

Nekalé obchodní praktiky mezi podnikateli a smluvní svoboda*

Josef Bejček**

1 Spotřebitel a podnikatel jako objekt paternalismu

1.1 Skutečný (nenormativní, běžný, průměrný) spotřebitel

Obecně se uznává, že spotřebitel je nejen v asymetrickém informačním postavení vůči obchodníkovi (profesionálovi), ale že i představa o jeho racionalitě je pouhá fikce, která snad vyhovuje modelovým účelům některých „volnotržních“ liberálních ekonomů, ale méně už realitě. Běžný spotřebitel¹ se totiž pohybuje v „silovém poli“ různých ekonomických, sociálních, etických, ekologických, psychologických a dalších motivů, jež ani často racionálně nezvažuje a objektivně zvážit nemůže

* Klasika charakterizuje nejen jeho dílo a řada epigonů, ale i zklasičtění toho, jak je vnímán a hodnocen. Myslím, že se již dávno ustálilo i samozřejmé povědomí odborné i širší veřejnosti o panu profesorovi Hajnovi jako o velmi vzdělaném a stále zvědavém a tvořivém člověku, jehož přístup ke světu má daleko k představě „typického“ akademického pozitivistického právníka sajícího svoji „moudrost“ hlavně z paragrafů. Tam - jak známo - již jen kvůli způsobu jejich vzniku moudrost být nemůže a když, tak nanejvýš mezi řádky. Vždy se zajímal o širší souvislosti předmětu svých právnických zájmů a inspiroval se v souvisejících vědních disciplínách, ale i je naopak obohacoval kultivovaným právníctvím - snahou o porozumění širšímu sociálnímu smyslu a podmínkám působení práva. Ovlivnil tím způsob myšlení generací studentů a spolupracovníků. Za to mu patří dík a uznání, které jen symbolicky vyjadřují příspěvky v tomto čísle ČPPVP. Tato stať je součástí řešení výzkumného úkolu, který usiluje též o nadpozitivistický přesah a týká se i širšího předmětu zájmu jubilanta (GA reg. č. : 13-14244S - Princip rovnosti a ochrana tzv. slabší strany).

** Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., je vedoucím Katedry obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

¹ K pojmu srov. např. Hajn, p. Oslabená ochrana spotřebitele? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Obchodněprávní revue*. 2009, č. 2, s. 44 násl.

a vědomě je často ani nezpracovává; jeho rozhodnutí je mnohdy intuitivní.²

Proto se po právu vyžaduje, aby strukturálně co nejvíce omezilo prostor pro iracionalitu spotřebitele a podvodné jednání na straně nabídky. Toho se samozřejmě nedosáhne jen zlepšením informovanosti spotřebitele či možností opatřit si více a lepších informací. Informační zahlcení spotřebitele by vedlo k pravému opaku toho, čeho se chtělo dosáhnout a rozhodování by se stalo ještě obtížnějším. V takových situacích spíše pomohou³ standardizované formuláře, které sice sníží flexibilitu v jednotlivém případě sofistikovaného spotřebitele, ale zvýší ochranu a faktický příklon k racionalitě u spotřebitele průměrného (běžného).

Prodeje v situaci tlaku na spotřebitele je možné řešit osvědčeným způsobem - např. za cenu narušení právní jistoty na straně nabídky uplatnit rozumně dlouhé „ochlazovací období“ po kontraktaci a umožnit spotřebiteli po odeznění tlaku znovu (bez sankce) přehodnotit svoje rozhodnutí a ev. odstoupit od smlouvy.

Zákazem nekalých protispotřebitelských obchodních praktik⁴ se právo pokouší vyloučit nejčastější situace nebezpečné pro svobodné a uvážené rozhodnutí spotřebitele. Nespoléhá přitom na příliš všeobecné obsahové korektivy typu dobrých mravů, které jsou jako subsumpční měřítko

² Běžný či průměrný spotřebitel nemá dost času a prostředků k tomu, aby si zajistil racionální rozhodovací proces. Týká se to často i velmi dobře informovaných, chytrých a vzdělaných spotřebitelů, kteří namísto analytického procesu sklouznou ke zvyku a pocitům. Tradiční standard *caveat emptor* se ve vztahu ke spotřebiteli pokládá za vyšlý z módy. Srov. Incardona, R., Poncibó, C. The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution. *Journal of Consumer Policy*, 2007, 30, s. 21-38.

³ Smith, R., King, S. Does Competition Law Adequately Protect Consumers? *E.C.L.R.* 2007, Nr. 7, str. 412 a násl.

⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu. Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, zejména ustanovení § 1810 a násl.

aplikačně mnohem náročnější a jsou spojovány spíše až s křiklavým (hrubým) rozporem s představou slušného chování.

Ochrana zájmů spotřebitelů prospívá i oprávněným soutěžitelům, neboť je chrání před soutěžiteli, kteří pravidla nedodržují – přispívá se tím k existenci nezkreslené soutěže.⁵ Možnost zmírnění informačního deficitu spotřebitele nebo jeho klamně představy o rozhodovací situaci nezajistí dokonale ekonomickou racionalitu jeho rozhodování, neboť nevyloučí ani časové a materiální náklady na získání informací a ani endogenní zdroje rozhodovací iracionality.

Vztahy mezi podnikatelem a spotřebitelem se pokládají za asymetrické ve své samotné podstatě; zatímco u prvního ze zúčastněných jde o realizaci profesionální existence, druhé straně slouží k ryze soukromým účelům.⁶ Jde o partnery, kteří nedisponují stejnou hospodářskou silou, nejsou stejně znalí práva a nejsou stejně zběhlí v obchodních záležitostech. Hovoří se proto o strukturální mocenské nerovnováze,⁷ tedy o standardní modelové situaci, která má také standardní řešení, jež nepřihlíží ke konkrétní individuální situaci stran.⁸ Situace strukturálně podřízeného spotřebitele není ovšem kompatibilní se zásadou občanskoprávní rovnosti.⁹

Proti tomu se staví model ochrany spotřebitele závislé na situačním kontextu, tedy ochrany závislé nejen na jeho formálním osobním statusu. Odmítá se tedy představa statusově podmíněné podřízenosti spotřebitele bez ohledu na konkrétní situaci a mocenské poměry stran při uzavření a plnění konkrétní smlouvy a zkoumá se, zda podnikatel má nějaké obchodní kompetence ve vztahu ke spotřebiteli a zda ten má dostatečné kompetence k tomu, aby zvládl a překonal situační nevýhody týkající se jeho svobody rozhodování. Jde tedy spíše o subjektivizaci a konkretizaci, a tedy o popření poziční typizace a paušalizace.

⁵ Srov. doporučení (*referral*) č. 7 výše cit. směrnice.

⁶ Srov. Basedow, J. in *Münchener Kommentar BGB*, § 308, 309, C.H.Beck, 6. A., 2012, Rn. 42 a násl.

⁷ Micklitz, H.W. in *Münchener Kommentar BGB*, § 13, 14, C.H.Beck, 6. A., 2012, Rn. 67 a násl. Taková nerovnováha se podle našeho názoru zásadně nevyskytuje u vztahů mezi podnikateli – tam jde vesměs o nerovnováhu situační.

⁸ Je-li např. podnikatelem malý, nekvalifikovaný, chudý a prostý živnostník a spotřebitelem je vysoce vzdělaný a bohatý specialista v oboru, byl by podle tohoto konceptu chráněn on jako strana strukturálně (typově) slabší.

⁹ Tato zásada (u nás v důvodové zprávě k ObčZ popíraná) se v poslední cit. práci ve vztahu k německému občanskému zákoníku konstatuje explicitně.

Kombinovaný model vychází z toho, že ochranná opatření se nelegitimizují pouhým a samotným typickým situačním kontextem. Existence strukturální nerovnováhy ve spotřebitelských smlouvách se chápe jen jako domněnka ospravedlňující potřebu ochrany, ale jen v kontextu s doplněním této potřeby podle specifických situačních okolností. Spotřebitel se tedy nemusí jen kvůli svému formálnímu statusu posuzovat jako strukturálně podřízená smluvní strana.

1.2 Podnikatel (obecný, malý a střední, ev. mikro-), nebo zákazník?

Podnikatel se jakožto profesionál chápe tradičně ve vztahu ke spotřebiteli (B2C) jako ten silnější partner. Ve vztazích mezi profesionály se běžně presumuje zásada rovnosti, nanejvýš korigovaná dobrými mravy a obchodní poctivostí. Nemusí to ovšem odpovídat praxi.

Rozdíly ve vyjednávací síle se však netýkají jen spotřebitelských smluv, ale můžeme se s nimi setkat i ve vztazích B2B a jejich příčiny jsou podobné jako u spotřebitelských smluv (zejm. rozdíl v ekonomické moci, omezená racionalita, informační asymetrie).¹⁰ Přinejmenším se to uznává u tzv. malých a středních podnikatelů.

Aniž se aspiruje na přesné vymezení, kdo do této kategorie spadá,¹¹ volá se po zvláštní ochraně menších podnikatelů s poukazem na jejich zranitelnost až bezmoc ve vztahu k větším podnikatelům, kvůli níž se posvátnost smlouvy stává - spíše než nástrojem k zajištění svobody - nástrojem skrytého útlatku.

Zpochybňuje se východisko, že podnikatelé jednají jako rovný s rovným, že mají lepší zdroje a jsou dobře informováni, a že vzhledem k rovnocennému postavení si mohou vlastní zájmy ochránit sami, a nepotřebují tudíž ochranu typu ochrany spotřebitelské. Výměna názorů a stanovisek v kontraktaci se pokládá za fiktivní; za realističtější nežli utváření obchodní transakce se pokládá jen její zvažování a prověřování jakožto v podstatě hotové věci (zejména díky standardním předpřipraveným formulářovým smlouvám). Je-li tedy smlouva

¹⁰ Srov. Hesselink, M.W. Towards a sharp distinction between B2B and B2C? *Working Paper Series* No. 2009/06, CS ECL, Amsterdam; týž.: Unfair terms in contracts between businesses, *Working Paper Series* No. 2011/07, CS ECL, Amsterdam.

¹¹ Snad proto, že to všichni tak nějak „dostatečně přesně“ tuší. Blíže viz BEJČEK, J. Malí a střední podnikatelé jako slabší strana v hospodářském styku? *Obchodněprávní revue* 2014, č. 11-12, s. 316 - 321.

či obchodní podmínka nepoctivá, nemělo by záležet na tom, vůči komu směřuje.¹²

1.3 Jednotný nebo diferencovaný standard ochrany?

Nastává jistý přesun prvků známých dříve v rámci ochrany spotřebitele (*consumer protection*) k obecnější ochraně obecného zákazníka (*customer protection*). Zpochybňuje se rozdělování „smluvního práva pro soutěž a trh“ a „smluvního práva pro spravedlnost a pro ochranu slabšího“.¹³

Spotřebitelské smlouvy (B2C) a smlouvy obchodní (B2B) se od sebe v možnosti nevyváženého postavení stran deformujícího obsah právního vztahu opravdu nemusí nijak výrazně lišit. I u smluv B2B se totiž dají pozorovat typické znaky smluvní asymetrie, a proto se uvažuje i o podobných metodách ochrany proti nekalým obchodním praktikám.¹⁴ I někteří podnikatelé se mohou ocitnout v závislosti na druhých a uzavírat smlouvy za nerovných vyjednávacích podmínek. Ani informační asymetrie není omezena na vztahy B2C. Ani podnikatelé „neodkládají“ svoje kognitivní a psychologická omezení se svým spotřebitelským statutem a „nenahrazují“ je jinou výbavou ve smluvních vztazích, v nichž vystupují titíž lidé jako podnikatelé.

¹² Srov. Freilich, A., Webb, E. Small Business – Forgotten and in need of Protection from Unfairness? *The University of Western Australia Law Review* 2013, 12, str. 134 a násl.

¹³ Srov. Roppo, V. From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts, *ERCL* 2009, No 3, str. 343, kde se odkazuje na článek A. Plaja: Protezione del contraente debole e retorica della guistizia contrattuale?, *Rivista di diritto civile*, 2008, I, s. 705 a násl. Německá judikatura nedbá na zvláštní ustanovení o zvycích a praxi používaných v obchodních vztazích (B2B podle § 310 odst. 1 BGB), ale použití tzv. šedé nebo černé klauzule pokládá se za nepoctivou vůči každému *zákazníkovi* (nejen vůči *spotřebiteli*), i když zákazník jednal v rámci svého obchodu. Německé soudy tak *via facti* odmítají posuzovat případy odlišně v závislosti na tom, zda strana chráněná právní kontrolou je obchodník nebo spotřebitel. Jednotná kontrola standardu ochrany slabšího tam má podporu i v akademických kruzích. Srov. BGH, VIII ZR 141/06, 19. 9. 2007, BGHZ 174, 1 a násl., cit. podle Drygala, T. Unfair Contract Terms in Business to Business Transactions, in Drygala-Heiderhoff-Staake-Zmij (eds.): *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*, Selier European Law Publishers, GmbH, München 2012, str. 44 - 47.

¹⁴ Srov. Hesselink, M.W., cit. výše (2009), str. 32 a násl.

Navíc vznikají kvůli informačním šumům v korporacích a kvůli dělbě moci mezi orgány a členy orgánů zvláštní korporační formy iracionality. Možnost jiné volby často nemají nejen spotřebitelé, ale ani podnikatelé. Přitom nezáleží na tom, zda jsou malí nebo velcí, ale spíše na tom, zda jsou vysoce specializovaní; závisí proto na *konkrétním* partnerovi.

Požadavek na jednotný standard ochrany proti nekalým obchodním praktikám (NOP) s odkazem na možnost srovnatelných vyjednávacích pozic a možností ve vztazích B2C a B2B je ovšem poněkud marginalizován faktem, že zásadně a ve většině případů se situace v těchto dvou skupinách vztahů přece jen liší. Právo upravuje především hromadně se vyskytující a typové situace. Spotřebitel se chrání především jako slabší strana a tento standard ochrany nemá zásadně opodstatnění ve vztazích B2B. Volnější standard vycházející z ochrany slabšího ve vztazích B2B by byl nedostačující pro vztahy B2C. Diferencovaný standard kontroly by takové obtíže mohl zažehnat a poskytl by flexi-bilnější a předvídatelnější výsledky.¹⁵

2 NOP vůči spotřebiteli (B2C) a mezi podnikateli (B2B)

2.1 Zelená kniha o NOP mezi podniky

Zelená kniha o NOP mezi podniky¹⁶ patrně směřuje k diferencovanému standardu ochrany – míří totiž na užší okruh NOP nežli směrnice o NOP ve vztahu ke spotřebitelům na vnitřním trhu.¹⁷

V Zelené knize vyjadřuje Komise obavy z nerovnovážné situace, do níž se dostávají silnější a slabší strana bez ohledu na to, kdo je dodavatelem a kdo kupujícím. Vydání dokumentu pramenilo z obav ze zvýšené koncentrace a vertikální integrace na trhu, ze vzniku mezinárodních nákupních sdru-

¹⁵ Takový standard se podle poslední cit. autora pokouší zavádět CESL (Common European Sales Law) v čl. 83 a 86. Viz Sdělení Komise Evropskému parlamentu o jednotném evropském právu prodeje COM (2011)636 final. Srov. Drygala v cit. práci, str. 50, str. 45.

¹⁶ Srov. Zelenou knihu o NOP mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinářského a nepotravinářského zboží, COM (2013) 37, z 31. 1. 2013. Ta byla doplněna o shrnutí (*Summary*) odpovědi k této Zelené knize a o Sdělení Komise týkající se nekalých (nepoctivých – *unfair*) obchodních praktik v potravinových řetězcích B2B z 15. 7. 2014 COM(2014) 472 final.

¹⁷ Směrnice 2005/29 ES z 11. 5. 2005.

žení a ze vzrůstu poptávkové moci. Tyto okolnosti podle Komise vedou ke zvýšenému výskytu NOP a nevyvážených obchodních podmínek, které jsou v hrubém rozporu s dobrou obchodní praxí a s poctivostí. Jejich společným znakem je podle Zelené knihy přenos nákladů a podnikatelského rizika na slabší smluvní stranu.

Jak vidno, jde ve skutečnosti o NOP mocných obchodních řetězců vůči dodavatelům při před-smluvních jednáních, které se nakonec promítnou ve smluvních ujednáních. Nejedná se tedy ani o nekalou soutěž či o nedovolené obchodní praktiky v obchodních vztazích, ale o ochranu menších a středních podniků (podnikatelů) proti zneužívajícím smluvním ujednáním.¹⁸

Tyto záležitosti se ve vztazích mezi profesionály řeší vesměs soudně za pomoci korektivů obsahové správnosti smluv (dobré mravy, poctivý obchodní styk, apod.). Nepokrývá je zákaz zneužívajících klauzulí uplatňovaných na příslušném relevantním trhu dominantním soutěžitelem, protože dotčené řetězce dominantního postavení na trhu nedosahují. Dopad takových praktik na funkčnost společného trhu je tedy spíše hypotetický a okrajový nežli zásadní – zpochybňuje se i samotná kompetence EU vydávat tento druh předpisů upravujících poctivost v obchodních vztazích profesionálů.¹⁹

Pokud by se navíc celoevropská ochrana proti nepoctivosti měla vztahovat jen na malé a střední podniky, byla by velmi nepřesně ohraničena, protože jejich vymezení je arbitrární (na rozdíl od konceptu dominantního postavení na trhu). Některé praktiky označené jakožto nekalé *per-se* (a tudíž zakazované) přitom mohou být efektivní a mohou přinášet prospěch spotřebitelům a prospívat i ostré soutěži, která probíhá i prostřednictvím obchodních podmínek.

Paušální a plošné narušení smluvní svobody předpokládanou evropskou právní úpravou při absenci zásadního a věrohodného obecného zájmu se dá stěžet ospravedlnit. Specifická plošná regulace²⁰ by vedla k roztržitému a nesourodostem evropského práva v oblasti antitrustu, nekalé soutěže a smluvního práva, které umožňují jevy avizované v Zelené knize řešit systémově. Vyvolala by navíc zbytečný regulatorní konflikt se soukromou

¹⁸ Srov. Stuyck, J. Verbraucherschutz für KMU? *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherschutzrecht*, 2013, 3, str. 121.

¹⁹ Zelená kniha samozřejmě není právní předpis, ale vyjadřuje přinejmenším právně politický zájem na budoucí právní regulaci.

²⁰ Zamýšlející upravit chování řetězců potravinářských i nepotravinářských, tedy všech.

smluvní autonomií. Regulace obchodních vztahů, které průkazně neohrožují fungování společného trhu, nepatří navíc do působnosti Komise.²¹

2.2 Druhy NOP

Zelená kniha o NOP mezi podniky je ve srovnání se směnicí o NOP ve vztahu ke spotřebitelům 2005/2009 ES méně kazuistická. To nemusí být vůbec výrazem větší liberálnosti, ale i odlišné funkce Zelených knih a směnic. Komise uvedla sedm druhů NOP, která se v mnoha členských státech EU vnímají jako běžný jev.²²

2.2.1 Nejednoznačné smluvní podmínky

se považují za nejběžnější formu nekalých obchodních praktik. Jejich podstatou je, že umožňují „ukládat“ doplňkové závazky slabší smluvní straně.²³ Jasnost, transparentnost a jednoznačnost smluvních formulací není ovšem „jen“ požadavek obchodní poctivosti, ale především konstitutivní znak právního jednání. Evropským nerealistickým plošným opatřením se samozřejmě smluvní strany nemohou vymanit z víceznačnosti formulací psaných přirozeným jazykem a navíc v určitém proměnlivém kontextu. Platí přece běžná výkladová pravidla v případě nejasnosti.²⁴ Požadavek přiměřenosti sankcí je též zakotven v soukromém právu a běžně judikován.

Jednostranné uložení závazku ve smluvním soukromém právu nepřipadá v úvahu - něco jiného je ev. dohoda o změně závazku s odkládací podmínkou. Naše soukromé právo zakotvuje rovněž

²¹ Srov. Hilty, R. M., Henning-Bodewig, F., Podszun, R. Comments of the MPI for Intellectual Property and Competition Law, Munich of 29 April 2013 on the Green Paper of the EU on Unfair Trade Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe Dated 31 January 2013, Com (2013) 37 Final, *IIC* 2013, s. 701 a násl.

²² Přiznává se ovšem nesouhlas části odborné veřejnosti s jakýmkoliv seznamem praktik, protože ty se mají posuzovat případ od případu, resp. se doporučuje sestavit seznam praktik žádoucích, ale na dobrovolném základě – srov. Summary of responses to the European Commission Green Paper „Unfair Trade Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe“, str. 21. Přístupno na http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/summary-of-responses_en.pdf.

²³ Srov. bod 5.1 Zelené knihy.

²⁴ Srov. § 55 a násl. ObčZ.

obecnou ochranu slabší strany, a to i s podnikatelským statutem, proti vytváření nebo zneužití závislosti a k dosažení zřejmé a nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech stran.

2.2.2 Neexistence písemných smluv

Je jasné, že nekalé obchodní praktiky se snadněji uplatňují, pokud se smlouvy neuzavírají písemně, neboť slabší straně chybí trvalý důkaz. Pokládat však za příznak poctivosti obchodního styku písemnost kontraktace je krátkozraké. Může to vést ke zbytečným transakčním nákladům, k prodávám a neefektivnostem. To platí i pro požadavek, aby obsah ústních smluv byl po jejich uzavření potvrzen v písemné formě alespoň jednou smluvní stranou.²⁵

2.2.3 Změny smlouvy se zpětnou účinností

Některé z těchto změn mohou být sjednány korektně a oprávněně, ale samozřejmě by mohly být i nekalé, jestliže nebyly předem dohodnuty s dostatečnou přesností.²⁶ Plošný zákaz takových změn jen proto, že jsou (také, jako ostatně vše) zneužitelné, by byl neopodstatněnou přeregulací.²⁷ Požadavek, aby každá dohoda přesně stanovila okolnosti a pravidla, na základě kterých strany mohou změnit její podmínky, je elementárním soukromoprávním příkazem; při absenci takové dohody se použijí vyvážená zákonná řešení včetně obsahové kontroly správnosti.

2.2.4 Nepoctivé přenesení obchodního rizika

Přenesení rizika na druhou stranu²⁸ je součástí komplexu smluvních ujednání a je mnoha vazbami spojeno s ujednáními o ceně, slevách, pojištění, zárukách, atp. Paušální ambiciózní zákaz soukromoprávního vyvažování, zabrahující zahrnutí alokace rizika mezi parametry obchodní dohody, je nesmyslný.

²⁵ Cit. Zelená kniha, str. 19. ObčZ (§ 559 a násl.) vychází z principu opačného. Sektorově omezený zákon o významné tržní síle č. 395/2009 Sb. v příloze č. 3 stanoví naopak, že smlouva mezi dodavatelem a odběratelem je uzavírána písemně a nelze ji měnit bez písemného souhlasu obou smluvních stran.

²⁶ Pak by ovšem platilo to, co bylo řečeno k bodu 2.2.1.

²⁷ Kdyby se mělo zakazovat vše zneužitelné, nesmělo by se v důsledku vůbec nic. Zneužití práva je přece exces, na který jsou stanovena zvláštní pravidla používaná případ od případu.

²⁸ Jako např. i to, že odpovědnost za ukradené zboží se uplatní v plném rozsahu k tíži dodavatele.

Hovoří se proto jen o „nepoctivém“ přenesení rizika. To je ovšem otázka vlastních standardů smluvních stran a navýsost soukromoprávního posouzení v jednotlivém případě. Týká se to i např. poplatků za propagaci a dopravu, za služby spojené s používáním místa na regálech, atd., které mohou být nezávadné, ale i nepřiměřené a zneužívající.²⁹ Soudy a jiné orgány by neměly nahrazovat svobodnou koordinaci zájmů smluvních stran, projevující se i v distribuci a alokaci rizika. Excesy se běžně eliminují prostřednictvím antitrustového práva, práva proti nekalé soutěži a práva smluvního včetně tradiční judikatury.

2.2.5 Nepoctivé používání informací

Tvrzení, že ani oprávněné požadavky smluvní strany na určité informace o nabízených výrobcích by neměly vést k vyvinutí vlastního konkurenčního výrobku, který by slabší stranu připravil o výsledky její inovace, je všeobecné. Antitrustové právo řeší tuto otázku speciálně.³⁰ Další praktiky z této kategorie (odepření podpisu dohody o důvěrnosti údajů nebo nedodržení důvěrnosti) jsou zase podchyceny úpravou soukromého práva smluvního, resp. práva proti nekalé soutěži.

2.2.6 Nepoctivé ukončení obchodního vztahu

Uznává se, že ukončení vztahu je součástí podnikatelského života; nicméně by se nemělo používat jako prostředek k šikanování smluvní strany (náhlé a neodůvodněné ukončení bez přiměřené výpovědní lhůty). Korektnost (spravedlivost) ukončení smluvní spolupráce se však opět řeší dostatečně v právu antitrustovém a v obecném právu smluvním, a to striktně na individuální a kontextové bázi (obchodní poctivost, dobrá víra a oprávněné očekávání, návratnost investic, atp.).

²⁹ Jakési „maximy“ obchodní poctivosti, které se uvádějí (tamtéž – Zelená kniha, str. 19 – 20), totiž že smluvní strany by se neměly pokoušet „nenáležitě“ přenést své riziko na druhého, nebo že úplaty za „oprávněné“ služby by měly odpovídat jejich hodnotě, či že strany by nikdy neměly požadovat platbu za neposkytnuté zboží nebo služby, a že by neměly požadovat platby zjevně nepřiměřené hodnotě či nákladům poskytnuté služby, jsou právně redundantní a patřily by spíše do dobrovolného etického kodexu.

³⁰ Nařízení o blokových výjimkách ze zákazu dohod omezujících soutěž při přenosu technologií, nebo judikatura ke zneužití dominantního postavení podle čl. 102 SFEU.

2.2.7 Teritoriální omezení nabídky

Tato praktika může bránit obchodníkům v přeshraničních nákupech stejného zboží z centrálního místa a v jeho distribuci do jiných členských států. Teritoriální omezení umožňují fragmentaci trhu mohou vést ke značně rozdílným velkoobchodním cenám mezi jednotlivými zeměmi. Je-li ovšem nepříznivě ovlivněn obchod na společném trhu, působí protikartelové právo včetně úpravy vertikálních omezení. Označit však tuto praktiku paušálně jako nekalou³¹ je neadekvátní. Důvodem legitimních teritoriálních omezení nabídky může být třeba³² zabezpečení dodávek na místní trh; obrana před parazitováním distributora na marketingových aktivitách jiného; ochrana investice distributora při vstupu na nový trh; dosažení úspor z rozsahu díky omezenému počtu distributorů; zájem na kvalitativním standardu pro distributory, aj.

Závěrem³³

Snahu zabezpečovat poctivost a přiměřenost obchodních podmínek ve vztazích mezi podnikateli centrálně, mimosektorově a celoevropsky vidím kriticky. Jde o druh nadbytečné regulace, na rozdíl od sjednocení náhledu na nekalé obchodní praktiky ve vztahu ke spotřebitelům, které je příspěvkem k vytvoření jednotného standardu tzv. práva spotřebitelského. Vedlo by k nesoudržnosti již existujících nástrojů, které funkčně a s větší selektivitou pokrývají to, co by hodlala ambiciózní Zelená kniha podchytit plošně, ale za cenu zbytečných omezujících intervencí do soukromé smluvní autonomie.

Ani tv. faktor strachu údajně bránícího tomu, aby se slabší subjekty zasazovaly o svoje práva formou soukromoprávní ochrany, se paternalismem státu či EU neodstraní.³⁴ Skutečně slabší strana si

³¹ To může nastat v případě, že se na jednom trhu prodává pod náklady při křížovém financování z jiných trhů.

³² Srov. cit. Summary, str. 23.

³³ Sluší se omluvit jubilantovi, že závěr přichází dříve, nežli by z logiky příspěvku článku přijít měl, ale ostatní v řadě gratulantů jsou na tom podobně. Pominuty byly zejména konkrétní a funkčně plnohodnotné nástroje soutěžněprávní a smluvně právní ochrany včetně obecné ochrany slabší strany a dále specifické problémy úpravy tzv. významné tržní síly.

³⁴ Ani dnes neztratily svůj étos vzletně formulované myšlenky Dr. Rudolfa Iheringa z r. 1872 (Boj za právo, Nákladem vydavatele „Rozhledů“ Jos. Pelcla, V Praze 1897): „Odpor proti mrzkému, samu osobu k odporu vybízejícímu bezpráví jest povinností oprávněnce k sobě samému, neboť jest příkazem mravního sebezachování“

nedovolí namítat proti silnější a nevyužije oportunisticky ani „deštník“ veřejnoprávní regulace jako součást boje s konkurenty. Chránit veřejnoprávními prostředky bychom měli z dobrých důvodů především soutěž a spotřebitele. Obecně slabší (včetně menších podnikatelů) necht' se chránit soukromoprávními cestami.

Summary

The relationship between an entrepreneur (businessperson) and a consumer (B2C) is usually considered to be asymmetric due to its very substance. It is termed as structure-based power imbalance. Important difference in bargaining power may nevertheless occur in B2B relations, too; it concerns at least small and middle-sized entrepreneurs (SME). The reasons thereof are similar – different economic power of contracting parties, limited rationality, and information asymmetry. Therefore, general customer protection (instead of consumer protection) against unfair trade practices is being considered.

European Commission has issued Green Paper „Unfair Trade Practices in the Business-to Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe“ in 2013. It concerns B2B relations and aims at covering all supply chains regardless of food supply sector. Several unfair practices are indicated (retroactive misuse of unspecified, ambiguous or incomplete contract terms; excessive and unpredictable transfer of costs or risks to the counterparty; unfair use of confidential information; unfair termination or disruption of a commercial relationship).

The article critically comments this attempt to safeguard the fairness and proportionality of commercial terms by means of centrally aimed, EU-wide and across-the sectors intended public law measures. It might endanger the coherence of the existing and well-working selective tools and the private law autonomy of contracting parties. Public law means should be used in protecting competition and consumers. The protection of generally weaker party should be accomplished by private law means.

(str. 28). „Hájení práva jest zároveň povinností ku společnosti.“ (str. 48). „Také na půdě soukromého práva jedná se o boj práva proti nepravu, o společný boj celého národa, ve kterém všickni pevně musí státi k sobě; také zde dopouští se každý prchající zrady na společné věci, neboť posiluje moc odpůrcovu, zvyšuje jeho odvážlivost a smělost“ (str. 50). Rozšíření kolektivních či reprezentativních žalob proti nekalým obchodním praktikám by mohlo k naplnění „boje za právo“ určitě přispět, ale to je jiná kapitola.