlednil také skutečnost, že žalobce je vlastníkem slovní ochranné známky Krtkův dort. Potom po podrobném porovnání obalů obou výrobků, které popsal v bodě 12. napadeného rozsudku, uzavřel, že žalovaný uváděním na trh v ČR výrobku Drobený dort propaguje výrobek podobný výrobku žalobce tak, že vyvolává (použitím stejného vyobrazení dortu ve tvaru kulové úseče s řezem a vyobrazení postupu přípravy v kombinaci s podobným umístěním, tvarem a barevností svého /rovněž podobného/ loga, pro jejichž použití není žádný funkční důvod) ve spotřebiteli mylnou domněnku, že jde o stejný výrobek (stejných vlastností), což vede ve svém důsledku k narušení ekonomického chování spotřebitele (klamavé označení zboží a služeb dle § 2978 o. z.) a zároveň tím žalovaný parazituje na pověsti (§ 2982 o. z.) tohoto pro žalobce příznačného výrobku, což mu umožňuje získat pro výsledky vlastního podnikání prospěch, což soud dovodil z porovnání ceny obou soutěžních výrobků (Krtkův dort 79,90 Kč, Drobený dort 46,90 Kč). Popsané jednání žalovaného je zároveň způsobilé vyvolat nebezpečí záměny a klamnou představu v běžném spotřebiteli o spojení výrobku žalovaného s pro žalobce příznačným výrobkem. Možnost volby označení produktu znamená pro soutěžitele i závazek zvolit takové označení, které bude schopno odlišit jeho produkty od produktů ostatních soutěžitelů, aby měl zákazník možnost volby a hodnocení totožných nebo podobných výrobků různých prodávajících (rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 2962/2009). Z uvedených důvodů soud prvního stupně žalobě zcela vyhověl a podle § 142 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (dále jen „o. s. ř.“), rozhodl, že neúspěšný žalovaný je povinen zaplatit na náhradu nákladů řízení částku 34 552 Kč za zaplacený soudní poplatek a náklady zastoupení ve specifikaci, uvedené v bodě 14. odůvodnění.

6. Rozsudek napadl včasným odvoláním žalovaný. V jeho úvodu shrnul argumentaci soudu prvního stupně, kterou považuje za vnitřně rozpornou, pokud soud na jednu stranu dává žalovanému za pravdu v tom, že typ zákusku „krtkův dort“ není vynálezem žalobce, aby na druhou stranu dospěl k závěru, že sypká směs pro přípravu dezertu „krtkův dort“ se stala pro žalobce příznačnou. Podle žalovaného soud prvního stupně nesprávně nevzal v úvahu, že ačkoliv je na obalu výrobku žalobce uveden název Krtkův dort, finálním prodáváním produktem není vyobrazený (hotový) dort, ale jen směs na jeho přípravu, stejně jako je tomu u výrobku žalovaného. Samotná podoba sypké směsi, která je uvnitř balení, je u obou výrobků na pohled zhruba stejná a je těžko pro kohokoliv „příznačná“, když z takové směsi lze při troše fantazie upéct různé druhy dezertů. Příznačnost by bylo možné přiřknout pouze dortu ve finální podobě, nikoliv však směsi na jeho přípravu, když jde o dort, jehož autorem je „lidová tvořivost“, což platí jak pro dort samotný, tak pro jeho „příznačnou podobu“. O příznačnosti sypké směsi tedy nelze vůbec hovořit, a má-li se tato týkat konkrétního tvaru a podoby již hotového dortu, tam žalovaný chtěl důkazy, které soud prvního stupně odmítl provést, prokázat, že tento tvar dortu je „příznačný“ pro vícero dortů. Podle žalovaného je z podstaty věci vyloučené, aby v oblasti potravinářství, resp. konkrétní produkce jídla, byla poskytována ochrana „příznačnému výrobku“, používá srovnání s výrobkem, příznačným po nejméně sto let pro hotel Sacher ve Vídni, tj. „original sacher torte“, která (příznačnost) nebrání tomu, že v řadě vídeňských kaváren lze nalézt nepřehledné množství různých „Sacher dortů“, které vypadají prakticky totožně jako „originál“ a nebrání ani žalobci, aby prodával směs na výrobu sacher dortu, nazývanou v různých zemích jako „Torte wiener art“, „Sacher torte“ nebo dokonce hotový mražený výrobek „Sachertorten“. Jestliže pak nelze pravidlo příznačnosti u produkce jídla aplikovat, je třeba podle žalovaného uzavřít, že obaly výrobků obou účastníků jsou pro průměrného spotřebitele dostatečně odlišné (žalovaný pak opakuje, v čem odlišnosti spatřuje), takže tento je schopen odlišit, že byt' jde o výrobky sloužící k přípravě „stejného“ typu dortu, jde o výrobky dvou různých výrobců. Konečného spotřebitele pak bude buď zajímat cena a vybere si levnější výrobek, anebo jej bude zajímat výrobce a vybere si výrobek žalobce, protože jde o „velkého výrobce“, nebo si vybere

žalovaného, protože jde o výrobce českého. Ostatně v Německu tento typ sytké směsi produkuje dlouhodobě společnost RUF, která dort, který lze ze sytké směsi upéct, prezentuje úplně stejným způsobem jako žalobce či žalovaný, přičemž v rámci jednotného trhu EU je tento výrobek dostupný i v ČR, nemluvě o tom, že žalovaný sytkou směs na přípravu dortu produkuje i v bezpečkové verzi a tento výrobek žalobci kupodivu nevdává. K poznámce soudu prvního stupně o tom, že žalobce vlastní na označení Krtkův dort ochrannou známku žalovaný uvádí, že na ní nijak neparazituje, když jeho výrobek má jiný název, naopak má za to, že jestliže má žalobce natolik silnou ochranu (ve formě známky), tím spíše běžný spotřebitel rozezná, co je výrobek žalobce a co žalovaného, protože název Krtkův dort má nepochybně spojen se žalobcem. Podobné je to ve vztahu k odlišnosti v případě ochranných známek „Dr. Oetker“ a „Labeta“, podle nichž spotřebitel pozná, o čí výrobek jde. Konečně nelze také pominout rozdíl v ceně výrobků, kterého si český spotřebitel jistě všimne. Podle žalovaného tak vyvstává otázka, co vlastně soud svým rozhodnutím chrání, zda sytkou směs pro přípravu dortu (dezertu), anebo tvar dortu, když i při takto dostatečných odlišovacích znacích zakazuje žalovanému, aby spotřebitelům doporučoval upéct ze sytké směsi dort ve tvaru polokoule. Dovedeno *ad absurdum* tedy žalovaný nemůže vyrábět ani sytkou směs pro dort „Zucotto“, který má stejný tvar a vzhled jako „Krtkův dort“, protože vlastně nikdo nemůže vyrábět sytkou směs pro dort, který má ve výsledném vzhledu tvar polokoule s tmavým korpusem a světlým (bílým) vnitřkem, přitom jde o dva odlišné dorty. Soud prvního stupně se tak podle žalovaného pustil na „velmi tenký led“, když jednomu soutěžiteli přiznal výhradní právo na konkrétní tvar pokrmu, přitom jde o tvar obecný, navíc typický pro více druhů dortů. Podle žalovaného není správné oddělovat sytkou směs od samotného dortu, který z ní výrobce doporučuje upéct, protože nikdo si nekupuje sytkou směs proto, aby z ní upekl něco jiného než pro co „slouží“. Nelze se tedy bavit o příznačnosti sytké směsi, aniž bychom se zároveň nezabývali příznačností výsledného produktu. Pokud žalobce zvolil dort, který není jeho „patentem“ a který si lidé vyrábí i bez jeho sytké směsi, nelze hovořit o tom, že takový výrobek se stal pro žalobce příznačným, neboť žalobce jej pouze zpopularizoval, nic více, nic méně. To mu však nedává výhradní právo na produkci sytké směsi na přípravu dortu, který bude mít tvar polokoule (krtčí hromádky), když v opačném případě by to znamenalo, že výhradní právo vyrábět výrobek, který nemá jednoznačně identifikovatelného autora, si může kdokoli koupit a vyhrává ten, kdo si ho koupí dříve a ostatní mají navždy smůlu a výrobek již vyrábět nesmí. Takový stav by byl ovšem diskriminační vůči menším (chudším) výrobcům, kteří, ačkoliv jsou schopni vyrábět stejné výrobky ve stejné kvalitě jako ti velcí, nemohou si masivní kampaň finančně dovolit, a proto podobné „příznačnosti“ nikdy nedosáhnou.

7. Se shora uvedených důvodů žalovaný navrhl, aby byl napadený rozsudek změněn a žaloba zamítnuta, případně zrušen a věc vrácena soudu prvního stupně k dalšímu řízení.
8. Žalobce k odvolání žalovaného uvedl, že jeho první část v podstatě rekapituluje žalobní tvrzení a doplnil, že mimo naplnění znaků tří speciálních skutkových podstat jednáním žalovaného, tvrdil žalobce i naplnění generální klauzule nekalé soutěže. Naopak žalobce nikdy netvrdil, že by v obecné rovině byl dort ve tvaru kulové úseče jeho „vynálezem“, k němuž by měl jakési výhradní právo, takže takové tvrzení ani nebylo předmětem sporu; žalobce nezakládá svou žalobu na právu na patent ani na právu autorském. Informace uvedená v žalobě o tom, že tvar žalobcova dezertu „Krtkův dort“ je výsledkem jeho vlastního vývoje, byla zmíněna v souvislosti s dobou a okolnostmi uvedení tohoto výrobku na český trh a měla doložit, že žalobce předtím činil jasné kroky k budoucímu komerčnímu úspěchu svého výrobku. Pro nároky uplatněné touto žalobou však není uvedená informace úplně podstatná, stejně jako nemá žádný význam výtky žalovaného, že žalobce nemá zapsanou ochrannou známku, která by chránila tvar dortu, když žalováno je výhradně z titulu ochrany před nekalou soutěží. Dále žalobce opakuje podle něj stěžejní žalobní tvrzení, z nichž vyplývá, že jednání žalovaného je zakázanou nekalou soutěží. K námitce žalovaného o tom, že se soud prvního stupně ve svém rozhodnutí odchýlil od argumentace žalobce,

když dospěl k závěru, že sypká směs pro přípravu „Krtkova dortu“ se stala pro žalobce příznačným výrobkem, žalobce uvedl, že toto tvrzení žalovaného je nepravdivé. Soud prvního stupně dospěl na základě dokazování k závěru, že obal výrobku žalobce – směsi na přípravu dezertu s názvem „Krtkův dort“ – obsahuje grafické vyobrazení výsledného tvaru dezertu, a to dort ve tvaru kulové úseče, sestávajícího se z kruhového korpusu, vrstvy banánů a šlehačkové náplně s kakaovými vločkami, kdy povrch dortu je posypaný drobeným korpusem. Popsaný výrobek, tj. sypká směs v obale popsaném výše je pro žalobce příznačným. Zákaznické kruhy spojí představu podniku žalobce s popsanou úpravou výrobku nebo výrobkem samotným. Žalovaný přitom na obale svého výrobku nezastřeně používá vyobrazení dortu v podobě kulové výseče s řezem, vyobrazení postupu přípravy, které v kombinaci s umístěním, tvarem a barevností loga žalovaného připomíná obal výrobku žalobce, využívá pověst tohoto výrobku a parazituje na jeho pověsti. Toto jeho jednání je způsobilé vyvolat nebezpečí záměny a klamnou představu, zejména v běžném spotřebiteli, o spojení výrobku žalovaného s výrobkem příznačným pro žalobce. Možnost volby označení produktu přitom znamená pro soutěžitele v hospodářské soutěži i závazek volit takové označení, které bude schopno odlišit produkty jednotlivých účastníků trhu. Přitom závěry soudu prvního stupně o tom, že „krtkův dort“ není vynálezem žalobce, ale sypká směs pro přípravu dezertu „krtkův dort“ se stala pro žalobce příznačnou, nejsou v rozporu, jak tvrdí žalovaný. Soud prvního stupně v odůvodnění napadeného rozsudku podrobně vysvětlil, že se jedná o dvě samostatné otázky, přičemž pro jeho rozhodnutí je podstatná pouze druhá z nich, a to otázka, zda se grafické prvky dlouhodobě používané žalobcem na obale jeho výrobku „Krtkův dort“ staly pro žalobce v hospodářském styku příznačnými, k čemuž zjistil, že tomu tak je a že žalovaný těchto znaků neoprávněně využil za účelem získání vlastního prospěchu v podnikání. Dále také není správný názor žalovaného o tom, že v oblasti potravinářství není možné poskytnutí ochrany příznačnému výrobku, když ustanovení nekalé soutěže aplikovaná soudem dopadají na všechny oblasti hospodářské soutěže, včetně produkce a prodeje potravin a neexistuje důvod, proč by tomu tak u produkce potravin být nemělo. Odkaz žalovaného na výrobek „Original sacher torte“ je podle žalobce nepřipadný, neboť tento dort vyrábějí již po několik desetiletí různí výrobci a jedná se o druh dortu, který sice původně pochází od jednoho výrobce, ale jeho tvar je zcela generický, jeho příznačnost netvrdí ani samotný hotel Sacher ve Vídni. Naproti tomu předmětem tohoto sporu je použití vyobrazení, které se stalo charakteristickým pro žalobce ve spojení s jeho výrobkem, ze strany žalované. Jde tedy o příznačnost označení, nikoli o „originalitu“ výrobku, jak neustále žalovaný podsouvá. Z procesního hlediska se navíc podle žalovaného jedná o nová tvrzení a důkazy, k nimž nelze podle § 118b o. s. ř. přihlídnout. Z uvedených důvodů žalobce navrhl, aby byl napadený rozsudek odvolacím soudem potvrzen.

9. Žalovaný se k replice žalobce vyjádřil podáním ze dne 22. 12. 2022, kterým znovu opakuje svou argumentaci, uvedenou již v předchozím průběhu řízení a v odvolání, poukazuje na judikaturu Nejvyššího soudu Československé republiky R I 162/43, číslo 18522, podle níž není možné, aby se krabice žalobcova výrobku Krtkův dort stala pro tento výrobek příznačným. Znovu také zdůrazňuje rozdíly v obalech obou sporných výrobků s tím, že žalovaný má unifikovanou řadu obalů – krabic pro sypké směsi k přípravě moučníků, umístění zejména loga výrobce (v levé horní části) a použití barev samotné krabice (modrá), názvu výrobku (bílá), jakož i fontu písma, má za následek celkový vzhled výrobků žalovaného, který je činí s výrobkem žalobce nezaměnitelným. Soud prvního stupně přitom postupoval nesprávně, pokud rozlišující znaky nepřipustně bagatelizoval, v důsledku čehož dospěl k závěru, že jiný soutěžitel nemůže prezentovat na obalu svého výrobku, že ze sypké směsi lze vyrobit dort ve tvaru kulové úseče. Tímto závěrem soud absurdně odpírá jiným soutěžitelům možnost užití tohoto tvaru dortu, který je však tvarem pro dorty obecně používaným, včetně použití výseče při prezentaci vnitřního složení dortu (dorty Zuccotto, Mont Blanc). Žalovaný je proto přesvědčen, že má právo vyrábět sypkou směs pro přípravu dortu ve tvaru kulové úseče, neboť jde o obecně používaný tvar a průměrný spotřebitel vzhledem k četným signifikantním prvkům obou výrobků je způsobilý nezaměnitelné volby.

Žalobce jako potravinářský gigant se touto žalobou pouze snaží vytěsnit, resp. omezit podnikání žalovaného.

10. Odvolací soud podle § 212 a 212a o. s. ř. přezkoumal napadený rozsudek včetně řízení, které jeho vydání předcházelo, a dospěl k závěru, že odvolání je důvodné.
11. S ohledem na odvolací námitky žalovaného k závěrům soudu prvního stupně o tom, že žalobcův výrobek Krtkův dort je výrobkem pro žalobce *příznačným*, resp. s ohledem na pochybnosti žalovaného o tom, jaký prvek tohoto výrobku soud takovým shledal (ačkoliv podle žalovaného např. sypká směs není takovým prvkem, který vůbec může být příznačným, stejně jako jeho výsledný tvar, který žalobce nevymyslel), jakož i k s tím souvisejícím závěrům soudu o zaměnitelnosti výrobků obou účastníků řízení (§ 2981 odst. 2 o. z.), považoval odvolací soud za potřebné dokazování částečně zopakovat a doplnit. K důkazu byly proto provedeny obaly výrobků obou účastníků (některé z nich byly důkazy z původního spisu zn. 33 Cm 109/2002), a to obal:
 - žalobcova výrobku Krtkův dort s datem minimální trvanlivosti do 31. 5. 2002
 - výrobku žalovaného Kopečkový dort s datem výroby 19. 3. 2002
 - výrobku žalovaného Sladké ostrovy Banánová Gran Canaria bez uvedeného data výroby či minimální trvanlivosti, který byl přílohou již původního spisu 33 Cm 109/2002 (mezi účastníky není sporu o tom, že tímto názvem žalovaný přejmenoval svůj výrobek poté, kdy účastníci uzavřeli dohodu o narovnání /10. 10. 2002/),
 - žalobcova výrobku Krtkův dort s datem minimální trvanlivosti do 3. 7. 2020
 - výrobku žalovaného Drobený dort s datem minimální trvanlivosti do 13. 3. 2020 (zelený podklad krabice) a
 - výrobku žalovaného Drobený dort s datem minimální trvanlivosti do 22. 11. 2020 (šedooranžový podklad krabice).
12. Po jejich posouzení (samostatně i v jejich vzájemné souvislosti, jakož i ve spojení s ostatními soudem prvního stupně provedenými důkazy a jeho většinou správnými skutkovými závěry) a s přihlédnutím k argumentaci žalovaného a k jím poukazované judikatuře (rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky R I 162/43, číslo 18522 a jeho závěr: „*Pouhý, sám o sobě nijak příznačný, geometrický tvar výrobku nemůže se stát pro výrobek příznačným ve smyslu § 13 odst. 3 zákona o nekalé soutěži, leč by byl určitým způsobem vypraven tak, aby se toto vypravení stalo příznačným pro představu o výrobku.*“), dospěl odvolací soud k závěru, že prvkem, který je pro výrobek žalobce *příznačným* je (jen) jeho název „Krtkův dort“, který má žalobce chráněn ochrannou známkou, *nikoliv* vyobrazení hotového dortu ve tvaru kulové úseče, který žalobce, jak sám uvádí, nevymyslel, ale jen od uvedení svého výrobku na trh v ČR na přelomu let 2000 a 2001 na obalech svých výrobků používá s tím, že stejný tvar hotového dortu používají pro své výrobky i jiní výrobci, včetně žalovaného, který jej svých výrobcích má (stejně jako 3 fotografie postupu přípravy, když obrázkovou či fotografickou formu návodu k přípravě, jak uvedl žalobce na jednání před odvolacím soudem, používají pro zvýšení komfortu zákazníků v podstatě všichni výrobci sypkých směsí) téměř stejnou dobu (cca 20 let) jako žalobce (tj. již od roku 2002 - stejný tvar hotového dortu byl vyobrazen již na obale výrobku Kopečkový dort /jehož název byl předmětem mimosoudní dohody, tvar hotového dortu sporný nebyl, ačkoliv již tehdy to byla i u výrobku žalovaného kulová výseč s výřezem, v němž bylo vidět složení dortu – korpus, banány, bílá náplň s čokoládovými vločkami/, přes výrobek Sladké ostrovy až po současný Drobený dort (ať už měl obal zelený podklad či nynější šedo oranžový).
13. Jelikož výrobek žalovaného Drobený dort tento pro žalobcův výrobek příznačný prvek – název Krtkův dort (ani jemu podobný) *neobsahuje*, a *obaly* jsou i v ostatních prvcích (které uvádí po celou dobu řízení i v odvolání žalovaný – např. barva podkladu, font a barva písma, logo a jeho umístění

atd.) *odlišné natolik, že průměrný spotřebitel*, tj. člověk, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory, *je schopen oba výrobky odlišit a rozzezná, že se jedná o výrobky dvou různých výrobců*, dospěl odvolací soud k závěru, že vytýkané jednání žalovaného (tj. používání vyobrazení hotového dortu ve tvaru kulové úseče a 3 fotografií postupu přípravy dortu na obalech jeho výrobků Drobený dort) *není v rozporu s dobrými mravy soutěže a není ani způsobilé přivodit újmu zákazníkům či jiným soutěžitelům* (§ 2976 o. z.), včetně žalobce, který je přímým konkurentem žalovaného, o čemž nebylo sporu. V předchozí větě uvedené znamená, že podle názoru odvolacího soudu se *žalovaný nekalé soutěže nedopustil* (nebyly naplněny všechny znaky generální klauzule nekalé soutěže ani zvláštních skutkových podstat klamavého označení zboží a služeb podle § 2978 o. z., parazitování na pověsti podle § 2982 o. z., ani vyvolání nebezpečí záměny podle § 2981 o. z.), takže žaloba důvodná není a měla být zamítnuta. Proto odvolací soud postupoval podle § 220 odst. 1 písm. b) o. s. ř. a napadený rozsudek ve výrocích I. až IV. změnil tak, že žalobu zamítl.

14. Jelikož došlo ke změně napadeného rozhodnutí, rozhodl odvolací soud podle § 224 odst. 1, 2 o. s. ř. o náhradě nákladů řízení před soudem prvního stupně i před soudem odvolacím, a podle 142 odst. 1 o. s. ř. přiznal úspěšnému žalovanému plnou náhradu nákladů řízení před soudy obou stupňů.
15. Jedná se o náklady právního zastoupení žalovaného, jehož právní zástupce učinil v nalézacím řízení celkem 6 úkonů právní služby (převzetí věci a příprava zastoupení, písemné vyjádření ve věci samé ze dne 25. 2. 2021 a 12. 4. 2021, účast na jednání dne 16. 6. 2021, písemný závěrečný návrh a účast na jednání dne 10. 11. 2021 - § 11 odst. 1 písm. a/, d/ a g/ vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátní tarif), za které náleží odměna á 1 500 Kč (§ 9 odst. 1 a § 7 bod 5. advokátního tarifu), k nimž bylo připočteno 6 režijních paušálů á 300 Kč dle § 13 advokátního tarifu, náhrada za 16 půlhodin (2 x 8) á 100 Kč dle § 14 advokátního tarifu promeškaného času na 2 cestách zástupce žalovaného z Brna k jednáním u soudu v Pardubicích a zpět (jedna cesta tam a zpět 273 km), uskutečněných v červnu a listopadu 2021 automobilem Volvo reg. zn. 9B97553 s průměrnou spotřebou 6,5 litrů nafty na 100 km při vyhláskové ceně nafty 47,10 Kč za 1 litr a poplatku za amortizaci 4,70 Kč na 1 km, a cestovné odpovídající výše uvedeným údajům, tj. 2 118,88 Kč za jednu cestu. Konečně je podle § 137 odst. 3 a § 151 odst. 2 o. s. ř. součástí nákladů řízení žalovaného i 21% DPH, o které byl celkový součet nákladů (16 637,76 Kč) navýšen (DPH činí 3 493,93 Kč). Celkem náklady nalézacího řízení žalovaného činí 20 131,69 Kč.
16. V odvolacím řízení žalovaný uhradil soudní poplatek za odvolání ve výši 8 000 Kč a jeho zástupce učinil tři úkony právní služby (podání odvolání, vyjádření k reakci žalobce a účast na jednání před odvolacím soudem 9. 1. 2023) á 1 500 Kč, k nimž je třeba připočíst 3 režijní paušály á 300 Kč, náhradu za 12 půlhodin á 100 Kč promeškaného času na cestě zástupce žalovaného z Brna k jednání u odvolacího soudu v Praze a zpět (jedna cesta tam a zpět 480 km), uskutečněných stejným automobilem s průměrnou spotřebou 6,5 litrů nafty na 100 km při vyhláskové ceně nafty 44,10 Kč za 1 litr a poplatku za amortizaci 5,20 Kč na 1 km, a cestovné odpovídající výše uvedeným údajům, tj. 3 871,92 Kč. Součástí nákladů odvolacího řízení žalovaného je také 21% DPH, o které byl celkový součet nákladů s výjimkou soudního poplatku (10 471,91 Kč) navýšen (DPH činí 2 199,11 Kč). Celkem náklady odvolacího řízení žalovaného činí 20 671,02 Kč.
17. Lhůta k zaplacení nákladů řízení byla určena dle § 160 odst. 1 o. s. ř., náklady je žalobce povinen zaplatit k rukám zástupce žalovaného (§ 149 odst. 1 o. s. ř.).

Poučení:

Shodu s prvopisem potvrzuje Markéta Semeráková.

Proti tomuto rozsudku lze do dvou měsíců ode dne jeho doručení podat dovolání k Nejvyššímu soudu prostřednictvím soudu prvního stupně, a to za podmínek uvedených v § 237 o. s. ř. Přípustnost dovolání je oprávněn zkoumat jen dovolací soud.

Nesplní-li povinný dobrovolně, co mu ukládá toto vykonatelné rozhodnutí, může se oprávněný domáhat soudního výkonu rozhodnutí nebo podat návrh na provedení exekuce.

Praha 9. ledna 2023

JUDr. Roman Horáček, Ph.D., v. r.
předseda senátu