

USNESENÍ

Vrchní soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Romana Horáčka, Ph.D. a soudců JUDr. Gabriely Kučerové a Mgr. Jiřího Čurdy v právní věci

žalobce: **Lidl Česká republika v.o.s.**, IČO 26178541
sídlem Národní 1359/11, 158 00 Praha 5
zastoupený advokátem Mgr. Radovanem Kubáčem
sídlem Olivova 2096/4, 110 00 Praha 1

proti
žalovanému: **Albert Česká republika, s.r.o.**, IČO 44012373
sídlem Radlická 520/117, 158 00 Praha 5

o zdržení se protiprávního nekalosoutěžního jednání a odstranění závadného stavu, o návrhu na vydání předběžného opatření, **o odvolání žalobce proti usnesení Městského soudu v Praze ze dne 28. července 2021, č. j. 41 Cm 34/2021-12,**

takto:

Usnesení soudu prvního stupně se ve výroku I. a II. potvrzuje.

Odůvodnění:

1. Napadeným usnesením soud prvního stupně výroky I. a II. zamítl návrh na nařízení předběžného opatření, kterým mělo být žalovanému uloženo odstranit z reklamního spotu nazvaného „Nejlevnější rodinný nákup bez kompromisu na kvalitě“, zveřejněného na webových stránkách <https://www.altbert.cz/cenova-komunikace-2021> a v rámci dalších komunikačních kanálů kampaně Cenová komunikace 2021, především sociální sítě youtube, část názvu reklamního spotu „nejlevnější rodinný nákup“ a sdělení, že jde o „nejlevnější nákup do 1 000 Kč“ a tvrzení, že „díky tomu u nás za 1 000 korun nakoupíte nejvíc a bez kompromisů na kvalitě“ (výrok I.) a kterým mělo být žalovanému uloženo zdržet se v rámci své inzerce jakéhokoliv odkazování na test Mladé fronty DNES „o nejlevnější rodinný nákup“ z roku 2020 (výrok II.). Dále rozhodl, že po právní moci usnesení bude žalobci vrácena jistota 50 000 Kč (výrok III.) a uložil žalobci povinnost zaplatit soudní poplatek 1 000 Kč za návrh na vydání předběžného opatření (výrok IV.).
2. Rozhodnutí bylo odůvodněno s odkazem na příslušná zákonná ustanovení (§ 102 odst. 1 a 75c odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád /dále jen o. s. ř./) tak, že žalobce neosvědčil svůj nárok, takže nebyly splněny veškeré obligatorní podmínky pro nařízení předběžného opatření. Podle soudu prvního stupně žalobce osvědčil, že na výše uvedených webových stránkách žalovaného byl zveřejněn reklamní spot (video) žalovaného s názvem „Nejlevnější rodinný nákup bez kompromisu na kvalitě“, který obsahuje také napadená tvrzení s tím, že je odkazováno na testy deníku MF DNES (dále jen „Test“) ze dne 24. září 2019 a 22. září 2020, v němž se žalovaný označuje za vítěze obou. Z výsledku Testu ze dne 22. září 2020, nazvaného „Nákup do tisíce korun, Za akční a privátní zboží ušetříte stokrát“ měl soud prvního stupně za osvědčené rovněž to, že v Testu bylo hodnoceno 11 potravinových řetězců a že součástí článku je i protokol, kde je podrobně uvedena metodika a účel Testu. U každého jmenovaného řetězce je uveden počet a přehled položek (včetně jednotlivých cen) pořízených do 1 000 Kč v konkrétní prodejně, včetně celkové částky za nákup a vyčíslená úspora díky akcím, u každého řetězce je uvedeno rovněž

hodnocení nákupu. Test 2020 vyhodnotil dva vítěze, u nichž se podařilo nakoupit za 1 000 Kč všech 40 položek, a to na prvním místě žalovaného a na druhém místě TESCO, a dále vyhodnotil žalovaného jako „slevového rekordmana“, který měl ve srovnání s ostatními řetězci podstatně vyšší úsporu díky akcím. Žalobce skončil v Testu na osmém místě. Zhodnocením uvedených zjištění dospěl soud prvního stupně k závěru, že žalobce neosvědčil, že předmětný reklamní spot může být v řízení ve věci samé ve vztahu k žalobci, který je nepochybně přímým konkurentem žalovaného, posouzen jako nekalosoutěžní jednání. Z předložených důkazů totiž podle soudu prvního stupně jednoznačně vyplývá, že napadená sdělení žalovaného se opírají zejména o Testy, které zveřejnil deník MF DNES v září 2019 a 2020, když ohledně Testu z roku 2020 bylo osvědčeno, že žalovaný byl skutečně jeho vítězem, resp. umístil se v něm na prvním místě, a to spolu s řetězcem TESCO (u nějž se také podařilo nakoupit všech 40 položek jen o 0,10 Kč dražší). Neuvedení skutečnosti, že Test v roce 2020 měl dva vítěze, se z pohledu újmy mohla týkat jen řetězce TESCO, nikoliv žalobce, který se umístil až na osmém místě. Soud prvního stupně se nezabýval námitkami žalobce týkajícími se objektivity či tvrzené klamavosti Testu z roku 2020, protože deník MF DNES není účastníkem tohoto řízení, a pokud žalobce s výsledky tohoto Testu nesouhlasil, měl se bránit proti jeho autorovi (deník MF DNES), což však zřejmě neučinil žalobce ani nikdo z dalších hodnocených řetězců. Dále soud prvního stupně zdůraznil, že charakter a obsah reklamy je třeba posuzovat jako celek, jednotlivé výroky nelze posuzovat izolovaně, čehož se žalobce svým návrhem domáhá.

3. Proti výrokům I. a II. usnesení podal žalobce včasné odvolání. Soudu prvního stupně v něm vytýká, že se nevypořádal s řadou žalobcových klíčových argumentů, zejména s těmi, že klamavost reklamního spotu spočívá také v dezinterpretaci názvu a výsledků Testu a že odpovědnost za nekalosoutěžní jednání má objektivní charakter. Nesprávně byla také posouzena otázka klamavého charakteru reklamy žalovaného a otázka aktivní a pasivní legitimace. Žalobce souhlasí s tím, že pro reklamu obecně lze použít veřejně dostupné testy, avšak jejich obsah a výsledky nesmějí být interpretovány účelovým a klamavým způsobem, což žalovaný učinil. Jednak žalovaný neuvedl, že stejného výsledku v Testu dosáhl i řetězec TESCO, dále změnil název Testu z „test o nejvýhodnější nákup do tisíce korun“ za „test o nejlevnější rodinný nákup“, čímž došlo i ke zkreslení účelu Testu. Podle žalobce tedy není pravda, že žalovaný v Testu zvítězil, když stejně uspělo i TESCO. Dále žalovaný ve spotřebitelích vyvolal klamný dojem, že výsledkem testu je, že rodinný nákup je nejlevnější v prodejnách Albert, což však předmětem testu nebylo, když Test, jak žalovaný sám uvedl v reakci na žalobcovu výzvu ke zdržení se závadného jednání, se zabýval velikostí a skladbou spotřebitelského koše do 1 000 Kč. Podle žalobce se soud prvního stupně také nedostatečně vypořádal s principem objektivní odpovědnosti za nekalou soutěž, když své zamítavé rozhodnutí postavil na prostém sdělení, že reklamní spot opírající se o výsledky zveřejněného Testu není nekalosoutěžním jednáním a nezabýval se objektivitou a klamavostí Testu a jeho následky. S odkazem na několik rozhodnutí Nejvyššího soudu (sp. zn. 23 Cdo 4554/2017, 23 Cdo 4422/2015 a 23 Cdo 95/2013) žalobce dovozuje, že přestože žalovaný není autorem Testu, a tedy ani původcem v něm uvedených klamavých informací, tím, že jeho výsledky zahrnul do svého marketingového sdělení, participuje na jejich šíření a i on se tedy tímto jednáním dopouští nekalé soutěže. Výsledky Testu byly podle žalobce klamavé z toho důvodu, že srovnávané spotřebitelské koše jednotlivých prodejců v některých případech obsahují produkty o rozdílné hmotnosti a velikosti, na což Test neupozorňuje. Jedná se např. o položku tuňáka v konzervě, kdy u žalovaného byla do Testu zahrnuta konzerva o hmotnosti 80 g s cenou 20,90 Kč/ks a u žalobce o hmotnosti 160 g za cenu 39,90 Kč/ks, čímž byl žalobce u této položky o 20 Kč znevýhodněn. Jelikož o výsledku Testu rozhodla jediná položka, došlo by v případě srovnání ceny produktů o stejné hmotnosti k situaci, že poslední 40. položka žalovaného by se již do 1 000 Kč nevešla a oba by se tak umístili na stejném místě s 39 položkami. Konečně žalobce nesouhlasí ani se závěrem soudu prvního stupně o tom, že jediným subjektem, který se může dovolávat újmy v důsledku dezinterpretace výsledků Testu, je jeho spoluvítěz TESCO, když sporný reklamní spot ovlivňuje chování spotřebitelů ve prospěch žalovaného na úkor všech jeho konkurentů, včetně těch, kteří

byli zapojeni do Testu, tj. včetně žalobce. Z uvedených důvodů žalobce navrhl, aby odvolací soud napadené usnesení ve výrocích I. a II. změnil a navržené předběžné opatření nařídil.

4. Odvolací soud přezkoumal napadené usnesení ohledně výroků I. a II. (jakož i souvisejícího výroku III.) a řízení, které jeho vydání předcházelo, podle § 212 a násl. o. s. ř., a to dle § 212a odst. 1 a 6 a § 205 odst. 2 o. s. ř. i z důvodů, které nebyly v odvolání výslovně uplatněny, a podle § 212a odst. 5 o. s. ř. přihlížel i k vadám řízení, které mohly mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci. Po projednání věci bez nařízení jednání (§ 214 odst. 2 písm. c/ o. s. ř.) dospěl k závěru, že odvolání není důvodné.
5. Podle § 102 odst. 1 o. s. ř. je-li třeba po zahájení řízení zatímně upravit poměry účastníků nebo je-li po zahájení řízení obava, že by výkon rozhodnutí v řízení posléze vydaného mohl být ohrožen, může soud nařídít předběžné opatření. Pro nařízení předběžného opatření (§ 102 odst. 3 a § 75 a násl. o. s. ř.) je zejména nezbytné, aby bylo prokázáno, že je nutné zatímně upravit poměry účastníků nebo že je obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen. Samotný nárok přitom nemusí být spolehlivě prokázán, rozhodující skutečnosti musí být osvědčeny. Omezení musí splňovat požadavek přiměřenosti. Zároveň je nutné, aby byla osvědčena naléhavost zatímní úpravy vztahů, což znamená, že účelem předběžného opatření je řešit situaci, která se udála bezprostředně či krátce před podáním návrhu na jeho nařízení, nikoliv takovou, která trvá již dlouho, tedy třeba několik týdnů či měsíců. Institut předběžného opatření je totiž mimořádným prostředkem zásahu do poměrů účastníků, a to i vzhledem k tomu, že k zásahu do poměrů účastníků dochází (je-li předběžné opatření nařízeno) jen na základě osvědčených rozhodných skutečností bez toho, aby rozhodnutí předcházelo dokazování a odpůrci byla dána možnost se k tvrzeným skutečnostem vyjádřit a uplatnit svou obranu proti nároku navrhovatele. Nařízené předběžné opatření představuje jen prozatímní a dočasnou (působící do konečného vyřešení věci nebo do nařízení výkonu rozhodnutí /exekuce/) úpravu práv a povinností účastníků, aniž by jím byl (mohl být) předurčován průběh procesu samotného (řízení ve věci samé) nebo prejudikováno rozhodnutí o sporu nebo o jiné právní věci.
6. Z obsahu spisu odvolací soud ve shodě se soudem prvního stupně uzavírá, že žalobce v dostačujícím rozsahu neosvědčil svůj nárok, tj. neosvědčil, že tvrzené a osvědčené jednání žalovaného (reklama odkazující na výsledky Testu) pravděpodobně, s mírou jistoty pravdivosti dostačující pro účely nařízení předběžného opatření, naplňuje znaky jednání nekalosoutěžního podle § 2976 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „o. z.“), zejména znak rozporu s dobrými mravy soutěže, a to navíc v takové míře, která odůvodňuje nařízení předběžného opatření jako zcela výjimečného institutu k zabránění trvání protiprávního stavu rozhodnutím vydaným bez provádění dokazování. K námitkám žalobce odvolací soud, nad rámec odůvodnění soudu prvního stupně, s nímž se ztotožňuje, doplňuje, že z obsahu spisu vyplývá, že žalovaný byl sice skutečně jedním ze dvou účastníků Testu, u něhož se podařilo nakoupit všech 40 položek do 1 000 Kč, avšak byl zároveň *jediným* jeho vítězem, protože v jeho případě se to podařilo za nejméně peněz (byť o desetihalěr). Ve shodě se soudem prvního stupně pak odvolací soud uvádí, že skutečnost, že žalovaný neuvedl ve své reklamě, že všech 40 položek bylo nakoupeno do 1 000 Kč i v TESCO, by (snad - s ohledem na výše uvedené o jediném vítězi) mohla být na újmu jediné právě společnosti TESCO, nikoliv ale žalobci, který se umístil na místě 8., když spolu s 5 dalšími se u něj podařilo nakoupit do 1 000 Kč 39 položek. Podle odvolacího soudu nejsou důvodné ani námitky žalobce ohledně jím tvrzené změny názvu Testu. Z důkazu článkem MF DNES z 22. září 2020 je zřejmé, že Test sám žádný název nemá, článek nese titul „Nákup do tisíce korun, Za akční a privátní zboží ušetříte stokoruny“. Z protokolu (dále jen „Protokol“) Testu v závěru článku je dále zřejmé, že cílem Testu bylo zjistit, kolik položek z nákupního seznamu, který obsahoval 40 položek čerstvých i trvanlivých potravin a nápojů, a který byl sestaven podle spotřebního koše Českého statistického úřadu, u něhož byl výrazně snížen a upraven objem, hmotnost či množství zboží, aby odpovídaly víkendové spotřebě průměrné *rodiny*, lze do 1 000 Kč nakoupit. Z uvedeného podle odvolacího soudu vyplývá, že jestliže žalovaný ve své reklamě uvedl, že Test se zabýval srovnáním

obchodů z pohledu nejlevnějšího rodinného nákupu, jeho interpretace není s cíli, obsahem a výsledky Testu v rozporu. K nespokojenosti gramáží některých položek odvolací soud uvádí, že z odrážky páté a osmé Protokolu je zřejmé, že do nákupu byly zahrnovány (dobrovolníci skutečně nakupovali, nešlo o virtuální seznam) *skutečné* nejlevnější výrobky, které jednotliví prodejci nabízeli, pokud nejlevnější byly vyprodány, pak další co nejlevnější, nebyla-li položka k dispozici vůbec, byl nákup posouzen jako nekompletní. Jestliže žalobce nabízí nebo v jeho obchodě ve Vojtíškově ulici v Praze byl v den nákupu (12. či 13. září 2020) jako nejlevnější k dispozici jen tuňák v konzervě o hmotnosti 160 g, byl zakoupen a do Testu zahrnut tento jeho výrobek, když k přepočítání hmotnosti docházelo, jak uvedeno v předposledním bodě Protokolu, jen u zboží váženého. Odvolací soud souhlasí se žalobcem v tom, že nekalá soutěž je objektivním deliktem, o tom jistě není sporu. To ovšem nemění nic na správnosti závěru soudu prvního stupně o tom, že jestliže žalobce je (byl – test je téměř rok starý) nespokojen s průběhem a výsledky Testu, mohl se obrátit s výzvou k nápravě na jeho autora, tj. MF DNES, nikoliv na žalovaného. Tohoto svého práva však žalobce nevyužil, stejně jako nikdo z dalších zúčastněných prodejců, takže žalovanému nelze vytýkat, že výsledky Testu považoval za objektivní a jejich výsledky za platné, jak uvedl v bodě 2) své reakce ze dne 20. července 2021 na předžalobní výzvu, kde rovněž uvedl, že i žalobce ve své reklamě výsledky jiných testů MF DNES využívá, z čehož plyne, že jim důvěřuje.

7. S ohledem na výše uvedené odvolací soud uzavírá, že na základě tvrzení žalobce a jím předložených dokladů nelze předběžně uzavřít, že se žalovaný dopustil či dopouští jednání, které by v řízení o věci samé mohlo být posouzeno jako jednání v nekalé soutěži, takže k nařízení předběžného opatření nebyly splněny podmínky a soud prvního stupně rozhodl správně, pokud návrh zamítl. Proto odvolací soud jeho usnesení v napadených výrocích podle § 219 o. s. ř. potvrdil.
8. O nákladech řízení o nařízení předběžného opatření včetně tohoto odvolacího řízení bude rozhodnuto v konečném rozhodnutí o věci samé (§ 224 odst. 1, § 145 a § 151 odst. 1 o. s. ř.).

Poučení:

Proti tomuto usnesení není dovolání přípustné (§ 238 odst. 1 písm. f/ o. s. ř.)

Praha 20. září 2021

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