

Nesplnění smluvních povinností jako nekalá soutěž

Josef Kotásek*

I. Otázka, zda nesplnění smluvních povinností představuje formu nekalé soutěže, patří k aktuálně diskutovaným otázkám na formálních i neformálních odborných fórech. V reakci na tyto probíhající diskuse se ve svém příspěvku pokusím prezentovat závěry, které v tomto směru přinesla zejména německá a rakouská doktrína a judikatura. Současně se pokusím zhodnotit i jejich přínos pro českou právní vědu.

Porovnání se zmíněnými státy není zvoleno náhodně. Česká právní úprava disponuje podobnou regulací a využívá obdobných legislativních technik (generální klauzule s navazujícím taxativním výčtem skutkových podstat nekalé soutěže). Letmý pohled do odborné literatury navíc naznačuje, že je to právě německá a rakouská teorie a praxe, která zásadním způsobem ovlivňuje českou odbornou literaturu a následně i aplikaci

* doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D., katedra obchodního práva PrF MU

práva¹. Výjimkou není ani problematika rozebíraná v tomto příspěvku.

Odpověď na otázku, zda lze porušení smluvních povinností (a jeho důsledky) pojímat současně jako formu nekalé soutěže, má pro dotčené účastníky značný význam. Již v římském právu se setkáme se zásadou, že smlouva zakládá relativní závazkový vztah s právními účinky toliko *inter partes* (anglo-americká doktrína zde používá pojem "privity of contract"²). Obligace ze smlouvy je relativní závazkový vztah, který v zásadě

¹ Pominout nelze ani skutečnost, že obrovský německý trh je spolu s rozvinutým systémem ochrany spotřebitelských zájmů prostřednictvím spotřebitelských sdružení spolehlivou a trvalou „zásobárnou“ případů a sporů z nekalé soutěže. Na počátku většiny v článku citovaných rozhodnutí stála právě žaloba podaná spotřebitelskou organizací.

² Bernitz, U. Unzulässiges Eingreifen in Vertragsverhältnisse nach schwedischem Recht und in vergleichender Perspektive, GRUR Int, 1989, č. 11, s. 799 an.

nezasahuje do právních poměrů osob stojících mimo smluvní strany.

Pokud by však bylo nesplnění smluvně převzatých povinností (souběžně) klasifikováno jako nekalosoutěžní jednání ve smyslu generální klauzule proti nekalé soutěži, bude narušitele krom odpovědnosti za porušení samotné smlouvy stíhat i mimosmluvní odpovědnost z deliktu nekalé soutěže. Výhodnější postavení osoby, která se dovolává svých práv (také) z titulu porušení předpisů o nekalé soutěži, je patrné na první pohled z katalogu jeho nároků (srov. § 53 obchodního zákoníku³). Ten je širší než u porušení smlouvy a zahrnuje mj. i reparaci imateriální újmy, jež může mít i povahu peněžitého zadostiučinění.

U nároku na náhradu škody to bude zvláště významné v těch případech, kdy byla přípustným způsobem smluvně limitována výše náhrady škody vzniklá porušením sjednané povinnosti. Lze totiž mít za to, že škoda způsobená jinému soutěžiteli deliktem (tj. nekalou soutěží) není žádným ujednáním limitujícím rozsah odpovědnosti za škodu (např. ujednáním o smluvní pokutě⁴) dotčena⁵.

II. Právní úprava nekalé soutěže nemá primárně za cíl vynucení loajality smluvních stran. Směnné vztahy a jejich projevy v závazkových vztazích nelze automaticky podřadit pod vztahy v hospodářské soutěži, a to i když nepřímo budou mít na soutěžní poměry velmi často významný vliv⁶.

Dokumentovat to lze na následujícím příkladu. Dodavatel, který ve sjednané lhůtě nepředal určité dílo (např. aquapark), neboť své úsilí investoval do jiného, výnosnějšího a více urgentního projektu (nové obchodní centrum), jedná v rozporu se smlouvou a tedy protiprávně. Nedodržení smlouvy o dílo může samozřejmě mít nepřímo významný dopad na soutěžní poměry. Neprovedením díla např. nevznikne konkurence (či bude

³ Dále jen „ObchZ“.

⁴ Pokud se týká speciálně smluvní limitace náhrady škody skrze smluvní pokutu, lze tento závěr navíc podpořit i formálně - dikcí § 545 ObčZ, která pamatuje toliko na věřitele a dlužníka ze smlouvy a míří na porušení smluvních povinností. Při porušení povinnosti z úpravy nekalé soutěže jde ovšem o vztah rušitele a dotčeného subjektu. Současně platí, že limitace náhrady škody prostřednictvím smluvní pokuty na základě § 545 odst. 2 ObčZ je vlastně (na rozdíl od jiných smluvních limitací nespornou) výjimkou z obecné zásady, dle níž se není možno platně předem vzdát nároků, které mají vzniknout v budoucnu. Jako každá výjimka z obecné zásady by měla být proto vykládána co nejužší (tj. neměla by být vztahována i na deliktní odpovědnost).

⁵ U škody způsobené úmyslně srov. Šilhán, J. Náhrada škody v obchodních vztazích a možnosti její smluvní limitace. Praha. C. H. Beck 2007.

⁶ Srov. blíže Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Masarykova Univerzita, Brno, 2000, str. 35, 121 a 137.

oddálen její vznik), jistě k radosti provozovatele místního konkurenčního aquaparku. Jinak budou vnímat absenci konkurence návštěvníci, kteří platí vyšší vstupné. „Smluvní nevěra“ chladně kalkujícího zhotovitele se může (negativně) projevit i na vedlejších trzích. Tak například - viděno očima provozovatelů konkurenčních obchodních center - přibude „zbytečně rychle“ nový konkurent.

Právo proti nekalé soutěži ovšem není „superprávem“, které by se extenzivně vztahovalo na jakékoliv porušení povinností (smluvních či zákonných). Výše uvedené jednání zhotovitele nelze bez dalšího hodnotit jako jednání nekalosoutěžní dle § 44 odst. 1 ObchZ. Obecně to ovšem vyloučit nelze. Z případů prezentovaných dále bude patrné, že se v praxi mohou vyskytnout situace, kdy porušení smluvního závazku bude mít charakter jak soutěžního jednání⁷, tak jednání, které koliduje s dobrými mravy soutěže a bude způsobit přivodit újmu na straně soutěžitelů či spotřebitelů⁸.

III. Soutěžněprávní relevanci budou mít i taková jednání, která nebudou porušením smlouvy, ale budou v kolizi s „džentlmentskými“ dohodami či jinými neformálními a (z pohledu závazkového práva nevynutitelnými) přísliby.

Dokumentovat to lze na starším případě ze SRN, který se týkal reklamy na tabákové výrobky. V roce 1980 uzavřeli tabákoví producenti v rámci samoregulace dohodu o pravidlech označování cigaret slovem „mild“ (tzv. Mild-Abkommen). Podle této dohody bylo možno označení „mild“ použít mj. jen tehdy, pokud cigareta nepřekračuje určité limity nikotinu a dehtu. Jeden z významných výrobců v roce 1990 použil v reklamě na cigarety označení „mild“ („L a M Mild!“). Inzerované cigarety překračovaly dohodou stanovené limity.

Výrobce byl zažalován spotřebitelským sdružením pro nekalou soutěž na zdržení se šíření této reklamy, neboť je v rozporu s „Mild-Abkommen“. Žalovaný nepopíral, že svou reklamou výše uvedenou dohodu porušil, namítal ovšem, že sdružení nemůže uplatnit negatorní nárok na zdržení se šíření reklamy, neboť není účastníkem dohody. Soud prvního stupně této argumentaci přitakal a zamítnul žalobu mj. s tím, že dohoda o užívání označení „mild“ má účinky toliko mezi smluvními stranami a třetích stran se proto nedotýká.

Případ posuzoval německý nejvyšší soud (BGH)⁹. Je zajímavé, že BGH se v tomto případě podrobněji ne-

⁷ Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Masarykova Univerzita, Brno, 2000, str. 273.

⁸ Striktně viděno, nesplnění smlouvy není „jednáním“. Jednáním v soutěži ale rozumíme samozřejmě i omisivní chování, tj. opomenutí – za podmínky, že narušitel nejednal v situaci, kdy jednat měl (např. proto, že k tomu byl smluvně zavázán).

⁹ Rozsudek BGH, I ZR 301/90, publikován in Wettbewerb in Recht und Praxis, 1993, s. 697.

zabýval otázkou klamavosti reklamního sdělení, která je tu nasnadě. Tento aspekt soud považoval v podstatě za nadbytečný, neboť rozhodujícím podle něj byla skutečnost, že výrobce porušil „Mild-Abkommen“. Uvedená smlouva podle BGH zachycuje obecný morální závazek („allgemeine sittliche Verpflichtung“) a má charakter obecného soutěžního omezení, které si tabákový průmysl sám uložil. Užití smluvně nedovoleného označení v reklamě bylo proto podle soudu v rozporu s generální klauzulí proti nekalé soutěži.

IV. Jak již bylo uvedeno v úvodu, pro řešení řady otázek z oblasti práva proti nekalé soutěži je přínosná komparace s doktrínou a judikaturou německou či rakouskou. V SRN i Rakousku může být porušení smluvních povinností formou nekalé soutěže, která je v obou zemích reprobována skrze generální klauzule proti nekalé soutěži. Jednání, kdy smluvní strana, která neplní či nespĺnila povinnosti plynoucí ze smlouvy, není v SRN nebo v Rakousku považováno za nekalosoutěžní automaticky¹⁰. Účastník sice jedná v rozporu se smlouvou, tj. protiprávně, nikoliv ale bez dalšího nekale ve smyslu generální klauzule proti nekalé soutěži¹¹. Ochrana instituty práva proti nekalé soutěži se má uplatnit jen ve zvláštních a mimořádných případech a jen pokud porušení smluvní povinnosti doprovází další soutěžně relevantní okolnosti¹². Z relativně bohaté rakouské a německé judikatury jsem vybral dvě rozhodnutí, které tyto okolnosti dobře demonstrují a budou přínosné pro aplikaci generální klauzule proti nekalé soutěži v českých podmínkách.

a. První rozhodnutí se týká porušení smlouvy uzavřené se třetími osobami (spotřebiteli) a v literatuře je obvykle citováno pod heslem „*Ausschank unter Eichstrich*“ (tj. „výčep pod míru“)¹³.

Žalobce, kterým bylo spotřebitelské sdružení, uplatňoval vůči žalovanému nároky na zdržení se závadného nekalosoutěžního jednání. To mělo podle žalobce spočívat v tom, že žalovaný jako provozovatel velké mnichovské pivnice s kapacitou 5 tisíc návštěvníků dlouhodobě nabízel máz piva (1 litr) za cenu 5 DM¹⁴ a tuto cenu také od spotřebitelů inkasoval. Pivo ovšem čepoval

pod míru; skutečně servírovaný objem byl podstatně nižší než inzerovaný jeden litr. Tímto jednáním měl podle žalobce žalovaný v rozporu s pravidly soutěže klamat své zákazníky a současně si tím sjednával neoprávněnou výhodu oproti poctivě postupujícím hostinským.

Německý BGH vyšel z toho, že z porušení smluvních povinností vůči obchodnímu partnerovi spočívajících v daném případě ve vadném plnění (nápoj čepovaný pod míru), nelze bez dalšího dovodit zdržovací nároky spotřebitelského sdružení.

Podle soudu je vadné plnění resp. nespĺnění povinností ze smlouvy obecně jednáním v obchodním styku a výhody, které z toho obchodníkovi plynou, mají soutěžní relevanci. Jde ovšem o důsledky vypořádání konkrétního smluvního poměru, který se netýká jiných soutěžitelů a nemá také žádné vnější účinky na soutěž (trh). Není tedy možno učinit obecný závěr, že porušení smlouvy bylo jednáním k podpoře vlastního podniku. („*Handeln zur Förderung des eigenen Wettbewerbs*“).

Jinak je tomu ovšem podle soudu zejména v případě, že obchodník již dopředu zamýšlí šidit své zákazníky a opakovaně není ochoten vyhovět jejich reklamaci¹⁵, tj. v situaci, kdy je porušení smlouvy v podstatě obchodní strategií soutěžitele. Z výše uvedených důvodů dospěl BGH k závěru, že postup provozovatele pivnice byl v rozporu s generální klauzulí proti nekalé soutěži.

b. Z popisovaného případu, jakož i z další citované judikatury, je patrné, že nekalou soutěží může být za určitých podmínek porušení smlouvy uzavřené se třetí osobou (obvykle spotřebitelem).

Za nekalosoutěžní jednání je však považováno také porušení smluv mezi soutěžiteli samotnými (tj. ve vztazích, které můžeme označit za horizontální)¹⁶. Typicky jde např. o ujednání (ve smlouvách o obchodním zastoupení, pracovních smlouvách a smlouvách společenských), kterými byly sjednány konkurenční doložky a soutěžní zákazy a omezení výdělečné činnosti včetně možností propagace. Předpokladem reprobace je dle doktríny bezprostřední soutěžní význam porušovaných smluv („*Wettbewerbsbezogenheit*“)¹⁷.

¹⁰ Srov. v. Jagow in Harte-Bawendamm/Henning-Bodewig a kol. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar. C. H. Beck 2004, s. 1003

¹¹ Srov. např. rozhodnutí BGH „*Ausschank unter Eichstrich I*“ publikované v časopise GRUR, 1983, s. 450 an., rozhodnutí stejného soudu „*Widerrufsbelehrung bei Teilzahlungskauf*“ publikované v časopise GRUR 1987, s. 180 an. nebo rozhodnutí „*Ziegelvorhangfassade*“ uveřejněn v GRUR, 1994, s. 640.

¹² Piper in Piper/Ohly, UWG, 4. vydání 2006, marg. č. 11/341.

¹³ BGH, rozsudek ze dne 10. prosince 1986 - I ZR 136/84. Rozhodnutí je dostupné např. na adrese: <http://www.matutisstruck.de>.

¹⁴ Příklad se udál v roce 1981.

¹⁵ BGH konkrétně uvedl, že jde o situaci, „*wenn die Beklagte im Rahmen des Betriebs ihres Biergartens einen Minderausshank von Anfang an einkalkuliert hätte, um sich durch gezielte und planmäßig wiederholte Kundentäuschung Vorteile im Wettbewerb zu verschaffen*“.

¹⁶ Potvrzuje to např. rozhodnutí BGH ze dne 29. 3. 2007 „*Änderung der Voreinstellung*“ (publikováno v časopise GRUR, ročník 2007, s. 987 an.), které se týká soutěžněprávní odpovědnosti při porušení smlouvy uzavřené mezi dvěma soutěžiteli (v daném případě telekomunikačními společnostmi).

¹⁷ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, PreisangabenVO, Unterlassungsklagengesetz. C. H. Beck, 22. vydání, § 1 marg. č. 695, s. 825 an.

Příkladem z rakouské judikatury je případ „Tennisshalle“¹⁸. Žalovaný provozoval tenisovou halu, kterou prodal za částku 5,5 mil. rakouských šilinků žalobci. Ve smlouvě bylo uvedeno, že se hala prodává s veškerým příslušenstvím¹⁹ a také s veškerou klientelou (žáky), hráči apod. (nešlo přitom o smlouvu o prodeji podniku). Tenisová škola pravidelně organizovala tréninkový kemp v Itálii a v této tradici zamýšlel žalobce pokračovat. Žalovaný ovšem oslovil své bývalé žáky sám a uspořádal v Itálii vlastní tréninkový pobyt.

Podle rakouského nejvyššího soudu (OGH) je přetahování zákazníků v zásadě přípustné, a to i když probíhá vědomě a cíleně. O nekalou soutěž se bude jednat teprve za určitých zvláštních okolností, které narušují trh – pokud byl např. kontakt na zákazníky získán nekalým způsobem, jestliže dochází k přetahování v rámci služebního poměru nebo je při přetahování zákazníků očerňována konkurence či pokud je primárním cílem poškození konkurence.

Uvedené zásady mají podle soudu platit také pro porušení smluvně stanovených zákazů, které budou reprobovány cestou soutěžního práva pouze tehdy, pokud jednání nebude prostým porušením smlouvy, nýbrž bude také v rozporu s dobrými mravy.

Tak tomu podle soudu bylo i v daném případě. Žalovaný jako smluvní partner žalobce odlákal jeho zákazníky a mařil jeho obchodní šance, kterých se přitom sám vzdal v podobě vyšší kupní ceny za tenisovou halu. Žalovaný porušením smlouvy ztížil nebo v části dokonce úplně znemožnil výkon vlastních podnikatelských aktivit žalobce.

c. Obě dvě rozhodnutí jsou ukázkou dvou možných reprobujících přístupů práva proti nekalé soutěži k porušení smlouvy. U smluv uzavřených se třetími osobami vyplyne soutěžněprávní relevance z výhod, kterých soutěžitel porušením smluv uzavřených s konzumenty (obvykle dlouhodobě) dosahuje. U smluv uzavřených mezi soutěžiteli jak pak soutěžní rozměr (souvislost s hospodářskou soutěží) dán charakterem sjednaných povinností (může jít například jako ve výše citovaném případě o porušení konkurenční doložky sjednané ve smlouvě).

Judikatura potvrzuje i to, že není rozhodné, zda jsou nároky z titulu nekalé soutěže vznášeny z titulu nesplnění smlouvy uzavřené mezi soutěžiteli navzájem či mezi žalovaným soutěžitelem a třetí osobou (typicky spotřebitelem).

V. Z výše uvedeného lze učinit obecnější závěr: porušení soukromoprávních závazků, které souvisí s hospodářskou soutěží a dotýká se soutěžní pozice účastníků těchto závazků, lze postihnout podle generální klauzule proti nekalé soutěži. Česká judikatura – pokud je autorovi známo – doposud porušení smluvní povinnosti v kontextu práva proti nekalé soutěži neřešila. Obecné potvrzení možného souběhu postihů prostředky soukromého a veřejného práva ovšem v naší judikatuře najedeme.

Příkladem může být rozhodnutí Vrchního soudu v Praze R 3 Cmo 253/97²⁰, podle kterého „při zkoumání podmínek naplnění generální klauzule nekalé soutěže není samo o sobě rozhodné, zda tvrzeným jednáním byly či nebyly porušeny předpisy z určitého odvětví práva jiného než té části, která upravuje horizontální vztahy při podnikání, tedy zda jsou porušovány předpisy veřejného práva či práva soukromého, rovněž není rozhodné, zda daná konkrétní oblast práva zároveň upravuje kontrolní mechanismy a prostředky k nápravě včetně sankcí, směřujících k porušovateli těchto předpisů. Rozhodné naopak je, zda tvrzené jednání, které je v rozporu s právními předpisy, má kauzální vztah k hospodářské soutěži a dopad v soutěži. Tedy, zda tvrzené jednání je porušením dobrých mravů soutěže, došlo k němu v rámci hospodářské soutěže a toto jednání je způsobilé vyvolat újmu jiným soutěžitelům či spotřebitelům, tedy zda jsou dány předpoklady kvalifikace jednání podle § 44 odst. 1 obchodního zákoníku“.

Pokud má být porušení smlouvy nekalou soutěží, musí splňovat kritéria generální klauzule proti nekalé soutěže v § 44 odst. 1 ObchZ. Těmito obecnými podmínkami jsou: jednání v hospodářské soutěži, rozpor s dobrými mravy soutěže a způsobilost přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům. Zatímco druhé a třetí kritérium bude porušení smlouvy zpravidla splňovat z povahy věci²¹, problematické bude naplnění základního předpokladu nekalé soutěže, tj. jednání „v hospodářské soutěži“.

Pohled do německé a rakouské judikatury naznačil, za jakých podmínek můžeme mít kritérium „jednání v hospodářské soutěži“ za splněné. Předně tomu bude v případech, kdy je porušení smlouvy v podstatě obchodní strategií soutěžitele. Poškozeným je tak nejen spotřebitel, ale také ten soutěžitel, který ve svých vztazích a v rámci své vlastní soutěže postupuje korektně. Druhým typem případů bude porušení smluv uzavřených mezi soutěžiteli, jejichž obsah se týká soutěže jako ta-

¹⁸ Rozhodnutí ze dne 9. dubna 2002, 4 Ob 10/02b – Tennisshalle. Rozhodnutí je dostupné např. zde: <http://www.ris.bka.gv.at/Judikatur/>.

¹⁹ Dle odůvodnění „so wie dieses Kaufobjekt heute liegt und steht und mit dem gesamten rechtlichen und natürlichen Zugehör“.

²⁰ Cit. Dle Macek, J. Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Praha. C. H. Beck 2000, s. 99.

²¹ Rozpor s dobrými mravy soutěže ovšem bude dán nikoliv samostatně, nýbrž v kombinaci s prvním kritériem (tj. spolu s jednáním v hospodářské soutěži).

kové, resp. účasti v ní. Nekalosoutěžní tak může být porušení smluv kterými se upravuje budoucí (ne)účast na trhu²². To dle názoru autora zahrnuje nejen výše uvedenou konkurenční doložku (řešenou OGH), jež upravovala tržní poměry po opuštění trhu (resp. jeho segmentu). Spadat sem budou také smlouvy, které naopak přístup do soutěže teprve mají poskytnout, a to v nejružnějších možných podobách (např. formou koupě podniku, dohodami o výkonu hlasovacích práv, získáním podílu na významném soutěžiteli, aprobovanými kartelovými dohodami atp.).

²² Samozřejmě za podmínky, že je v souladu s veřejnoprávní úpravou ochrany soutěže.

Summary

Author deals with the question whether breach of contract may be considered to be unfair competition. On the basis of comparison with the German and Austrian practice of the courts the author came to a conclusion that breach of contract, related to the economic competition and affecting competitive position of participants of such contracts, could be prosecuted according to unfair competition regulation stipulated by the Commercial Code. Author formulates conditions of such a paralleling. Special attention is paid to the question of meeting one of the conditions of general clause of unfair competition regulation, i.e. acting in economic competition.