

SOFT LAW NA POSLEDNÍ CESTĚ

DANA ONDREJOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá problematikou "law", "soft law" a "case law" v oblasti pohřebnictví. Příspěvek se zaměřuje na časté otázky v oblasti reklamy a nekalé soutěže v pohřebnictví.

Key words in original language

Soft; law; case law; law; pohřebnictví; nekalá soutěž; reklama; soutěžní právo.

Abstract

The contribution deals with the "law", "soft law" and "case law" in the area of funeral. The contribution specialise in the often questions of advertising and unfair competition aspects of funeral.

Key words

Soft law; case law; law; unfair competition; funeral; advertising; competition law.

1. Je soft law skutečně „law“?

V souvislosti se soft law („měkké právo“ či „poloprávo“) jsou často používány pojmy jako samoregulace a koregulace. Samoregulace je zaměřena na oblasti, v nichž různá zájmová či profesní sdružení dobrovolně vytvářejí pro ně a jejich členy závazné kodexy (např. Etický kodex advokáta, Etický kodex reklamy apod.), které nikoliv výjimečně stanoví náročnější regulační požadavky než právní předpisy. Na jejich dodržování dohlíží příslušné orgány daných sdružení a sankce bývají různého charakteru, nezřídka se jedná až o vyloučení z příslušného sdružení či komory. Koregulace se uplatňuje tam, kde má na regulaci zájem stát a dochází tak k nahrazení tradiční právní regulace. V těchto případech tak obvykle soft law posiluje činnost zákonodárce.

Tzv. soft law tedy nelze považovat za „law“, tedy právo, ale toliko za jakési návody či pokyny, které nejsou obecně či formálně právně závazné a tedy ani v obecné rovině vynutitelné státem. To však neznamená, že nejsou vynutitelné vůbec, jak již bylo uvedeno výše, ale na jejich dodržování dohlíží příslušné komory a obchodní sdružení. Rozdíl v jejich vynutitelnosti a sankcionovanosti může být odlišný v závislosti na tom, zda je členství v těchto sdruženích povinné či nikoliv. Je-li členství v určitém sdružení

nepovinné, spočívají sankce obvykle v nezbytnosti zdržet se určitého závadného jednání, případně ve vyloučení příslušného člena. Je-li členství v určitém sdružení povinné, bývají sankce širšího i výraznějšího charakteru, tedy kromě sankcí zdržovacího charakteru přistupují sankce charakteru omluvného či zasahujícího majetkovou stránku, samozřejmě rovněž s možností vyloučení příslušného člena, což ovšem za situace, kdy bez členství v takovém sdružení nemůže vykonávat svoji činnost, může být sankcí opravdu znatelného charakteru.

Otázkou je, zda lze soft law označit za obchodní zvyklost, jež by v oblasti obchodního práva bylo možné považovat za pramen práva na základě ustanovení § 1 odst. 2 obchodního zákoníku¹. Lze se přiklonit k závěru, že soft law nenaplnuje definiční znaky obchodní zvyklosti ve všech případech obecně, neboť se vždy nejedná o ustálené a dlouhodobě zachovávané pravidlo v určitém odvětví, protože se může jednat také o nové pravidlo, jehož dodržování se považuje za žádoucí. Příklad od případu (tedy po posouzení okolností každého jednotlivého případu) by však soft law mohlo být za obchodní zvyklost považováno, zejména tehdy, zakotví-li určitý subjekt pravidla, která jsou v daném oboru obecně uznávaná a dodržovaná, přímo do určitého metodického pokynu či jiného pramene soft law. Soft law by tak mohlo být v jednotlivých případech považováno také za jeden z psaných zdrojů obchodních zvyklostí.

Uvažovat lze podle mého názoru také v intenci toho, že by se za soft law dala považovat zahraniční judikatura (vnitrostátní judikatura se označuje jako tzv. case law), zejména členských států Evropské unie (ale samozřejmě také jiných států), neboť tato judikatura není mimo konkrétní účastníky daného sporu závazná a není ani závazná v případě rozhodovací praxe tzv. vyšších soudů napříč jurisdikcí různých států, nicméně může být jakýmsi „vodítkem“ aplikace určitých právních norem, zejména těch, které vznikly v důsledku implementace evropských směrnic, pro zahraniční soudy, případně jiné subjekty práva. Vytvoření jakési striktní linie mezi case law a soft law tak není ani možné, ani účelné.

V následující části se budu zabývat stručným nástinem tzv. law, soft law a case law v oblasti pohřebnictví.

2. „Law“ a „case law“ v oblasti pohřebnictví

¹ Zákon č. 513/1992 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

2.1 Zákon o pohřebnictví

Základním právním předpisem regulující oblast pohřebnictví, je zákon č. 256/2001 Sb., o pohřebnictví, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon o pohřebnictví“). Tento právní předpis stanoví podmínky pro zacházení s lidskými pozůstatky a s lidskými ostatky, práva a povinnosti související s provozováním pohřební služby, prováděním balzamací a konzervací lidských pozůstatků a s provozováním krematorií a pohřebišť (§ 1).

Provozování pohřební služby je koncesovanou živností podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon) a jsou na ni kladeny zákonem o pohřebnictví speciální požadavky (§ 6 až 9 zákona o pohřebnictví). Zákon o pohřebnictví výslovně (§ 7 písm. b) stanoví, že v prostorách zdravotnického zařízení nebo ústavu sociální péče je provozovatel pohřebních služeb povinen se zdržet sjednávání pohřbení, a to i prostřednictvím jiné osoby.

Podrobnější rozbor zákona o pohřebnictví je nad rámec tohoto příspěvku.

2.2 Nekalá soutěž

Subjekty činné v oblasti pohřebnictví se mohou dopouštět řady deliktů v oblasti veřejného i soukromého práva. Například v oblasti nekalé soutěže se mohou tyto subjekty dopustit pro ně signifikantní „nepojmenované“ („soudcovské“) skutkové podstaty nekalé soutěže podle § 44 odst. 1 obchodního zákoníku (generální klauzule nekalé soutěže) označované jako zneužití informací či zneužití lidských citů, případně skutkové podstaty porušení norem veřejného práva se soutěžním dopadem (typicky by se jednalo o porušení zákona o pohřebnictví či zákona o regulaci reklamy – zde ustanovení § 6a).

Skutková podstata „zneužití informací či lidských citů“ vznikla v důsledku častých praktik pohřebních ústavů, které používaly jistou formu „direct marketingu“, kdy jejich pracovníci „číhali“ v ústavech sociální péče a v nemocnicích, zejména na odděleních ARO (anesteziologicko-resuscitační oddělení) a v případě úmrtí oslovovali u lůžka zemřelého přímou formou pozůstalé, jimž nabízeli poskytnutí jejich služeb (v současné době je taková praktika výslovně zakázána ustanovením § 6a zákona o regulaci reklamy a důsledku toho lze takové jednání podřadit pod již výše uvedenou soudcovskou skutkovou podstatu „porušení norem veřejného práva se soutěžním dopadem“).

Takové praktiky byly zavrhovány již prvorepublikovou judikaturou - Nejvyšší soud ČSR dospěl ve svém rozhodnutí ze dne 13. října 1934, sp. zn. Rv II 761/34, Vážný č. 13.845, k následujícímu závěru: „Přemlouvání rodin zemřelých osob v jejich bytech bezprostředně před úmrtím nebo po úmrtí v rodině majitelem pohřebního ústavu, by mu byly svěřeny pohřební výkony, nabízení jízdy autem zdarma při vyhledávání objednávek pohřebních úkonů jakož i poskytování nepřiměřeně vysokých slev, - příčí se dobrým mravům soutěže.“

Za myšlenkově „cenné“ a inspirativní lze považovat také odůvodnění uvedeného rozhodnutí:

„Ucházení se o zadání pohřbu jest nekalé, děje-li se těsně po úmrtí nebo těsně před úmrtím, a nelze je omlouvatí nutností, aby pohřeb co nejrychleji byl ujednáán, poněvadž při dnešní organizaci pohřebních ústavů, jsoucích vždy pohotově k vypravení pohřbu, není třeba, by pozůstalí byli agenty pohřebního ústavu vyhledávání a obtěžování ve chvílích vzrušení nad blízkou smrtí nebo smrtí již nastalou. V žalobní žádosti klade se hlavně důraz na ucházení se o pohřeb v době těsně před úmrtím nebo po úmrtí, které jest nevhodným a obtížným právě v takových pohnutých chvílích. Je samozřejmé, že nemíní se tím návštěva zástupce ústavu, když byla vyžádána, ta se žalovanému nezakazuje. Vyhledávání pozůstalých bez předchozího vyzvání v bytě v takových okamžicích jest pokládati za vnucování se a za nerespektování způsob konkurenčního boje proto, že lidskost a pieta žádá, by pozůstalí byli ušetřeni obchodování a přemlouvání, když mysl je zaujatá bolem a lítostí. Agentování takto provozované nelze schvalovati proto, že by při jeho připuštění a zevšeobecnění pozůstalí mohli býti přímo přepadáni více agenty současně a pod pláštěm účinné pomoci a pohotovosti provozováno by mohlo býti využitkování pozůstalých a nechutné kramaření nad mrtvolou, téměř ještě nevychladlou.“

„...Vtírání se osob činných při zprostředkování pohřbu v okamžicích citového rozechvění osob, často těžce duševně sklíčených a nevzpamatovavších se dostatečně z duševního otřesu způsobeného ztrátou drahé jim osoby, jest hrubou bezohledností a vypočítavostí a musí vzbuditi u každého slušného člověka odpor. Z povahy věci vyplývá, že nedovolenost „bezprostředního“ zákroku nelze vymeziti přesným udáním hranice časové, zejména snad určité hodiny před či po úmrtí, jak si to asi přeje dovolatel. To záleží na okolnostech případu a musí býti zůstaveno jemnocitu a slušnosti majitele a zřízenců pohřebního ústavu.“

„...Zvláštní povahu tohoto podnikání vyžaduje nad jiné zvláště postupu co nejrigorosnějšího, dbalého úzkostlivě všech zřetelů slušnosti a ohledů na city příslušníků zemřelého, i celé veřejnosti. Že tudíž i prostředky, které by u jiných odvětví obchodních a živnostenských jevíly se při získávání zákazníků snad nezávadnými a u nichž zjevně uplatňování zřetelů výdělečných jeví se zcela přirozeným, mohou se jevíti zde při

nejmenším nevhodnými a proto býti v rozporu s dobrými mravy soutěže (srov. sb. n.s. čís. 11 742).“

Ačkoliv rozhodovací praxe českých soudů není v dané oblasti příliš „výživná“ a častá, zejména s ohledem na poměrně malou reklamní agresivitu subjektů poskytujících pohřební služby (což může být ovlivněno přísnou právní regulací jejich činností zákonem o regulaci reklamy), danou problematikou se zabýval Nejvyšší soud ČR ve svém rozhodnutí ze dne 30. května 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006, které vycházelo z následujícího skutkového stavu:

V daném případě se žalobce, poskytovatel pohřebních služeb, domáhal po žalované, zdravotnickém zařízení, zdržení se používání letáku „Informace pro pozůstalé k vyřízení pohřbu“, tj. nabídky pohřebních služeb způsobem omezujícím se toliko na dva jí vybrané subjekty (zde nebyl uveden žalobce), aniž by stejným způsobem informovala o ostatních subjektech poskytujících služby v oblasti pohřebnictví. Výčet poskytovatelů pohřebních služeb byl však demonstrativní (v letáku bylo uvedeno, že „další pohřební služby je možné vyhledat např. v indexu Zlatých stránek“).

Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že se jedná o nekalosoutěžní jednání a kromě povinnosti zdržet se nekalosoutěžního jednání uložil žalované povinnost zveřejnit na své náklady omluvu žalobkyni ve třech denících (tj. nepeněžitá forma přiměřeného zadostiučinění).

U první podmínky - jednání v hospodářské soutěži - soud prvního stupně konstatoval, že je zcela nesporné, že žalobkyně a žalovaná podnikají v rozdílných předmětech činnosti, že v zařízení žalované čas od času dochází k úmrtí jejích pacientů a že dochází k nepřímému střetu jejich činností, neboť pozůstalí zemřelých pacientů žalované se dostávají do situace, kdy musí řešit další otázky s úmrtím svých blízkých spojené, tj. i otázku pohřebních služeb. Žalovaná dle rozhodnutí soudu prvního stupně splnila první podmínku generální klauzule tím, že poskytovala informace, v nichž byly doporučovány dvě konkrétní pohřební služby a upřednostňována pouze jedna, čímž zasáhla fakticky do podnikatelského trhu subjektů působících v oblasti pohřebních služeb.

Při zkoumání druhé podmínky - rozpor s dobrými mravy soutěže - soud prvního stupně uzavřel, že žalovaná nikoli z dobré vůle, vedena humanitárními účely, podává informace pozůstalým svým klientům, ale naopak má za to, že je fakticky morální povinností žalované, aby byla ku pomoci pozůstalým zemřelých osob ve chvíli, kdy toto zřejmě nejvíce potřebují. Soud konstatoval, že žalovaná si musí být vědoma, jak její doporučení v daném směru na pozůstalé osoby působí, tj. faktu, že informace, kdy doporučuje pouze jednu jedinou osobu podnikající v oblasti pohřebních služeb, je informací, která může být pro pozůstalé osoby

včasnou a potřebnou, avšak pro subjekty působící na tomto trhu, které takto doporučovány nejsou, informací, která je určitým způsobem na tomto trhu podnikání znevýhodňuje, tedy je způsobilá je poškodit.

Při bližším zkoumání třetí podmínky generální klauzule - způsobilosti přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům - soud prvního stupně vyzdvihl zejména skutečnost, že žalovaná pravidelně informovala pozůstalé osob u ní zemřelých o tom, že pohřeb je možno vyřídit jen u jedné osoby, což bylo na úkor jiných subjektů na tomto trhu působících, tedy i žalobkyně. Soud dovedl, že pokud žalovaná neposkytovala obecné informace s odkazem kupř. na všechny pohřební služby uvedené ve Zlatých stránkách a fakticky upřednostňovala pouze jediný subjekt, způsobila tímto jednáním stav, kdy potenciální zákazníci žalobkyně byli směřováni právě na tento jediný subjekt a takové jednání bylo způsobilé přivodit žalobkyni újmu.

Nárok žalobkyně na přiznání přiměřeného zadostiučinění formou peněžní i nepeněžní byl posuzován v souladu s dikcí ustanovení § 53 obchodního zákoníku, která upřednostňuje formu nepeněžní. Soud konstatoval, že požadavek na zveřejnění omluvy v textu, který žalobkyně navrhla, ve třech denících v jednom vydání, je přiměřeným zadostiučiněním k újmě, která mohla být nekalosoutěžním jednáním žalované způsobena; zveřejněním omluvy zcela nepochybně dojde k nápravě případné dotčené pověsti žalobkyně, k očistění jejího obchodního jména a pověsti, a to v dostatečném rozsahu časovém i regionálním.

Vrchní soud v Olomouci se se závěrem o nekalosoutěžním charakteru jednání a s argumentací prvoinstančního soudu ztotožnil, dospěl však k odlišnému závěru ohledně nepeněžité formy přiměřeného zadostiučinění, když upřednostnil přiměřené zadostiučinění v penězích, konkrétně v částce 100.000,- Kč.

Odvolací soud považoval za zcela nepochybné, že práva žalobkyně svobodně rozvíjet svou soutěžní činnost byla nekalosoutěžním jednáním žalované porušena. Za adekvátní právní prostředek ochrany proti konkrétnímu nekalosoutěžnímu jednání žalované však odvolací soud, na rozdíl od soudu prvního stupně, nepovažuje žalobkyni požadované přiměřené zadostiučinění formou uveřejnění omluvy v tisku. Odvolací soud dospěl k závěru, že úvahu o vhodnosti té které formy zadostiučinění je třeba vést vzhledem ke konkrétním okolnostem případu - v daném případě by masivní omluvná kampaň v tisku zcela nepřiměřeným způsobem poškodila dobré jméno žalované - zdravotnického zařízení a ve svém důsledku též samotné pacienty. Podle odvolacího soudu medializace jakéhokoli zdravotnického zařízení ve spojení s pohřebními službami by byla velmi nešťastná, když by ve vědomí široké laické i odborné veřejnosti mohla vzniknout představa o zainteresovanosti zdravotnického zařízení na ekonomické prosperitě subjektu poskytujícího pohřební služby, což by ovlivnilo názor veřejnosti na kvalitu poskytovaných lékařských služeb. Vzhledem k těmto okolnostem je proto třeba upřednostnit přiměřené

zadosti učinění v penězích, které by mělo být pro žalovanou dostatečnou výstrahou a na druhé straně též satisfakcí přiměřenou újmě žalobkyně. S ohledem na všechny okolnosti případu považuje odvolací soud za přiměřené zadosti učinění částku 100.000,- Kč.

S posouzením věci odvolacím soudem se Nejvyšší soud ČR neztotožnil. Podle Nejvyššího soudu ČR je nutno řádně prozkoumat, zda mezi žalobkyní a žalovanou v daném případě skutečně existuje soutěžní vztah (první podmínka generální klauzule nekalé soutěže). Aby bylo možno hovořit o účasti subjektu na hospodářské soutěži, je třeba dovodit zájem nekalosoutěžně jednajícího na úspěchu soutěžitele na úkor druhého soutěžitele, tedy na výsledku soutěže, tj. konkurenčního boje dvou soutěžitelů, v daném případě tedy zájem žalované na konkurenčním boji osob podnikajících v oblasti pohřebních služeb s žalobkyní. Nutno prvořadě odpovědět na otázku, zda lze v jednání žalované spatřovat soutěžní záměr či účel (nikoli úmysl!), tedy zda jejím jednáním jsou objektivně sledovány soutěžní, konkurenční cíle. K tomu viz např. rozhodnutí NS ČR z r. 1935 (Vážný č. 14742): „Účel soutěžní je tehdy vyloučen, jestliže projev byl učiněn bez jakéhokoli vztahu k soutěži a jestliže od toho, kdo jej vnímá, nemůže být ani na účel soutěžní vztahován.“ Soutěžní záměr či účel, resp. soutěžní orientace jednání však nebudou dány např. tehdy, když jednání je zaměřeno na informaci spotřebitelů, objektivní testování výrobků apod. Soutěžní orientace žalované, jako základní předpoklad první podmínky generální klauzule nekalé soutěže, totiž „jednání v hospodářské soutěži“, v daném případě nebyla ničím a nikým prokázána.

Rovněž v daném konkrétním případě nelze podle soudu s jistotou tvrdit, že jednání žalované je možno považovat za jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže (druhá podmínka generální klauzule nekalé soutěže). Pokud by soud zvážil všechny okolnosti případu, mohl by dospět ke zcela jinému závěru: žalobkyně vůbec neprokázala, že by žalovaná ve více případech, tj. opakovaně či dlouhodobě, poskytovala svým klientům informační leták; došlo k tomu prokazatelně jen v jednom jediném případě. V letáku byly sice uvedeny dva subjekty podnikající v oblasti pohřebních služeb, avšak v demonstrativním výčtu (viz sdělení na letáku „další pohřební služby je možné vyhledat např. v indexu Zlatých stránek“), což klienty žalované v žádném případě nemohlo omezit v jejich svobodě výběru pohřební služby. O jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže by mohlo jít s určitostí např. v takovém případě, v němž by se prokázalo, že se jednalo o jednání soutěžitele (nemocnice), které vychází z podplácení tohoto subjektu jiným soutěžitelem nebo jinou osobou z oblasti pohřebních služeb, příp. které by výrazně narušovalo možnost svobodné volby spotřebitelů (klientů pohřební služby), např. při přemlouvání klientů nebo činění nátlaku na klienty, aby si vybrali určitou potřební službu. Nic z uvedeného se však v konkrétním jednání žalované neprokázalo. Dovolací soud jednání žalované označil za jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže.

Pokud jde o způsobilost přivodit újmu žalobkyni nekalou soutěží žalované (třetí podmínka generální klauzule nekalé soutěže), v daném případě nebylo v řízení prokázáno, že by jednání žalované (informační leták pro pozůstalé prokazatelně zachycený v jednom případě) směřovalo k možnému úbytku objednatelů služeb žalobkyně, nebyl prokázán ani jakýkoliv prospěch či zvýhodnění jejích konkurentů. Naopak bylo prokázáno, že zákazníci žalobkyně sami přišli s informačním letáčkem, který získali u žalované, k žalobkyni, aby ji požádali o její služby, čímž prokázali, že se dokáží sami svobodně rozhodnout, k jakému subjektu půjdou poslední záležitosti vyřizovat. Hledisko „průměrného spotřebitele“, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory (jak je vykládáno Soudním dvorem EU), je rozhodně nutno brát v úvahu také v daném případě. V reklamě zboží či služeb běžné potřeby již téměř každý spotřebitel očekává určité reklamní přehánění a nadsázku, jimž neuvěří; v případech vyhledávání pohřební služby bude úsudek současného „průměrného zákazníka“ podobný, přestože se spotřebitel nachází v poněkud citlivější situaci. Nároky spotřebitelů na pohřební služby se mohou v konkrétních případech lišit, např. někteří zákazníci se budou rozhodovat při své volbě pohřebních služeb pouze podle nízkých cenových hladin (v daném případě by tedy mohla být zvýhodněna žalobkyně a nikoli subjekt uvedený příkladmo v letáku žalované, tj. její konkurent), jiní zase na základě sdělení či doporučení od jiného pozůstalého (i v takovém případě by mohla být zvýhodněna žalobkyně, pokud své služby této doporučující osobě dříve poskytla), příp. podle jiných kritérií. V řízení nebylo prokázáno, že by jednáním žalované došlo k jakékoliv nekalé obchodní praktice, která by spotřebiteli bránila v tom, aby uskutečnil informovanou, a tedy účelnou volbu, nebo která by používala obtěžování, donucování včetně použití fyzické síly nebo nepatřičné ovlivňování, čímž by výrazně narušila možnost svobodné volby spotřebitelů (ve smyslu směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách; pro stanovení typické reakce průměrného spotřebitele v daném případě musí vnitrostátní soudy vycházet z vlastního úsudku, s přihlédnutím k judikatuře Soudního dvora EU).

Dovolací soud proto věc vrátil Vrchnímu soudu v Olomouci k dalšímu řízení.

2.3 Zákon o regulaci reklamy

Specifika poskytování pohřebních a souvisejících služeb jsou vyjádřena přísnější reglementací ve vztahu k reklamě na tyto služby obsaženou v ustanovení § 6a zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon o regulaci reklamy“). Podle § 6a odst. 1 tohoto zákona reklama poskytování pohřebních služeb, provádění

balzamace a konzervace, provozování krematoria a provozování veřejného pohřebiště (dále jen „činnosti v pohřebnictví“) může obsahovat pouze následující údaje: a) název obchodní firmy nebo jméno, příjmení nebo název provozovatele činností v pohřebnictví, b) vymezení předmětu činností v pohřebnictví, popřípadě dalších navazujících poskytovaných služeb, c) adresu pracoviště určeného pro styk se zákazníky, d) telefonní a faxové číslo, adresu elektronické pošty nebo internetovou adresu, e) provozní dobu pro veřejnost, f) firemní logo nebo jiný grafický motiv.

Podle § 6a odst. 2 téhož zákona reklama činností v pohřebnictví nesmí být a) užitá v prostorách zdravotnického zařízení nebo ústavu sociální péče, b) doručována prostřednictvím dopisů, letáků, elektronickou poštou nebo jinou adresnou formou.

Podle § 6a odst. 3 téhož zákona v souvislosti s oznamováním úmrtí nelze uplatňovat jakékoli formy reklamy.

Tato přísnější reglementace se však týká pouze reklamy (podle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy se reklamou rozumí „oznámení, předvedení či jiná prezentace šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky“), nikoliv obecně sdělování informací o podmínkách poskytování služeb, například již v rámci probíhajícího kontraktačního jednání.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 6. října 2006, sp. zn. 2 As 40/2006, výslovně uvádí, že „výčet povolených údajů v § 6a odst. 1 zákona o regulaci reklamy je taxativní. To znamená, že není-li uvedena cena služby, která je předmětem reklamního textu, mezi povolenými údaji, jedná se o údaj nepovolený.“

Otázkou je, zda se uvedená omezení vztahují rovněž na webové stránky příslušných poskytovatelů pohřebních služeb. To bude záviset na posouzení charakteru webových stránek, tedy zda je možné tyto označit za „reklamu“ podle zákona o regulaci reklamy. Lze mít za to, že samotnou podstatou webových stránek je „prezentace šířená komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podpory poskytování služeb či prodeje zboží“. Webové stránky tak mají podle mého názoru výlučně reklamní charakter, a to i v případě, že se na nich nacházejí části na první pohled vyznívající jako „čistě informační“ (například informace pro pozůstalé k vyřízení pohřbu), když i tyto informace mají za cíl nikoliv pouhé „informování“ spotřebitelů, ale „informování spotřebitelů za účelem jejich získání pro poskytnutí právě jejich služby“, a to například právě (či mimo jiné) na základě vlivu jimi poskytovaných informací o vyřízení pohřbu na spotřebitele a následně na jím učiněnou volbu poskytovatele

pohřebních služeb. V každém případě se však v případě reklamy učiněné prostřednictvím webových stránek nedá hovořit o "adresné formě", vyjma případů, kdy budou odkazy na tyto webové stránky činěny formou nevyžádaných e-mailů.

Právní důvody pro přísnější regulaci reklamy v oblasti činností v pohřebnictví potvrzuje také rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 6. října 2006, sp. zn. 2 As 40/2006, podle něhož „právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost garantované v článku 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod není právem absolutním a může být zákonem omezeno. Důležitý veřejný zájem na zachování etických pravidel při nabízení a poskytování služeb v oboru pohřebnictví dovoluje zákonodárci příslušným právním předpisem omezit, resp. vymezit způsoby prezentace těchto služeb tak, aby nebyly v rozporu s dobrými mravy.“

„Pohřební služby zůstávají malé, neglobalizované, natož aby v nich vznikaly mezinárodní sítě s pečlivě budovanými značkami. Asi proto, že spotřebu těchto služeb nelze vyvolávat a zvyšovat. A přesto právě pohřební služby mají svoji reklamu a propagaci mimořádně svázanou zákonem a čelí... tlaku dozorových orgánů v oblasti reklamy. Důvod úředního zájmu lze asi snadno pochopit: najít chybu v reklamě místního živnostníka a příslušně jej ztrestat není z úředního hlediska těžké...“²

V souvislosti s reklamou poskytovatelů pohřebních služeb vyvstávají konstantně například následující problematické otázky:

Lze za reklamu považovat informaci obsaženou v dolní části oznámení o úmrtí (parte) vyhotovenou malým písmem o tom, kdo parte vytiskl, za reklamu, a tudíž za zakázanou praktiku?

V této otázce se přikláním k závěru, že takovou praktiku je nutno považovat za reklamu, a to jak v případě, že je toto oznámení o tisku učiněno poskytovatelem pohřebních služeb (tj. pokud daný tisk uskutečnil tento subjekt) či pouze tiskárnou. Lze si jen těžko představit jiný důvod umístění takové „informační doložky o tisku“ než za účelem informace spotřebitele o službách poskytovaných právě daným poskytovatelem pohřebních služeb a snahou o získání spotřebitele jako jeho budoucího zákazníka (zde ve smyslu zadavatele pohřebních služeb, nikoliv adresáta jeho služeb), případně služeb příslušné tiskárny. Protiargument spočívající

² Winter, F. Právo a reklama v praxi. Praha: Linde Praha a.s., 2007, str. 237.

v nezbytnosti uvedení takového údaje z důvodu případné reklamace chyb v textu parte by asi v kontextu výše uvedeného neuspěl.

Lze za reklamu považovat kontakt obsažený v prosklených nástěnkách poskytovatelů pohřebních služeb vedle oznámení o úmrtí (parte)?

Rovněž v této otázce se přikláním k závěru, že takovou praktiku je nutno považovat za reklamu, neboť také v tomto případě je zcela zřejmý motiv umístění takového kontaktu na poskytovatele pohřebních služeb.

Lze mít za zakázanou reklamu poskytovatelů pohřebních služeb neadresné letáky (letáky, které nejsou vhazovány do schránek, ale vylepovány na různých reklamních plochách, obchodech apod.)?

V tomto případě se přikláním k závěru, že taková forma prezentování subjektu poskytujícího pohřební služby nebude zakázaná, a to právě z důvodu, že ustanovení § 6a odst. 2 zákona o regulaci reklamy zakazuje reklamu učiněnou „adresnou formou“ (viz výraz „nebo jinou adresnou formou“), přičemž v demonstrativním výčtu je obsažen také „leták“, to je ovšem dle mého názoru nutno vztáhnout toliko k výrazu „adresnou formou“, nikoliv formou „letáku“, není-li tento prezentován adresným způsobem.

Z uvedeného ustanovení však rovněž vyplývá, že není zakázána reklama pohřebních služeb uskutečněná formou billboardů s ohledem na neadresný charakter takové reklamy.

Lze považovat za nedovolené ukázky oznámení úmrtí (parte) při výběru typu parte zákazníkem pohřební služby?

Domnívám se, že na naznačenou otázku je nutno odpovědět záporně, neboť v daném případě se nejedná o „oznamování úmrtí“, jak má na mysli ustanovení § 6a odst. 3 zákona o regulaci reklamy, ale o ukázky dřívějších oznámení o úmrtí (tzv. reference). Podle logického výkladu daného ustanovení tak lze mít za to, že se „oznamování úmrtí“ rozumí toliko „aktuální“ oznámení úmrtí.

2.4 Nedovolená dohoda omezující hospodářskou soutěž podle zákona o ochraně hospodářské soutěže

Sdružení pohřebnictví v ČR zveřejnilo v materiálech spadajících do soft law své rozhodnutí o cenové politice, jež bylo posouzeno Úřadem pro

ochranu hospodářské soutěže jako kartelová dohoda. Toto rozhodnutí bylo potvrzeno Krajským soudem v Brně ve svém rozhodnutí ze dne 1. listopadu 2010, sp. zn. 62 Ca 22/2009.

V daném případě bylo žalobcem Sdružení pohřebnictví v ČR, žalovaným Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Žalovaný dospěl ve svém rozhodnutí k závěru, že žalobce přijal a uplatňoval zakázané a neplatné rozhodnutí sdružení soutěžitelů, které vedlo k narušení hospodářské soutěže na trhu pohřebních a souvisejících služeb, čímž porušil § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže³ tím, že:

valná hromada žalobce přijala Kodex cti obsahující pravidlo motivující členy žalobce nepožadovat za své služby ceny nižší, než jsou obvyklé,

valná hromada žalobce přijala Zásady určující základní pravidla práce subjektů ucházejících se o „Znak kvality“ propůjčovaný žalobcem obsahující v části Směrnice pro marketing v pohřebním oboru zákaz podávání informací srovnávajících ceny mezi konkurenty,

žalobce vydal metodický materiál „Jak postupovat při kopání hrobů“, který obsahoval návod stanovení ceny za služby poskytované žalobcovými členy,

žalobce vydal metodický materiál „Jak postupovat při určení výše cen nájmu hrobových míst a služeb s nájmem souvisejících“, který obsahoval návod stanovení ceny za služby poskytované žalobcovými členy,

žalobce vydal metodický materiál „Předloha (i) smlouvy o nájmu hrobového místa, ceník nájmu a služeb s nájmem spojených“, který obsahuje návod stanovení ceny za služby poskytované žalobcovými členy.

Žalobci byla za shora uvedená porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže uložena pokuta ve výši 500 000,- Kč.

Krajský soud v Brně žalobu zamítl (potvrdil tak rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ohledně „kartelového“ charakteru uvedených metodických materiálů). V této části se zaměřím toliko na tu část rozhodnutí Krajského soudu v Brně, v níž se zabýval posouzením soutěžní závadnosti Zásad určujících základní pravidla práce subjektů ucházejících se o „Znak kvality“ propůjčovaný žalobcem obsahující v části Směrnice pro marketing v pohřebním oboru zákaz podávání informací srovnávajících ceny mezi konkurenty.

Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že „jestliže žalovaný za protisoutěžní považoval pravidlo, podle něhož se má subjekt vyhnout informacím srovnávajícím ceny v případech, kdy si zákazník nemůže opatřit dostatečné

³ Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

informace o cenách a nabídce konkurence, pak jde o jednání žalobce, které míří na odstranění konkurence mezi poskytovateli pohřebních a souvisejících služeb v oblasti cenové. Toto pravidlo skutečně omezovalo podávání informací srovnávajících ceny a žadatele a držitele „Znaku kvality“ v jejich jinak možném soutěžním chování omezovalo.“

Podle Krajského soudu v Brně „pravidlo podávané ze Zásad určujících základní pravidla práce subjektů ucházejících se o „Znak kvality“ (tj. zákaz podávání informací srovnávajících ceny mezi konkurenty – pozn. aut.) tedy omezuje soutěžní prvek ve sdělování informací o cenách konkurence nad omezení vyplývající ze zákona o regulaci reklamy, přitom není ani objektivního důvodu, aby mezi provozovateli pohřebních a souvisejících služeb bylo ohledně jimi nabízených služeb vyloučeno cenové soupeření do té míry, jak je vyžadováno pro získání a udržení „Znaku kvality“. I tento, jistě specifický trh, zůstává trhem, na němž se podniká a hospodářsky soutěží. Tato restrikce, byť nebyla přímo zaměřena na dodržování konkrétních cen či na způsob její tvorby, omezila efektivní soutěž založenou na dostupnosti informací o ceně zboží potenciálním zákazníkům, neboť fakticky umožňuje žadateli, resp. držiteli „Znaku kvality“, aby v rámci kontraktace argumentoval cenou fakticky výlučně v závislosti na tom, zda zákazník má opatřeny dostatečné informace o cenách a nabídce konkurence, resp. aby cenou „pro jistotu“ neargumentoval. Ve shodě se žalovaným má soud za to, že porovnávání cen respektující zákonný rámec (tu tedy mimo reklamu) je jedním ze znaků konkurenčního prostředí na vymezeném relevantním trhu, a tedy pravidlo o vyhnutí se informacím srovnávajícím ceny působí protisoutěžně. Vzhledem k tomu, že toto pravidlo museli dodržovat všichni zájemci i držitelé „Znaku kvality“, ve vztahu k nim se nejednalo o fakticky nezávazně doporučené pravidlo, jak namítá žalobce, nýbrž o pravidlo závazné. Lze přisvědčit žalobci v tom, že cílem tohoto pravidla bylo zabránit podle něj neetickému jednání v případech, kdy ani držitel „Znaku kvality“ ani zákazník neměli dostatečné informace o nabídkách konkurence, a tedy zabránit tomu, aby držitel „Znaku kvality“ na úkor ostatních konkurentů zákazníkovi tvrdil, že „jeho nabídka je nejlepší“, nicméně jde o pravidlo, které (pro získání nebo udržení „Znaku kvality“) motivuje neužívat jinak velmi efektivní nástroj soutěžení. Adresát tohoto pravidla mohl být navíc veden úvahou, podle níž „raději nebude cenové srovnání provádět pro případ, že by měl on i zákazník nedostatečné informace“. Třeba ovšem dodat, že pokud by docházelo k neobjektivnímu srovnávání i mimo rámec reklamy (typicky v rámci popisu služeb a podmínek jejich poskytování ze strany jiných soutěžitelů při samotné kontraktaci), mohlo by se jednat o protiprávní jednání např. z pohledu § 50 obchodního zákoníku, aniž by to byl žalobce, kdo by takové jednání měl prohlašovat za zakázané.“

Krajský soud v Brně se zabýval mj. zajímavou otázkou vymezení geografického relevantního trhu v souvislosti s poskytováním pohřebních služeb. Žalobce namítal, že služby pohřební, kremační i hřbitovní jsou

zákazníky poptávají v rámci samostatných, geograficky omezených území. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže však dovodil geografické vymezení relevantního trhu celorepublikové, když akcentoval fakt, že různí spotřebitelé poptávají dodavatele pohřebních, kremačních a hřbitovních služeb v různě širokých okruzích a výchozím bodem těchto okruhů je bydliště zesnulého nebo pozůstalých. Krajský soud v Brně tomuto závěru přisvědčil a dále uvedl, že „ke střetu konkrétní poptávky s nabídkou může docházet na různých vzájemně se překrývajících územích a na těchto územích probíhá soutěž mezi poskytovateli jednotlivých typů služeb. Konkrétní poptávka se tedy nemusí střetnout s nabídkou výlučně uvnitř konkrétně vymezeného území. To platí i ve vztahu k provozování pohřebišť. I mezi nimi není zcela vyloučen konkurenční vztah; spotřebitel má možnost volby pohřebiště, přitom není podstatné, podle jakých kritérií tak činí. Mohou to být jiné – osobní důvody, nicméně nejsou vyloučena ani jiná kritéria rozhodná pro spotřebitelovu volbu. I ve vztahu k této části služeb lze tedy dovozovat možnost spotřebitele vybrat si konkrétní pohřebiště, tedy akceptovat nabídku konkrétního provozovatele pohřebiště bez geografického omezení.“

Z uvedeného tak vyplývá, že soft law, které je obecně právně nezávazné a právně nevynutitelné, může být považováno za projev protiprávního jednání, které je následně právně postižitelné.

3. „Soft“ law v oblasti pohřebnictví

V oblasti pohřebnictví existuje značné množství materiálů spadajících do oblasti soft law, z nichž některé se staly předmětem postihu Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, jak již bylo uvedeno výše.

Mezi tyto materiály patří zejména následující metodické příručky vydané Sdružením pro poradenství při poskytování pohřebních, kremačních a hřbitovních služeb i příbuzných oborů v ČR:

Kodex cti (zabývá se základními atributy chování každého podnikatele v pohřebnictví a souvisejících oborech)

Vsypová a rozptylová loučka (zabývá se např. rozptyly, vsypy, úkoly obřadníků a jejich oblečením, úpravou popela, údržbou loučky apod.)

Kopání hrobů na veřejných pohřebištích a technologický postup (zabývá se technologickým postupem kopání hrobů, hlavními zásadami bezpečnosti práce a hygienickým minimem)

Dohoda o provozování veřejného pohřebiště (vzor dohody)

Hrobky (zabývá se dělením hrobek, použitím rakví v hrobkách, tleci dobou v hrobkách, projektovou dokumentací hrobek apod.)

Jak postupovat při kopání hrobů (zabývá se postupem práce při kopání hrobů, hygienickým minimem, návodem na stanovení ceny za kopání hrobů apod.)

Jak postupovat při určení výše cen (zabývá se určením výše cen za hrobová místa a služeb spojených a předlohou ceníku na kopání hrobů)

Předloha smlouvy o nájmu hrobového místa (vzor smlouvy a ceník)

Základním pramenem soft law v posuzované oblasti je Kodex cti, který upravuje mimo jiné v článku III bod 1 formu nabídky služeb a reklamu. Kodex kromě opakování zákoné úpravy obsažené v zákoně o regulaci reklamy výslovně uvádí, že v rozporu s kodexem je:

umístování letáků, vizitek, nabídek atd., jednotlivých subjektů podnikajících v oblasti pohřebnictví, propagujících pohřební, kremační a hřbitovní služby, ve zdravotnických a léčebných zařízeních, domovech sociální péče, v léčebnách dlouhodobě nemocných a podobných zařízeních, kde k úmrtí může častěji docházet,

předávání reklamních letáků vizitek, nabídek atd. třetími osobami, zejména pracovníky výše uvedených zařízení za účelem šíření reklamy mezi pozůstalými nebo dokonce za účelem zprostředkování služeb konkrétní pohřební služby,

návštěvy pracovníků pohřebních služeb v rodinách, jejichž blízcí příbuzní zemřeli, a nabízení provedení pohřbu, aniž k tomu byli vyzváni,

návštěvy a nabídky zaměstnanců pohřebních služeb v rodinách, jejichž blízcí příbuzní jsou ve vážném zdravotním stavu,

vyhledávání zákazníků pro zajištění pohřebních služeb jiným způsobem nebo

jestliže poskytovatel služeb zveřejňuje nebo poskytuje informace, které mohou poškodit druhého podnikatele ve smyslu ustanovení obchodního zákoníku.

V souvislosti s první odrážkou v části zákazu propagace pohřebních služeb v „podobných zařízeních, kde k úmrtí může častěji docházet“ vyvstává otázka, zda by nebylo možné rozšířit tento zákaz také na jakákoliv „místa“, tedy nikoliv pouze na „zařízení“, kde může k úmrtí častěji docházet, což by

mohlo vést k závěru, že reklama poskytovatelů pohřebních služeb umístěvaná typicky podél české „silnice smrti“, tedy dálnice D1, je zakázána. V případě takového závěru by však bylo namístě uvažovat také v tom smyslu, proč by měla být na takovém místě zakázána pouze reklama poskytovatelů pohřebních služeb a ne jakýchkoliv subjektů, a to z důvodu možné nepozornosti řidičů zaměstnaných působením reklamy, ať už šokujícího, vzrušujícího či jiného charakteru či pouze studováním malých písmen, jimiž jsou některé billboardy psány, či jinými informacemi, nad nimiž může takový adresát reklamy přemýšlet a ztrácet tak koncentraci potřebnou k řízení (typicky telefonní čísla, konkrétní data či odkazy na webové stránky).

V oblasti reklamy je použitelný Etický kodex reklamy 2008, který se, na rozdíl od zákona o regulaci reklamy, výslovně nezabývá problematikou právní regulace reklamy v oblasti pohřebnictví, jeho obecná ustanovení jsou však aplikovatelná také na tento druh reklamy. Tento kodex nemá za cíl nahrazovat právní regulaci reklamy, ale toliko ji doplňovat o etickou regulaci.

Poměrně nedávno se Arbitrážní komise Rady pro reklamu (dále rovněž „Arbitrážní komise“) zabývala případem z posuzované oblasti (rozhodnutí Arbitrážní komise Rady pro reklamu ze dne 24. května 2010, č.j. 022/2010):

Stěžovatelem byla soukromá osoba, která podala stížnost proti reklamě České pojišťovny a.s., kdy byla prostřednictvím „direct“ marketingu rozesílána klientům České pojišťovny a.s. poštou obálka, která obsahovala průvodní dopis, návrh pojistné smlouvy Pojištění pohřbu Pieta a složenkou. Stěžovatel (71 let) se domníval, že je pojišťovnou „posílán do hrobu“.

Arbitrážní komise Rady pro reklamu stížnost zamítla a označila reklamu za etickou.

Ve svém odůvodnění uvedla, že pojištění pohřbu je produkt, který byl zadavatelem tradičně nabízen a o jehož existenci panuje, zejména mezi lidmi vyšší věkové kategorie, obecné povědomí. V posledních letech zadavatel zaznamenal zvýšený zájem klientů o sjednání tohoto typu pojištění a tak vznikl produkt Pieta, který klientům nabízí zhodnocení vložených finančních prostředků a současně jistotu, že budou osobě, která obstará jejich pohřeb, uhrazeny ve sjednané výši náklady s pohřbem spojené. Korespondenční formou uzavření pojistné smlouvy nabízí zadavatel svým klientům s cílem maximálně zjednodušit proces uzavření smlouvy bez nutnosti, aby se klient dostavil na obchodní místo.

Korespondence je klientům formulována jako návrh na uzavření smlouvy. Jedná se o nabídku, jejíž přijetí závisí zcela na vůli klienta a jeho

dobrovolném rozhodnutí, zda konkrétní pojistnou smlouvu zaplacením pojistného uvedeného v návrhu pojistitele uzavře.

Arbitrážní komise konstatovala, že pohřebnictví – přes kontroverzní psychologický efekt – je standardním produktem, který může být předmětem služeb pojišťoven. Je pouze otázkou volby forem a citlivosti při oslovení potenciálních zákazníků takových produktů tak, aby nedocházelo k reakcím, které vedly stěžovatele k podání stížnosti vůči předmětné komunikaci. Arbitrážní komise dospěla k závěru, že – jakkoliv je obsahově taková komunikace přijatelná – otázka formy je základní. Výhrady k formě byly nesený v duchu doporučení, celkově byla tato reklama označena za etickou.

4. Závěrem

S reklamou poskytovatelů pohřebních služeb se nesetkáváme příliš často, tím spíše s reklamou výrazně neetickou. Avšak také v této oblasti lze zaznamenat úsměvné, trefné či méně vydařilé pokusy o získání zákazníků.

Příkladem může být vtipná reklama znění: „Nikdo vás nemá rád? Nikdo vás nepochová? My vás pochováme!“

Za nevhodnou považuji reklamu jednoho poskytovatele pohřebních služeb, který ve své výloze zobrazoval fotografie v typických rámečcích umístěných na hroby, zobrazující šťastné a usmívající se malé děti a mladé lidi.

V reklamě pohřebních služeb se tak mohou objevit jen určité, zákonem (§ 6a zákona o regulaci reklamy) stanovené údaje. Takto omezená reklama může být šířena prakticky všemi druhy médií, tedy také televizí, billboardy a jinými médii se širokým publikem, s výjimkou „adresné formy“ reklamy a reklamy učiněné v souvislosti s oznamováním úmrtí.

V oblasti pohřebnictví existuje množství materiálů, nazývaných jako soft law. Jak vyplývá z výše uvedeného, také tyto materiály, ačkoliv nejsou právně závazné, mohou však být důkazem o protiprávním postupu a jednání subjektů poskytujících činnosti v oblasti pohřebnictví a toto soft law, jakkoliv je právně nevymahatelné, může být v konečném důsledku právně postižitelné.

Contact – email

dana.ondrejova@seznam.cz