

# INFORMACE PRO PRÁVNÍ PRAXI

## Soutěžní právo: novely a reformy 2008/2009...

Petr Hajn\*

tak se nazývalo symposium, které koncem listopadu 2008 uspořádal Institut pro podnikové a hospodářské právo z Právnické fakulty Univerzity ve Vídni a jehož organizátory byli Prof. Dr. Heinz Krejci a univerzitní asistentka Dr. Susanne Augenhof, LL.M. První den symposia byl věnován právu na ochranu hospodářské soutěže a zabýval se zejména tématem velmi aktuálním – soukromoprávním vynucováním („private enforcement“) povinností, jež vyplývají z tohoto úseku právního řádu. Den druhý byl věnován především právu proti nekalé soutěži. O přednáškách a panelové diskusi k tomuto tématu podávám zprávu v následujících řádcích; zároveň uvádím, co z myšlenek rakouských a německých kolegů lze uplatnit v českém právním prostředí.

Přechodovým můstkem mezi programem prvního a druhého dne symposia byl referát na téma „**Úvahy o vztahu mezi právem kartelovým a právem proti nekalé soutěži z německého hlediska**“, který přednesl Prof. Dr. Volker Emmerich z University v Bayreuthu. Vyjádřil myšlenku, že rozdělení soutěžního práva na dvě větve se samostatnými právními úpravami je podmíněno historicky a není dáno věcnou povahou upravované materie. V konkrétních případech mohou být stále častěji použity obě úpravy souběžně. Vyplývá to z ro-

stoucího významu generálních klauzulí v obou z nich; z akcentu na tzv. „more economic-approach“; z principu svobody hospodářského jednání. Konflikty a kolise mezi oběma větvemi soutěžního práva se podle Emmerichova názoru dají řešit spíše v jednotlivých případech a musí být vedeny snahou co nejlépe naplnit záměry a hodnoty sledované zákonodárcem.

K tomu lze poukázat na úpravu v § 41 českého Obchodního zákoníku (dále „ObchZ“), která je společná pro obě větve obchodního práva a účastníkům hospodářské soutěže přiznává „právo svobodě rozvíjet svou soutěžní činnost v zájmu dosažení hospodářského prospěchu a sdružovat se k výkonu této činnosti“. Zásadní svoboda hospodářského soutěžního jednání je takto výslovně vyzdvižena jako jedna z těch hodnot (Emmerichem obecně zmiňovaných), jež má soutěžní právo chránit i prosazovat. Omezení hospodářské soutěže (v zmíněné české úpravě vyjádřená jako povinnost „dbát právně závazných pravidel hospodářské soutěže“ a jako zákaz „účast v soutěži zneužívat“) jsou vůči principu svobodného jednání až druhotná; taková omezení musí být vždy důkladně zdůvodněna.

Ve vztahu práva na ochranu hospodářské soutěže a práva proti nekalé soutěži by se nemělo uvažovat pouze o jejich kolísích, ale též o jejich souladnosti či –

konkrétněji vyjádřeno – o vzájemné zastupitelnosti. Zkušenosti s českým právem i právní praxí naznačují, že vůči některým jednáním, u nichž může být sporný a někdy i vyloučený postih podle práva na ochranu hospodářské soutěže (uplatní se například pravidlo „de minimis“), se dají uplatnit právní prostředky proti nekalé soutěži. Lze si dobře představit „soudcovskou skutkovou podstatu nekalé soutěže“, která bývá označována jako „zabraňovací soutěž“. Ta kryje širší okruh případů, než je v této souvislosti často zmiňovaný bojkot.

Přední rakouský odborník Profesor Dr. Hans-Georg Koppensteiner z univerzity v Salzburgu se zabýval **novelou rakouského zákona proti nekalé soutěži (dále jen „UWG“), která do rakouského právního řádu transponovala ustanovení Směrnice č. 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu (dále jen „Směrnice“)**. Koppensteiner si povšimnul nového pojetí soutěžní (obchodní) nekalosti ve Směrnici, zejména znaku „jednání v rozporu s náležitou profesionální péčí“. Pokud tento znak byl převzat rakouským zákonodárcem (na základě jeho rozhodnutí) do UWG, musí být toto pojetí uplatňováno nejen ve vztazích mezi obchodními profesionály a spotřebiteli (v bruselské terminologii vztah B2C – „business to consumers“), ale i ve vztazích mezi hospodářskými soutěžiteli navzájem (relace „B2B – „business to business“). Pro české poměry tato úvaha zcela neplatí s ohledem na to, že Směrnice byla do českého právního řádu transponována především prostřednictvím zákona na ochranu spotřebitele. Ve vztazích mezi podnikateli se proto dá uplatnit dosavadní výklad generální klauzule proti nekalé soutěži v § 44 odst. 1 ObchZ. Jestliže by ovšem český soud řešil případ nekalé soutěže, v němž byli dotčeni spotřebitelé (zejména pokud by bylo žalováno ze strany spotřebitelů), musel by se přiklonit k eurokonformnímu výkladu české generální klauzule proti nekalé soutěži.

Takové úvahy a jejich nuance by se daly ještě dlouho rozvíjet (a vydaly by na nejednu vědeckou studii), v praxi však nepůjde o problém příliš složitý. (To platí nejen pro Českou republiku, ale i pro Rakousko). Podává se to již z definice „náležité profesionální péče“. Tu článek 2 písm. h) Směrnice vymezuje jako „úroveň zvláštních dovedností a péče, kterou lze od odborníka ve vztahu ke spotřebiteli rozumně očekávat a která odpovídá poctivým obchodním praktikám nebo obecným zásadám dobré víry v oblasti obchodníkovy činnosti“. Řada neurčitých pojmů v této definici vede k tomu, že konec konců bude v praxi významnější soudní interpretace tohoto textu než text sám. Výsledný výklad se pak nemusí příliš odlišovat od způsobu, jakým byly interpretovány „dobré mravy hospodářské soutěže“; zároveň může obstát leccos z dosavadní judikatury, jež dobré mravy hospodářské soutěže vykládá spíše jako měřítko funkčnosti soutěže nikoliv jako kritérium její etičnosti v obecnějším slova smyslu.

Podnětné byly i Koppensteinerovy úvahy o skutkových podstatách nekalé soutěže, jak jsou v novém znění rakouského UWG přizpůsobeny znění Směrnice. Pokud jde o případy obsažené v tzv. „černé listině“ (v příloze I. ke Směrnici a také v přílohách k rakouskému zákonu i k českému zákonu o ochraně spotřebitele), by mělo stačit pouze zjištění, zda určité jednání odpovídá některému z bodů přílohy, neboť pro uplatnění jejích zákazů již nejsou stanoveny další podmínky. Pokud jsou posuzována agresivní a klamavé jednání, musí být podle Koppensteinerova prokázáno, že tyto praktiky byly schopny vést své adresáty k takovým problematickým hospodářským rozhodnutím, která by za jiných okolností (nebýt oněch praktik) neučinili. Takové posuzování bude ovšem velmi složité (a málo jednoznačné, vezmou-li se v úvahu vědecké poznatky o složité motivaci lidského rozhodování). Koppensteiner vychází z předpokladu že klamavá a agresivní jednání, na něž pamatuje úprava ve Směrnici i národních právních řádech, se vždy dotýkají citelnějším způsobem spotřebitelů (event. soutěžitelů či veřejného zájmu na nezkršené soutěži). Podle tohoto názoru by byl značně omezen dosah tak zvané bagatelní klauzule (vylučuje postih nekalých praktik v případech zanedbatelné újmy a zavádí tak vlastně pravidlo „de minimis“ i do práva proti nekalé soutěži). Tato výjimka by se uplatnila jen u nepojmenovaných případů nekalých obchodních praktik, které by byly posuzovány podle „velké generální klauzule“ ve Směrnici i v národních úpravách, do nichž je Směrnice promítnuta. Nejde však o výklad nesporný. Platí to zvláště pro český právní řád, v němž bagatelní klauzule výslovně obsažena není.

S kritickým odstupem posuzoval Koppensteiner tendenci, při níž se v rozhodovací praxi rozsáhle uplatňuje soudcovská skutková podstata nekalé soutěže označovaná v německé jazykové oblasti jako „Vorsprung im Wettbewerb durch Rechtsbruch“ – získání soutěžního předstihu porušením normy veřejného nebo soukromého práva (tj. jiné normy než bezprostředně vyplývající z UWG). Obecně je tento postup dobře hájitelný, neměl by však být vztahován na případy takového porušení práva, jež spočívá například v daňových únicích, obchodu s drogami či v protiprávním zvyšování kapitálových vkladů, byť i jimi může být získán soutěžní předstih. V českých podmínkách byla zmíněná soudcovská skutková podstata nekalé soutěže uplatňována ve střízlivé míře a již předválečná judikatura zastávala názor, že při její příliš rozsáhlé aplikaci by se právo proti nekalé soutěži stalo svého druhu „nadprávem“. Dnes však půjde o záležitost praktičtější již proto, že Směrnice i s její přílohou byla – jak zmíněno – transponována do zákona o ochraně spotřebitele, tj. do normy veřejného práva. Proto zejména řadu skutkových podstat z „černé listiny“ bude možné (a někdy nutné) v soukromoprávní sporech „přetahovat“ do režimu úpravy nekalé soutěže, což lze uskutečnit pomocí generální klauzule v § 44 odst. 1 ObchZ.

V závěrečné části svého vystoupení Koppensteiner poukázal na současnou rakouskou rozhodovací praxi. Ta ve sporech z nekalé soutěže častěji přitakává právním názorům žalovaných (pokud jsou rozumně hájitelné) nikoliv na základě úvah morálního rázu; činí tak s odvoláním na princip funkční, výkonové soutěže a převládající princip zásadní svobody hospodářského jednání. S ní je neslučitelná dřívější tendence, aby víceznačné texty právní norem byly vykládány stále přísnějším způsobem. Jak jsem již dříve uvedl, výklad „in dubio pro liberate“ umožňuje i ustanovení českého § 41 ObchZ, které však bylo dosti dlouho pokládáno za zcela nezávazné ustanovení proklamativního rázu.

Významný německý vědec i soudce Prof. Dr. Helmut Köhler z univerzity v Mnichově si vybral za téma svého referátu **návrh novely německého zákona proti nekalé soutěži** (dále jen novela německého UWG). Tato legislativní předloha byla již v době symposia v pokročilém stadiu parlamentního projednávání a měla nahradit nedávné nové znění německého UWG z roku 2004. To již obsahovalo některá řešení obsažená ve Směrnici z roku 2005, posléze však bylo shledáno za málo eurokonformní. O převod důsledný a místy i doslovný (nejen pokud se jedná o „černou listinu“) usiluje zmíněná novela. Našince může uspokojit, že změny nedávno vydaných předpisů nejsou pouze českou specialitou. Výklad profesora Köhlera také potvrdil, že i důkladná příprava takových novelizací (a jejich eventuální „technické novely“) nezajistí, že nová ustanovení budou jednotně vykládána a uplatňována. Taková interpretace bude náročná již proto, že bude muset brát v úvahu nejen tuzemskou úpravu, do které byla Směrnice transponována, ale i text a zejména cíle Směrnice samotné, zejména její četná nová řešení věcná i textová (definice, košatý jazyk). Sporné také bude, co použít z dosavadní národní judikatury a co nikoliv, přičemž hrozí nebezpečí, že Směrnice bude vykládána podle dosavadní domácí judikatury, nikoliv naopak. Významná tu bude rozhodovací praxe Evropského soudního dvora, jejíž ustálení a odpovědi na četné otázky lze ovšem očekávat až v průběhu delšího časového období. Ještě jinak vyjádřeno: jestliže transpozici Směrnice do české úpravy v zákoně o ochraně spotřebitele bývá vytýkáno, že si samotné Směrnice nevěšmala všestranně, bude to musit o to důkladněji činit domácí rozhodovací praxe správní i soudní, respektovat rozhodování Evropského soudního dvora a nechat se inspirovat i rozhodovací prací jiných národních soudů.

Chtěje napomoci výkladové praxi, věnoval Köhler značnou pozornost důvodům Směrnice, jejímu vnitřnímu uspořádání (struktuře) a některým obsahovým i slovním novinkám, jež přináší navrhovaná novela německého UWG. Jde zejména o nahrazení pojmu „soutěžní jednání“ výrazem „obchodní jednání“ (v němčině Ersetzung der „Wettbewerbshandlung“ durch den „geschäftlichen Handlung“ – v češtině se uplatňuje pojmová dvojice „jednání v hospodářské soutěži“ a „obchodní

praktika“) a také o skutečnost, že Směrnice i navrhovaná německá úprava se týká též jednání „před obchodní transakcí, v jejím průběhu i po ní“. To jsou i novinky v českém právním řádu obsažené dnes v zákoně o ochraně spotřebitele, jež však své uplatnění mohou a musejí nalézt v právu proti nekalé soutěži.

Závěrečný referát v soukromoprávní části vídeňského symposia přednesla Prof. Dr. Astrid Stadlerová z univerzity v Kostnici. Navázala na jednání prvního dne, kde se většina přednášek zabývala otázkou, jak právo na ochranu hospodářské soutěže vymáhat též pomocí soukromoprávních prostředků (jde o problematiku označovanou jako „private enforcement“). Zabývala se především institutem upraveným v obou větvích německého soutěžního práva (§ 10 UWG a § 34a zákona o omezeních soutěže – „GWB“) a označovaným jako **„odčerpání zisku z protisoutěžního jednání“** (dále jen „odčerpání zisku.“). Tento právní institut bývá řazen mezi prostředky kolektivní ochrany vůči protiprávním soutěžním jednáním. Má především postihovat jednání, která jednotlivým subjektům (zejména spotřebitelům) přinášejí nepatrné újmy; jde však o jednání uskutečňovaná v značném počtu rozptýlených případů. Proto mohou přinést jednajícím značné a nezasloužené zisky a jsou celospolečensky škodlivá.

Dosavadní malou účinnost uvedeného právního nástroje přisuzuje Stadlerová jeho koncepční nejasností – jde prý o právní řešení sui generis, jež není běžným nárokem z civilního deliktu, ani civilním nárokem z bezdůvodné obohacení (to má být vydáno tomu, na jehož úkor bylo získáno). Spíše má charakter preventivního opatření či penálního prvku v soukromém právu. Stadlerová uvažovala (většinou s otázkami) o možných alternativách k tomuto institutu (skupinová žaloba) žaloba na náhradu škody, kterou uplatňují spolky na ochranu soutěžitelů a spotřebitelů (dále jen „spolky“); postoupení nároků na náhradu škody soukromé společnosti; prevence místo odškodnění poškozených; prosazování práva správními úřady („public enforcement“).

Četné jsou i okolnosti, které komplikují odčerpání zisku – ten se odvádí do státního rozpočtu, zároveň je však spojen s procesním rizikem pro vymáhající subjekt, jež nese důkazní břemeno a procesní riziko, má zvýšené nároky na kvalifikované pracovní síly. Obtížně se prokazuje závadné jednání úmyslného charakteru, příčinný vztah mezi takovým jednáním a neoprávněným obohacením i přesná výše tohoto obohacení. Stadlerová doporučuje, aby odčerpání zisku přicházelo v úvahu i při hrubém porušení právních povinností v nekalých obchodních praktikách, aby výši odčerpávaného zisku bylo možné stanovit na základě soudcovského uvážení, aby bylo možné paušalizovat odčerpávanou sumu.

Institut odčerpání zisku celkově považuje Stadlerová za vhodný nástroj pro potírání škod, jež jsou v jednotlivých případech zanedbatelné. Jeho nadějně uplatnění vidí v právu proti nekalé soutěži (a zejména

v oblasti ochrany spotřebitelů). U škod, které již nelze označit za bagatelní, by dávala přednost skupinovým žalobám. Pokud jde o právo na ochranu hospodářské soutěže, považuje za problematickou „dvojkolejnost“ při prosazování práva – tj. prostřednictvím „public i private enforcement“. V úvahu dala možnost, že by právní úprava odčerpání zisku přiznávala spolkům podíl na „vysouzené“ peněžní sumě a zainteresovala je tak na jejím vymáhání, pokryla procesní rizika (náklady, potřebu kvalifikovaného personálu) s tímto vymáháním spojené.

Současnou německou úpravu odčerpání zisku pak Stadlerová označila za „papírové tygry“. Taková charakteristika se dá vztáhnout i na českou úpravu v 54 odst. 1 ObchZ, podle které žaloby na zdržení se jednání a odstranění závadného stavu mohou (a to jen u některých skutkových podstat nekalé soutěže) uplatnit též právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů. Počet takto uplatněných žalob je mizivý, i když procesní riziko a důkazní obtíže jsou u žalob na zdržení se jednání a odstranění závadného stavu podstatně nižší, než by tomu bylo u žalob žádajících peněžité plnění.

Závěrečnou panelovou diskusi (v němčině označena jako „Podiumsdiskussion“) řídil profesor Dr. Heinz Krejci způsobem spojujícím šarm i zasvěcenou znalost problematiky. Dalšími členy panelu byli honorární profesorka Dr. Irmgard Grissová, LL.M. (Harvard) předsedkyně Nejvyššího rakouského soudního dvora (do debaty zasahovala opakovaně a velmi erudovaně), magistra Ulrika Ginnerová z oddělení pro hospodářskou politiku Rakouské zaměstnanecké komory, magistr Hannes Seidelberger, jednatel Ochranného spolku proti nekalé soutěži, a také advokát Magistr. Dr. Pöchhacker, M.C.L.(University of Illinois) ze sponzorské advokátní kanceláře Freshfields Bruckhaus Deringer. Jak se dalo očekávat, ve vystoupení panelistů a dalších účastníků symposia se projevilo zájmové zaměření, dané především jejich místem ve společenské dělbě práce. Jedna část diskutujících kladla v současných i chystaných úpravách, v jejich výkladu i v teoretických proudech důraz na zásadní svobodu marketingových opatření (odůvodněnou též hrozícím či již počínajícím poklesem spotřebitelské poptávky a jejími neblahými hospodářskými důsledky). Někteří účastníci ze soudcovských řad se zmínili o podrobnosti „černé listiny“ nekalých praktik ve Směrnici a národních právních řádech a dovozovali, že již vlastně nebude prostor pro uplatnění „soudcovského práva proti nekalé soutěži“. Vystoupil jsem s příspěvkem právě k tomuto téma a poukázal na to, že právní úpravy nekalých obchodních praktik (včetně „černé listiny“) jsou psány přirozený jazykem, který

není jednoznačný. Musí být proto v jednotlivých případech vykládán. Navíc tvořivost lidí z hospodářské sféry (včetně kreativity zvrácené) si bude vždy hledat způsob, jak se poněkud odchýlit od zdánlivě bezpodmínečných „per se“ zákazů a způsobů jejich vyjádření a dosahovat tak marketingových cílů. Pak se uplatní indikativní způsob rozhodování, běžný právě v rakouské rozhodovací praxi. Podle něj je možné si nejprve všimnout speciálně upravených jednání nekalé soutěže (resp. nekalých obchodních praktik). Pokud na konkrétní jednání nedopadá text těchto úprav, přistoupit k jejich posouzení podle generální klauzule proti nekalé soutěži (nekalým obchodním praktikám), včetně její součásti – klauzule bagatelní. Ta ovšem umožňuje nepostihovat jednání, jež vykazují znaky nekalé soutěže (nekalých praktik), ale újma, kterou působí nebo mohou způsobit spotřebitelům, soutěžitelům i veřejnému zájmu na nezkrácené soutěži, není nijak citelná. Tento názor podpořila například profesorka Grissová, profesor Koppensteiner a i jinak se zdálo, že jde o takový ze společných jmenovatelů různých názorů, na kterém by se dokázala shodnout většina vídeňského symposia. V rozhodovací praxi bude ovšem často sporné, co je a co není „citelnou újmou“. (Vztahuje se to i na praxi českou, kde výslovnou úpravu bagatelní klauzule nemáme.) Uplatní se pak „zlaté pravidlo“ soutěžního práva, podle něhož vše záleží na okolnostech jednotlivého případu resp. přijde ke slovu poněkud cynická verze zmíněného zjištění: nekalou soutěží (nekalou obchodní praktikou) je to, co za nekalou soutěž (nekalou obchodní praktikou) považuje soud nebo správní úřad příslušné instance.

## Summary

The symposium "Competition Law: amendment and reform of 2008/2009...", organized the Institute for business and economic law from the Law Faculty, University of Vienna and was dedicated to law for the protection of competition and addressed the very topical issue in particular - private enforcement duties, resulting of this section of the rule of law and issues of law against unfair competition. Allowance recorded lecture and panel discussion on these issues with indication the ideas of Austrian and German colleagues, can be applied in the Czech legal environment.

\* Prof. JUDr. Petr Hajn, DrSc., katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity