



MASARYKOVA UNIVERZITA PRÁVNICKÁ FAKULTA

Josef Bejček

SMLUVNÍ SVOBODA A OCHRANA SLABŠÍHO OBCHODNÍKA

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

IURIDICA
Editio Scientia

vol. 557

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY
MASARYKOVY UNIVERZITY

řada teoretická, Edice Scientia
svazek č. 557

SMLUVNÍ SVOBODA A OCHRANA SLABŠÍHO OBCHODNÍKA

Josef Bejček

Masarykova univerzita
Brno 2016

Vzor citace:

BEJČEK, Josef. Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2016. 516 s. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická, Edice Scientia, č. 557. ISBN 978-80-210-8185-7.

Katalogizace v knize – Národní knihovna ČR

Bejček, Josef

Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka / Josef Bejček. – 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2016. – 516 stran. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity ; řada teoretická, edice Scientia, svazek č. 557. ISBN 978-80-210-8185-7

347.7* 347.417*

- obchodní právo
- smluvní volnost
- monografie

347.7 – Obchodní právo. Finanční právo. Právo průmyslového vlastnictví. Patentové právo. Autorské právo [16]

Publikace je výstupem projektu GA 13-1424S „Princip rovnosti a ochrana tzv. slabší strany v podmínkách ekonomické nerovnováhy a informační asymetrie podnikatelů prostředky veřejného práva“ a byla zpracována za finanční podpory Grantové agentury České republiky.

Recenzentka: prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.

© 2016 Josef Bejček

© 2016 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-8185-7

OBSAH

PŘEDMLUVA	11
SEZNAM ZKRATEK	13
ÚVOD	15

1 SMLUVNÍ SVOBODA – ROVNOST STRAN, NEBO OCHRANA SLABŠÍHO?	23
1.1 Zásada rovnosti nerovných.....	23
1.2 Smluvní svoboda jako výraz soukromoprávní autonomie vůle a ochrana slabšího	27
1.3 Pojem slabší strany a její identifikace	35
1.3.1 Spotřebitel jako slabší strana.....	37
1.3.2 Podnikatel jako slabší strana	40
1.3.3 Zvláštní soukromoprávní „protorežim“ pro malé a střední podnikatele	43
1.3.4 Kritéria příslušnosti ke skupině malých a středních podniků	44
1.3.5 Funkce zvláštních úprav pro malé a střední podnikatele	45
1.3.6 Souběh „slabšího“ s „malým nebo středním podnikatelem“	46
1.3.7 Vnitřní kategorizace malých a středních podnikatelů.....	47
1.3.8 Širší rámec režimu malých a středních podnikatelů	47
1.3.9 Jednotný standard ochrany pro nehomogenní skupinu malých a středních podnikatelů?.....	49
1.4 Přednost obecné ochrany slabší strany	51
1.5 Generální klauzule soukromoprávní ochrany slabšího a důsledky jejího porušení.....	52
1.5.1 Skutková podstata podnikatelského zneužití silnější pozice.....	52
1.5.2 Dvojitý statusový režim	54
1.5.3 Neúměrné zkrácení a lichva.....	56
1.5.4 Ochrana slabšího jako generální klauzule.....	58
2 ROVNOST A ZÁKAZ DISKRIMINACE	61
3 VYJEDNÁVACÍ SÍLA	67
3.1 Pojem vyjednávací síly	67
3.2 Tržní moc a vyjednávací síla	71
3.3 Pojmoslovná kritika.....	75
3.4 Druhy vyjednávací síly.....	80

3.5	Předpoklady vyjednávací síly	82
3.5.1	Mocenská nerovnováha.....	84
3.5.2	Informační asymetrie.....	86
3.5.3	Asymetrie skutečná a tvrzená.....	88
3.5.4	Další zdroje vyjednávací síly.....	92
4	MONOPSON, KUPNÍ SÍLA A EKONOMICKÁ ZÁVISLOST.....	95
4.1	Definice kupní síly.....	95
4.2	Příčiny a možné projevy vyšší síly na straně poptávky.....	103
4.3	Zvláštní regulace subdominantní tržní síly na straně poptávky v podmínkách oligopsonu i polypsonu.....	106
4.3.1	Nebezpečí poptávkové tržní převahy.....	108
4.3.2	Rozdíly v působení monopsonu (oligopsonu) a monopolu (oligopolu) na trhu.....	115
4.4	Ekonomická závislost.....	120
4.5	Využití a zneužití tržní moci, vyjednávací síly a ekonomické závislosti.....	123
4.6	Dílčí závěry.....	126
5	OBSAHOVÁ A PROCEDURÁLNÍ KONTROLA SPRÁVNOSTI SMLUV.....	131
5.1	Spravedlnost a ochrana slabší smluvní strany.....	131
5.2	Některá hlediska obsahové spravedlnosti v distribuci prostřednictvím obchodních řetězců	135
5.2.1	Poplatky za „zalistování“ společnosti (listing fees)	137
5.2.2	Zpoplatnění účasti na tzv. promočních akcích	138
5.2.3	Zpoplatnění nově zavedeného výrobku (zaváděcí ceny).....	138
5.2.4	První dodávka zdarma.....	138
5.2.5	Nejlepší nákupní ceny a množstevní bonusy	138
5.2.6	Splatnost faktur.....	139
5.2.7	Umístění výrobku.....	139
5.2.8	Dodatečné jednostranné změny a úpravy obchodních podmínek a další sporné požadavky	140
5.3	Asymetrie v obchodních vztazích jako důvod obsahové kontroly smluv	142
5.4	Obsahová kontrola smluv a adaptace prodejců na nové podmínky distribuce	145

6 NEKALÉ OBCHODNÍ PRAKTIKY MEZI PODNIKATELI JAKO FORMA ZNEUŽITÍ SILNĚJŠÍ VYJEDNÁVACÍ POZICE.....	147
6.1 Dopad vyjednávací převahy na trh, konkurenty a spotřebitele	148
6.2 Využití a vykořisťovatelské zneužití silnější vyjednávací pozice	152
6.3 Zdánlivý cílový konflikt mezi ochranou soutěže, spotřebitelským blahobytem a blahobytem malých a středních podniků.....	159
6.4 Zákonné standardy nekalosti obchodních praktik používaných vůči spotřebitelům a vůči podnikatelům	164
6.4.1 Spotřebitel a podnikatel jako objekt paternalismu	164
6.4.2 Podnikatel a zákazník.....	166
6.4.3 Jednotný nebo diferencovaný standard ochrany	167
6.4.4 Nekalé obchodní praktiky vůči spotřebiteli (B2C) a mezi podnikateli (B2B)	168
6.4.5 Druhy nekalých obchodních praktik	170
6.4.6 Oprávněnost diferenciacce ochrany	173
6.4.7 Specifická sektorová ochrana.....	177
6.5 Etické autoregulační standardy - iniciativa „férový obchod“	180
6.6 Svoboda a poctivost při mocenské nerovnováze smluvních stran	186
6.7 Soukromoprávní možnosti řešení „poctivosti“ obchodních podmínek.....	188
6.8 Procedurální poctivost standardních obchodních podmínek.....	191
6.8.1 Pojem a podstata	191
6.8.2 Způsob vzniku a působnost obchodních podmínek	195
6.8.3 Všeobecné a statusově rozlišené obchodní podmínky	196
6.8.4 Funkce obchodních podmínek.....	201
6.8.5 Kolize obchodních podmínek	204
6.8.6 Změna podmínek a jejich rozpor.....	207
6.8.7 Právně-politická a ekonomická hlediska hodnocení konfliktu obchodních podmínek.....	210
6.8.8 Změna obchodních podmínek	213
6.8.9 Překvapivost obchodních podmínek.....	215
6.9 Úprava adhezní kontraktace jako procedurální nástroj korekce slabšího postavení.....	219
6.9.1 Podstata adhezní smlouvy	219
6.9.2 Adhezní a individuálně sjednané smlouvy.....	220
6.9.3 Adhezita celková a částečná.....	223
6.9.4 Právní důsledky adhezní kontraktace	226

6.10 Veřejnoprávní možnosti.....	231
6.10.1 Nízké nákupní a prodejní ceny podle zákona o cenách	232
6.10.2 Pokusy o veřejnoprávní omezení významné tržní síly a ekonomické závislosti.....	236
6.10.3 Dílčí hodnocení vhodnosti plošné veřejnoprávní mocenské intervence do ekonomického vztahu podnikatelů	240
7 REGULACE VÝZNAMNÉ POPTÁVKOVÉ SÍLY.....	245
7.1 Ekonomický kontext.....	245
7.2 Mezinárodní kontext.....	250
7.2.1 Maďarsko.....	252
7.2.2 Litva a Lotyšsko.....	253
7.2.3 Spojené království	254
7.2.4 Spojené státy americké.....	255
7.2.5 Rakousko	256
7.2.6 Německo.....	257
7.2.7 Portugalsko.....	262
7.2.8 Slovensko.....	265
7.2.9 Španělsko	269
7.2.10 Francie.....	271
7.2.11 Itálie	273
7.2.12 Japonsko	275
7.2.13 Shrnutí.....	276
7.2.14 Přehledné srovnání přístupu k regulaci maloobchodních řetězců	281
7.3 Česká úprava významné tržní síly	316
7.3.1 Ochranný účel zákona o významné tržní síle.....	316
7.3.2 Možné překryvy tzv. významné tržní síly s jiným tržně pozicním statusem.....	320
7.3.3 Kvalifikovaná subdominance.....	324
7.3.4 Jednostranně nevýhodné podmínky.....	326
7.3.5 Nejasná věcná pravomoc ÚOHS.....	329
7.3.6 Možné soutěžní dopady velké kupní síly	331
7.3.7 ZVTS 2009 a jeho novela.....	336
7.3.8 Právně politická opodstatněnost úpravy.....	341
7.3.9 Tzv. faktor strachu.....	344
7.4 Významná tržní moc jakožto objektivní postavení na trhu.....	345
7.5 Některé další problémové dopady novelizace ZVTS	346
7.5.1 Forma smlouvy	346
7.5.2 Diskrece správního orgánu a vybavenost k jejímu uplatňování.....	349
7.5.3 Cena a jiné povinné náležitosti kupních a souvisejících smluv	350
7.5.4 Nákupní aliance a další účastníci vztahu.....	359
7.5.5 Generální klauzule zneužití významné tržní síly.....	364

7.5.6	Demonstrativní skutkové podstaty zneužití významné tržní síly.....	366
7.5.6.1	<i>Nerovnovážné podmínky</i>	366
7.5.6.2	<i>Neekvivalentní plnění</i>	368
7.5.6.3	<i>Konečná výše ceny</i>	370
7.5.6.4	<i>Přijetí zboží do podeje a jeho umístění</i>	370
7.5.6.5	<i>Doba splatnosti</i>	372
7.5.6.6	<i>Právo na vrácení zboží</i>	374
7.5.6.7	<i>Refundace sankce</i>	379
7.5.6.8	<i>Diskriminace prodávajícího</i>	381
7.5.6.9	<i>Kontrola dodavatele</i>	387
7.5.6.10	<i>Nedbání na výsledky úředních kontrol</i>	390
7.6	Dílčí závěr.....	391
8	OCHRANA DODAVATELŮ POTRAVIN JAKOŽTO TZV. STŘEDNÍCH A MALÝCH PODNIKŮ	399
8.1	Obecné důvody pro a proti zvýhodnění malých a středních podniků.....	399
8.2	Malí a střední dodavatelé potravin.....	404
9	VÝZNAMNÁ TRŽNÍ SÍLA A ANTITRUSTOVÉ ZÁKAZY	409
9.1	Rozdílné ochranné účely a jejich vztah	409
9.2	Některé dílčí souvislosti substantivní antitrustové regulace a úpravy tzv. významné tržní síly.....	416
9.2.1	Souběh zneužití dominance a zneužití „významné tržní síly“.....	417
9.2.2	Obchodní aliance a dohody o cenách	420
9.2.3	Vymezení relevantního trhu a ekonomická závislost.....	426
9.2.4	Předcházení koncentraci na straně poptávky?	429
9.3	Zvláštní pravidla pro malé a střední podniky?	432
9.4	Věcná a právní hlediska přístupu k „sebeobranným“ bagatelním kartelům	434
9.4.1	Problém formy úpravy (právní předpis versus metodické sdělení).....	435
9.4.2	Některé důsledky odklonu od zákonné úpravy zanedbatelnosti kartelů a příklonu k „regulaci metodikou“.....	438
9.4.3	Tzv. prioritizace.....	441
9.5	Dílčí závěr.....	443
9.6	Kartely „cílové“ a „dopadové“	443

9.6.1	Právně politické zdůvodnění	445
9.6.2	Doktrína pouhé nebezpečnosti jednání a jeho skutečného dopadu v aktuální evropské kasuistice	446
9.6.2.1	<i>Případ Expedia</i>	446
9.6.2.2	<i>Případ Bankovní karty</i>	448
9.6.2.3	<i>Případ Intel</i>	450
9.6.3	Dílčí závěr.....	452
9.7	Možnost obrany malých a středních podnikatelů bagatelní kartelizací.....	453
9.7.1	Cílové kartely dodavatelů obchodních řetězců	453
9.7.2	Zákonná výjimka z prodejních kartelů?	454
9.8	Závěry k antitrustové obraně malých a středních podnikatelů proti zneužití tržní moci.....	457
10	CELKOVÉ ZÁVĚRY	459
SUMMARY		473
LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE.....		483

PŘEDMLUVA

Každá kniha se nějak nazvat musí. Název žádné jen trochu rozsáhlejší práce není nikdy přesný a je spíše jen základním orientačním heslem. I název této studie vyjadřuje spíše jen oblast, v níž se moje úvahy pohybují.

Jsem si vědom, že název publikace zní ambiciózněji, nežli by odpovídalo jejímu skutečnému obsahu. Nebudu snad podezírán, že volba názvu knihy byla vedena nezdařenou snahou o její marketingovou zajímavost – ten název je skutečně i tak dosti suchopárný a málo atraktivní i přes svoji víceslibnost, ale na druhé straně je (v souladu se základním vyzněním tématu) férový a chrání případného „slabšího zájemce“ o přečtení před zklamáním, protože název knihy ani v nejmenším nepředstírá nějaký šťavnatý obsah. Navíc je tato kniha výstupem grantu Grantové agentury, a má proto limitovaný náklad a z podstaty věci ani nesmí být komerčně využita. Zvolený název nekomerčnost ještě zdůrazní.

Pro všechny případy a jako ústupek akademickému pedantismu onen stravitelnější a údernější název aspoň na tomto místě přece jen doplňuji o formálně zužující (byť obsahově význačný a alibistický) dovětek „...*některými* obecnými a specifickými nástroji soukromého a veřejného práva“.

Studie vznikala s přetřkami několik let. Postupně jsem zkoumal vybrané aspekty a obecnější souvislosti problematiky rovnosti a ochrany slabšího především v obchodním styku. Jednotlivé dílčí výstupy jsem připravoval již se záměrem později je použít v závěrečné monografii a publikoval jsem je v odborných časopisech a jako kapitoly knih v tuzemsku i v zahraničí. Hodnotící metodika Grantové agentury ostatně ani jiný postup prakticky neumožňuje, neboť lpí na průběžném kvantifikovatelném úspěchu a na produktivitě řešení grantového projektu, spočívající v každoročním vykazování publikačních výstupů. Výhodou pro autora je předběžná oponentura a případný včasný kritický ohlas odborné veřejnosti; nevýhodou pro případného čtenáře pak snížený podíl toho skutečně *objektivně* nového v závěrečné publikaci.

Na svoje vlastní dřívější dílčí publikace k tématu odkazuji vesměs zcela konkrétně v textu. Pro případ, že by mi něco uniklo (a jako oběť modernímu

masochisticko-oxymorónickému strašákovi tzv. autoplagiátorství) prohláší, že podstatná část této knihy je shrnutím dříve publikovaných výstupů téhož grantového projektu a aktualizovaných, doplněných a zčásti přeformulovaných názorů; tyto výstupy jsou uvedeny v seznamu použité literatury.

Řadu souvisejících otázek jsem nestihl probrat z kapacitních důvodů, některých souvislostí jsem si vlastní vinou nepochybně nepovšimnul a některé možná naopak zveličil, a jiným neporozuměl dostatečně nebo vůbec a některé snad i odhalil nebo vysvětlil. Budu vděčen za jakoukoliv reakci a připomínku (bejcek@law.muni.cz).

Za podporu a trpělivost děkuji svým milým kolegyním a kolegům z katedry obchodního práva Právnické fakulty MU v Brně a svým blízkým, a především té nejbližší.

SEZNAM ZKRATEK

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, všeobecný zákoník občanský
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (německý občanský zákoník)
BKartA	Bundeskartellamt (spolkový soutěžní úřad)
B2A	business to anybody
B2B	business to business (oboustranný obchodní vztah)
B2C	business to consumer (jednostranný obchodní vztah)
B2G	business to government
CenZ	zákon 526/1990 Sb., o cenách, ve znění pozdějších předpisů
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DZ	důvodová zpráva
ECLR	European Competition Law Review
ERCL	European Review of Contract Law
EnerZ	zákon č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon)
EU	Evropská unie
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, německý zákon proti omezení soutěže
HDP	hrubý domácí produkt
NOP	nekalé obchodní praktiky
ObčZ	zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

ObčZ 1964	zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
ObchZ	zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
OJ	Official Journal
PECL	Principles of European Contract Law
PMÚ SR	Protimonopolný úrad Slovenskej republiky
PoštSI	zákon č. 29/2000 Sb., o poštovních službách
RPM	<i>resale price maintenance</i> (vertikální cenová fixace)
SDEU	Soudní dvůr Evropské unie (dříve Evropský soudní dvůr)
SES	Smlouvy Evropských společenství
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
ÚOHS	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZOHS	zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně a doplnění některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů
ZVTS	zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití, ve znění zákona č. 50/2016 Sb.
ZVTS 2009	zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití (v původním znění)

ÚVOD

Publikace se nejprve věnuje základním a obecným otázkám vztahu rovnosti a ochrany slabší smluvní strany v obchodních vztazích mezi podnikateli a srovnání s jinými soukromoprávními vztahy. Je to nutné východisko k tomu, aby mohla dále zkoumat vnější normativní a individuálně rozhodovací zásahy do smluvní svobody podnikatelů v situacích jejich nerovného postavení, informační asymetrie a skutečné či domnělé ekonomické závislosti a navrhnout případná právně politická doporučení pro legislativu a interpretaci práva.

Ve vztazích mezi podnikateli se zásadně a tradičně vychází z jejich rovného postavení. Tato formální rovnost je však v řadě případů fiktivní. Právní regulace používá východiska, která často nejsou podložena věcně a zavádí hlediska informační asymetrie a ekonomické závislosti i do vztahů mezi obchodníky, a to se zvláštním zřetelem k zájmům tzv. malých a středních podniků. Právní ochrana slabšího v podnikatelských vztazích je ovšem velmi delikátní zásah do smluvní autonomie a do autoregulačního a selekčního působení trhu. Může se zvrtnout v diskriminaci původně silnějšího partnera, poškozující soutěž a v konečném důsledku i spotřebitele. Děje se tak např. zákony cenovými, antitrustovými, předpisy o ekonomické závislosti, nepřímo i zákony spotřebitelskými a rozhodnutími soudů a správních orgánů.

Udržení soutěžního prostředí péčí státu je přitom nejúčinnější *systémovou* pojistkou proti neúměrné moci *kobokoliv* (včetně nositelů tzv. významné tržní síly) a proti oklešťování svobody (kohokoliv, včetně tzv. slabších partnerů).¹ Soutěž představuje jeden ze dvou základních typů utváření společenských vztahů při výrobě a rozdělování hospodářských hodnot a výkonů (vedle plánování a organizace). Trh, na němž soutěž probíhá, je anonymní, autonomní

¹ Jak konstatoval klasik ordoliberalismu, „soutěž je ten nejvelkolepější a nejgeniálnější nástroj ke zbavení moci.“ BÖHM, F. Demokratie und ökonomische Macht. In: *Kartelle und Monopole im modernen Recht*. C. F. Müller, 1961, s. 22.

a decentralizovaný koordinační mechanismus umožňující každému jednotlivci vytvářet si vlastní plány bez předchozího vytyčení společného cíle.²

Ve svém důsledku je tedy státní dozor nad zachováním soutěžního prostředí ochranou nejen pro soutěžitele, ale i pro spotřebitele. Hospodářská soutěž není sama sobě cílem, ale tím, že vede k optimální nedirektivní alokaci zdrojů, k minimalizaci nákladů a cen a k celkové společenské prosperitě, je předpokladem blahobytu spotřebitelů. Ten je tedy konečným důsledkem (funkcí) soutěže. Soutěž se ostatně považuje za „spotřebitelova nejlepšího přítele“.³

Jako zvlášť vyhrocený se tento problém tvrzené nedostatečnosti ochrany soutěže v posledních letech projevil ve vztazích mezi dodavateli potravin a maloobchodními distribučními řetězci, a to nejen u nás, ale i v zahraničí a v Evropské unii. Na straně nabídky potravinářských výrobků dlouhodobě panuje určité postojoyé klišé, že maloobchodní distribuční řetězce představují zhoubu pro malé podnikatele a pro pestrost nabídky, a že řetězce zneužívají své kupní síly. Využití a zneužití ekonomické síly přitom dělí jen velmi tenká, subjektivně různě vnímaná a kontextuálně klouzavá hranice.

V podobných konstelacích se inovace velkého řádu⁴ setkávají nepřekvapivě s podobnými výhradami, opodstatněnými objektivně, ale i se stížnostmi motivovanými pouze nebo převážně zájmově.⁵

² Zákony na ochranu hospodářské soutěže mají tedy i další odvozený účel - posílení právní jistoty soutěžitelů, omezení diskreční pravomoci státních orgánů v zájmu hodnoty (svobodné hospodářské soutěže), jejíž potlačení *ad hoc* se může zdát i státní moci výhodné, ale které je z dlouhodobého hlediska pravděpodobně škodlivé veřejnému zájmu. Tím se chrání zprostředkovaně i *individuální* zájmy soutěžitelů a spotřebitelů. Funkční propojení s převážně soukromoprávními normami na ochranu poctivé soutěže je tu zřejmé - soutěživost jako přirozená vlastnost člověka (srov. HAJN, P. *Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 14 a násl.) totiž vůbec neznamená, že je přirozeným lidským sklonem či dispozicí vůle obchodovat svobodně, volně a poctivě.

³ Srov. SCHUMACHER, W. *Verbraucher und Recht in historischer Sicht*. Wien: Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1981, s. 93.

⁴ A zásadní změna maloobchodní distribuce (nejen potravin) a s ní spojeného spotřebního chování lidí inovací zásadního charakteru nesporně představuje.

⁵ Nesporně oprávněné výhrady podobného druhu zněly u nás např. v předválečné minulosti ze strany ekonomicky utlačovaných a existenčně ohrožených malovýrobců obuvi po zavedení masové a efektivní baťovské pásové velkovýroby. Co bylo pro rozšíření masového blahobytu spotřebitelů nakonec přínosnější, je při zpětném pohledu evidentní. Domnívám se, že tvrdá ekonomická realita se nakonec prosazuje bez ohledu na určité „vedlejší škody.“

Myšlenka o nutnosti nějak specificky regulatorně reagovat na nevyvážené smluvní vztahy v odvětví rezonovala i na úrovni nejvyšších orgánů EU ve formě různých právně politických deklarací. Některé plošnější a průřezové problémy (typu nekalých obchodních praktik) našly úpravu v evropské směrnici. U některých jiných a specifičtějších otázek (jako je zneužívání významné kupní síly, jednostranné změny obchodních podmínek, omezení přístupu na trh, nedostatečná transparentnost cenových dohod, dělba marže ve vertikále mezi dodavatelem a distributorem apod.) se situace řeší spíše politickými výzvami k tomu, aby se těmito praktikami neobcházela ustanovení soutěžního práva. Některé požadavky (jako např. zákaz prodeje pod náklady) jsou obecně přijatelné, jiné však jednoznačné ekonomické zdůvodnění nemají a vyjadřují spíše zájmové stanovisko politicky vlivné skupiny zemědělských prvovýrobců a výrobců potravin.

Regulatorní zásahy do tržních procesů jsou vždy kontroverzní a měly by být omezeny na známé případy tzv. tržních selhání.⁶ Spadá-li do této kategorie⁷ i případ tzv. zneužití významné tržní či vyjednávací síly (a to navíc jen na straně poptávky), která nedosahuje úrovně tržní moci ve smyslu antitrustových předpisů, je nanejvýš sporné. K řešení těchto excesů existují totiž adekvátní právní prostředky (obecné smluvní právo s požadavky na obsahovou správnost smluv, předpisy proti nekalé soutěži, obecné veřejnoprávní cenové a antitrustové předpisy, ev. specifické regulace sektorové).

Zavádění zvláštních sektorové a subjektivě zaměřených úprav může přinést škody z přeregulace (*overregulation*). Kromě toho se musí vzít v úvahu, že v kategorii „přeregulace“ se může ocitnout i regulace jinak a za jiných podmínek vhodná.⁸ Podobně jako může selhání trhu škodit spotřebitelskému blahobytu,

⁶ Život však již výrazně korigoval původní romantizující pojetí trhu disponujícího jakousi mystickou autokorekční schopností. Jak již dávno někteří bystří pozorovatelé postřehli, např. americké myšlení bylo vždy náchylné přisuzovat trhu mystiku (srov. GALBRAITH, J. K. *Společnost hojnosti*. Praha: Svoboda, 1967, s. 76).

⁷ Státní (vládní) zásahy se podle již jen zběžné empirie stále častěji vymykají z případů, kdy kompenzují tzv. *tržní selhání* (selhání konkurence, existence veřejných statků, externality, neúplné trhy, nedostatečné informace, nezaměstnanost—srov. STIGLITZ, J. E. *Ekonomie veřejného sektoru*. Praha: Grada Publishing, 1997, s. 102 a násled.), neboť sledují i specifické *odvětvové* cíle nebo cíle *parciálně ochrannářské*.

⁸ Tak např. v zemích s koncentrovanějším distribučním sektorem se může úprava chování řetězců blížících se tržní dominanci jevit jako ještě adekvátní, ale to neplatí při podílech největších řetězců kolem 10 %, jako je to v ČR.

může veřejnému blahu škodit vládní selhání.⁹ Takové selhání ovšem nemusí spočívat jen v pasivitě a neochotě nebo neschopnosti vhodně regulovat, ale také ve špatné nebo zbytečné a kontraproduktivní regulaci.

Novou výzvu přinesl i občanský zákoník svým explicitním¹⁰ důrazem na *obecnou* ochranu slabší smluvní strany, tedy bez ohledu na odvětví ekonomiky a na podnikatelský či nepodnikatelský osobní status onoho „slabšího“. Jako reakce na tuto novou úpravu se dá očekávat přístup vybírající konkrétní možné řešení na škále v extrémním rozpětí od tvrzení, že není důvodu přijímat specifické úpravy, když je zakotvena obecná ochrana slabšího, až po opačné stanovisko, že tuto obecnou soukromoprávní ochranu je naopak třeba podpořit a operacionalizovat i adekvátními veřejnoprávními nástroji.

Distributoři potravin se ve světě vesměs (u nás výlučně) nacházejí v jakési „šedé zóně“ mezi absencí tržní síly a dominantním postavením na trhu. Je jich totiž na trhu příliš mnoho na to, aby na něm mohli získat dominantní postavení, ale na druhé straně je jich dost na to, aby jejich dodavatelé nebyli s to čelit kvazidiktátu obchodních podmínek kupujících, a to zejména kvůli omezeným možnostem změnit zavedené distribuční kanály, v nichž řetězce představují v dnešní době hlavní a zcela nezastupitelný článek zprostředkující přístup zboží ke konečnému spotřebiteli.¹¹

Případná změna odběratelů není vesměs ekonomicky schůdná¹² a navíc by vynaložené náklady nemusely být zhodnoceny, protože absorpční kapa-

⁹ FAGOTTO, E. Private roles in food safety provision: the law and economics of private food safety. *European Journal of Law and Economics*. 2014, no. 37, s. 95.

¹⁰ Srov. § 433 ObčZ.

¹¹ Odhaduje se, že se přes obchodní potravinářské řetězce v Německu realizuje mezi 65–90 % celkového obrátu výrobců potravin; srov. výsledky nedávného sektorového šetření, z podzimu r. 2014, BÜNDESKARTELLAMT. *Summary of the Final Report of the Sector Inquiry into the food retail sector*. 2014. Dostupné na: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Summary_Sector_Inquiry_food_retail_sector.pdf?__blob=publicationFile&v=3, s. 3.

¹² Podobně jako náklady na přechod k jinému dodavateli (*switching costs*) vytvářejí tržní sílu prodávajícího vůči spotřebiteli, v obměně to platí i pro náklady přechodu prodávajícího k jiným kupujícím; i kdyby tedy technicky a kapacitně takové změně obchodního partnera nic nebránilo, nutné doprovodné náklady by z ní činily drahou záležitost a nemusely by být vynaloženy z dlouhodobého hlediska účelně, neboť ani nový partner se nedá spolehlivě nějak „pojistit“ proti důvodům, kvůli nimž byl opuštěn partner předchozí. Tyto náklady na přechod k jinému partnerovi se obvykle dělí na transakční náklady, náklady učení a náklady na smlouvy. Obecně k nákladům přechodu k jinému partnerovi srov. BJÖRKROTH, T. *Loyal or locked-in—and why should we care?* *Journal of Competition Law & Economics*. 2013, vol. 10, no. 1, s. 47–62.

cita alternativních odbytišť není dostatečná. Dokonce i velcí výrobci potravin se tedy mohou potýkat s redukcí možností zvolit si jiné obchodní partnery; to však v konkrétním případě může platit i obráceně a velký distributor může mít problémy s eventuální substitucí velkého výrobce, jehož odchod by mohl distributorovi způsobit propad v množství i v sortimentní skladbě dodávek. Platí, že je-li trh soutěžní, jen velmi spokojený obchodník zůstane loajální ke svému partnerovi, ale je-li trh koncentrovaný, jen velmi nespokojený partner se (možná) bude ohlížet po alternativních partnerech.

Ve světě se dá pozorovat¹³ zvýšený důraz na ochranná opatření ve prospěch dodavatelů, který může měnit a posouvat standardy přirozených a běžných pravidel obchodování směrem k protekcionismu a paternalismu na úkor tvrdé selektivní tržní autoregulace.

Za jistých okolností se soukromoprávní ochrana slabšího partnera nemusí jakožto nedostatečná prosadit a sklouzává se k pomocným a snáze prosaditelným veřejnoprávním prostředkům. Konflikt mezi soukromoprávním principem rovnosti stran a trendem ochrany slabšího tvoří jádro řady teoretických a metodologických otázek a představuje rovněž interpretační ohnisko právního pozitivismu a soudcovského právního aktivismu. Proto nelze v knize rozumně pojednat o zvláštních projevech úpravy ochrany tzv. slabší strany, aniž by se rozebraly tyto otázky v obecné rovině v první části knihy.

Absolutizace principu rovnosti by totiž znamenala diskriminaci zdatnějších účastníků právních vztahů a demotivační znehodnocení jejich úsilí, zejména pokud by šlo o rovnost nejen formální, ale i materiální (ve výsledku). Naopak absolutizace principu smluvní svobody by vedla k polarizaci společnosti, k přežití jen těch nejzdatnějších a v důsledku k popření svobody méně zdatných účastníků smluv. Tento problém se nedá jednou provždy bez konkrétního ekonomického a hodnotového kontextu „vyřešit“; jde spíše o neustálé nalezení optimální vyvážené konstelace mezi krajními polohami.

Studie poskytuje základní přehled o současném stavu doktríny o nerovnosti vyjednávací síly a srovnává právní úpravy v nejdůležitějších (samozřejmě jen vybraných) evropských i mimoevropských zemích.

¹³ A to např. i v tak tradičně ekonomicky liberalistické zemi, jako jsou USA, kde se (zatím pouze jen) zvažují možnosti legislativní reakce na asymetrické smluvní poměry v zemědělském a potravinářském sektoru, z nichž těží velké obchodní řetězce.

Po rozboru vztahů rovnosti a svobody, resp. rovnosti a diskriminace - jednak podle reality, a jednak podle formálně statusových znaků („obecný“ podnikatel, malý a střední podnikatel, spotřebitel) – se zabývám různými aspekty nerovnovážného postavení smluvních stran a soukromoprávními možnostmi obsahové korekce smluv, zejména prostředky práva proti nekalé soutěži.

Zákony proti zneužití významné tržní síly (resp. zákony s analogickým obsahem bez ohledu na svůj název) jsou ve své podstatě veřejnoprávními nástroji ochrany proti nekalé soutěži, které vůči ní mají doplňkovou a zesilující roli a jsou v zásadě přípustné v situacích, kdy se soukromoprávní ochrana nedá reálně uplatnit kvůli asymetrii informací a nebo vyjednávací síly smluvních stran.

Vycházím z hypotézy, že statusové hledisko ochrany tzv. slabšího partnera, které se mj. používá i v českém zákoně o významné tržní síle, je velmi hrubé a může vést k poškození trhu, ochromení soutěžního tlaku a může způsobit újmu konečnému spotřebiteli. Důraz na dobré mravy a férovost smluv je obecně přijatelný; jeho expanzivní pojetí by se však mohlo stát zástěrkou pro odmítání liberálnějšího principu rovných příležitostí a pro sklouzávání ke stavu rovnosti ve výsledcích.

Zákony o významné tržní síle (vesměs s působností jen na maloobchodní distribuční řetězce) se pokoušejí vniknout do prostoru mezi soutěžně právně relevantní dominancí na trhu a nedůležitou subdominancí a zavádět pravidla pro poctivé smlouvy. Zásahy do soukromoprávní autonomie stran a do smluvní svobody se přitom odehrávají hrubými veřejnoprávními prostředky a s použitím velmi neurčitě formulovaných kritérií. V práci se proto zkoumají výkladové možnosti a navrhuji se racionální a vyvažující interpretační hlediska.

Pouhý fakt, že kompenzační regulace zneužití se vztahuje až na dominantní postavení na trhu, totiž nutně neznamená, že jakákoliv poněkud vyšší vyjednávací síla by se měla mocensky a uměle omezovat ke škodě smluvní svobody a na náklady konečných spotřebitelů v podobě vyšších spotřebitelských cen.¹⁴

¹⁴ Byť se neztotožňuji s nijak nedoloženou apologetikou, že podniky s tržní mocí mají velkou motivaci snižovat ceny, jestliže jejich náklady klesají, a že údajně tato motivace roste se vzrůstem tržní moci. Srov. YDE, P.; VITA, M. Merger Efficiencies: The „Passing-On“ Fallacy. *Antitrust*, vol. 20, no. 3, Summer 2006, s. 59 an.

Vycházím z předpokladu nezastupitelné funkce soutěže v tržní ekonomice, jež by neměla být nahrazena regulací, která může být nesena podružnými a zájmově účelovými motivy. Soutěžní tlak představuje nepostradatelný nástroj ekonomické racionalizace a ekonomického chování stran v pravém slova smyslu. Proto se v práci zabývám vztahem úprav snažících se o regulaci významné tržní síly k úpravě ochrany hospodářské soutěže, a to rovněž s uvážením ekonomických dopadů moderních distribučních cest na inovace a na možnosti spotřebitelů vybrat si požadované zboží.¹⁵

V práci se pokouším rozebrat nebo aspoň nastínit jiné alternativní nebo doplňkové prostředky kompenzace asymetrické smluvní pozice stran a jejich praktických důsledků. Jde zejména o vztah institucionální ochrany soutěže jako veřejného statku a pouze osobní či skupinové ochrany určitých osob včetně soutěžitelů.

Do první skupiny patří především ochrana prostředky antitrustového práva; dříve slovně deklarovanou snahu chránit pomocí zákona o významné tržní síle hospodářskou soutěž proti jejímu podstatnému narušení zákon ve svém posledním novelizovaném znění opustil jako ideu falešnou a nereálnou. Přičítal se tak do druhé skupiny úprav chránících nikoliv instituci, ale konkrétní subjekty. Nicméně i dnes normuje ZVTS jakási zvláštní pravidla pro držitele tzv. významné tržní síly, kteří nejsou dominanty ve smyslu práva antitrustového, ale vztahují se na ně přesto pravidla o tzv. „zvláštní odpovědnosti“ analogická zvláštní odpovědnosti dominantů.¹⁶ Zavádím pro tento status pojem „kvalifikované subdominance“.

Do této druhé skupiny ochranných úprav náleží ještě ochrana poskytovaná spotřebitelským právem zvláštní skupině nepodnikatelů – spotřebitelů; dále ochrana všeobecným smluvním právem (obecná ochrana slabšího; ochrana před zneužitím adhezní kontraktace; ochrana před zneužitím obchodních podmínek) a právem proti nekalé soutěži, resp. specificky proti nekalým obchodním praktikám. Proto se snažím v této práci postihnout i tyto přidružené oblasti - tedy alespoň v nezbytně nutné míře potřebné pro rozbor hlavního tématu studie.

¹⁵ Kapitola 7 a 9.

¹⁶ Matěráská znaménka inspirace (resp. přesněji „opisování“) kostry úpravy v ZVTS z úpravy v ZOHS jsou tak i dnes patrna.

Vycházím z hypotézy, že i přes řadu podobností mezi postavením spotřebitele a menšího a středního podnikatele existují u profesionálů podstatné rozdíly, před nimiž nelze zavírat oči. Nedomnívám se, že existuje nějaký etický imperativ ochrany slabšího podnikatele; ochrana slabšího účastníka smlouvy v pozici podnikatele by měla být z dobrých důvodů vykládána mnohem restriktivněji než ochrana spotřebitele vůči podnikateli.

Jinak v důsledku takové „parcializace“ práva na „obecné právo slabších“ a „obecné právo silnějších“ hrozí ochromení funkčnosti soutěže a trhu a i ohrožení blahobytu spotřebitele.

Metodologické dilema, co při tak komplexní problematice rozebrat dříve, a co později, jsem se pokusil zvládnout tak, že obecné otázky asymetrických smluvních vztahů a možností práva na zneužití vyjednávací síly jsem probral ještě před rozbořem regulace významné tržní síly. Další dva v úvahu přicházející druhy veřejnoprávní reakce na asymetrii smluvních stran, totiž zvláštní ochranu malých a středních podnikatelů a ochranu prostředky antitrustového práva, jsem považoval za vhodnější probírat až po podrobném rozboru platné právní úpravy zneužití tzv. významné tržní síly. Připouštím, že to je věc názoru, a že by to šlo i jinak.

1 SMLUVNÍ SVOBODA–ROVNOST STRAN, NEBO OCHRANA SLABŠÍHO?

1.1 Zásada rovnosti nerovných

Spor mezi „libertariánskými“ zastánci formální a procedurální rovnosti stran a „paternalistickými“ proponenty ochrany slabšího je letitý a koreluje s hodnotovým a politickým zázemím svých účastníků. Není s konečnou platností obecně rozhodnutelný (mj. proto, že závisí na dobovém a situačním kontextu) a jeho výsledek není exaktně vypočitatelný s ambicí na všeobecnou akceptaci odbornou i širší veřejností, protože jeho řešení je předznamenáno zájmovými a hodnotovými hledisky. Ta se někdy přiznávají, a jindy ne, ale obecně a právní politikum je v přístupu k řešení tohoto sporu vždy přítomno.

Nejde samozřejmě o binární řešení typu „ano“ a „ne“, ale o míru a proporce prosazování větší či menší ochrany určitých zájmů (resp. individuálních či skupinových nositelů těchto zájmů) na úkor jistého omezení formální rovnosti stran či naopak. Tento střet je ohniskem řady velmi obecných problémů filozofie a teorie práva a týká se hodnoty spravedlnosti, o jejíž právní nebo metaprávní povaze se vedou tisícileté spory.

Je samozřejmé, že hodnoty a hodnotové preference ovlivňují normotvorbu, ale že i naopak právní normy a jejich aplikace zpětně ovlivňují preference (pozitivní, ale i negativní zpětnou vazbou). Právní politika se nemůže vyhnout hodnotovým preferencím; je totiž jejich vyjádřením a nástrojem. Nepomůže tedy právníkům „hraběcí rada“ ukončit spor tehdy, když se tím, co strany rozděluje, stanou preference.¹⁷ Tam totiž ve skutečnosti spor velmi často teprve začíná. To je i případ sporu či konfliktu mezi soukromou autonomií, svobodou vůle a svobodou i závazností smlouvy na jedné straně, a obsahovou správností, spravedlností či ochranou slabšího na straně druhé. Nemám ambice řešit tyto fundamentální nejobecnější otázky; jen se s pokorou k poznání dosaženému vzdělanějšími a moudřejšími pokouším o určitou syntézu dosavadního stavu poznání a diskuse o relativně novém fenoménu

¹⁷ Srov. STIGLER, G.J.; BECKER, G. S. De gustibus non est disputandum. In: BECKER, G. S. *Teorie preferencí*. Praha: Grada Publishing, 1997, s. 41.

speciální veřejnoprávní regulace činnosti obchodních řetězců. I v ní se totiž projevuje sílící trend k publicizaci soukromého práva a k jistému suspendování soukromé smluvní autonomie.

Publicizace práva je postupný proces v rámci legislativního vývoje, při němž dochází nejprve k pronikání veřejnoprávních prvků do soukromoprávních (občanskoprávních) institutů, následně ke vzniku smíšených právních institutů a v poslední fázi k podřazení původně civilistických, příp. smíšených institutů právu veřejnému.¹⁸ Publicizace se dá označit za „socializační“ či „intervenci“ tendenci v historickém vývoji právních úprav. Veřejnoprávní prvky pronikají i do současných soukromoprávních kodexů a zvláštních zákonů.¹⁹ Regulující moc státní vniká do zásadní smluvní volnosti v občanském právu jednak proto, aby zabránila iluzi svobody v nerovném boji silného se slabším, a jednak proto, aby čelila nežádoucím a nebezpečným jevům z hlediska kolektivních hospodářských a sociálních zájmů, které mohou být ohroženy i „... v boji mocných mezi sebou“.²⁰ Že se tak děje ovšem i z jiných důvodů, nežádka iracionálních nebo těžko pochopitelných²¹, je zřejmé.

Příznačný pro dnešní vývoj je střet liberalizačních tendencí (které jsou velmi silné a mají politickou podporu zejména v některých zemích, které zavedly a budují tržní ekonomiku) s intervenčními tendencemi evropské legislativy, které podřizují svobodu soukromníků vyššímu *politickému* cíli vybudování

¹⁸ Blíže srov. BEJČEK, J. „Privatizace“ ‚veřejného‘ a „publicizace“ ‚soukromého‘ práva, příspěvek na IX. Dies Luby Jurisprudentiae, 2007, Smolenice. In: *Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe / Fundamentale Grundsätze in vereinigten Europa*. Bratislava: Iura Edition, 2008. Dies Luby Jurisprudentiae, no. 9, s. 101–131.

¹⁹ Srov. např. některé pravomoci a povinnosti soudu v rámci úpravy obchodního rejstříku, úpravy řady povinností v právu obchodních korporací, zejm. v právu akciovém. Publicizace je dále zřejmá např. ze zákona o podnikání na kapitálovém trhu a z řady dalších sektorových úprav státní ingerence do podnikatelského statusu, z právní úpravy tzv. elektronického podpisu, z možností zásahu státu do smluvních vztahů v souvislosti s ochranou slabší smluvní strany, zásahů do smluvních vztahů při zadávání veřejných zakázek, státních zásahů při porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže, resp. při tzv. zneužití významné tržní síly apod.

²⁰ SVOBODA, E. *Ideové základy občanského práva*. Praha: Vesmír, 1936, s. 40–43. Trend k ochraně slabší strany se pokládá za koncepční tendenci smluvního práva v průběhu 20. století. Vzrůstá vůle k ochraně slabšího ve vztahu jím vytvořeném a k předcházení nespravedlnosti mezi stranami. S tím souvisí odklon od přísné jazykového výkladu smluv a naopak příklon k podrobnějšímu zkoumání a uznání větší váhy motivace k uzavření smlouvy. Příkládá se větší význam širšímu společenskému kontextu smluvních stran. Srov. ROSENBERG, A. Contract's meaning and the histories of classical contract law, *Mc Gill Law Journal*, September 2013, vol. 59, no. 1, s. 190.

²¹ Mezi něž ovšem nepatří prosazování dílčích zájmů lobbistických skupin...

a fungování jednotného trhu, jenž předpokládá mj. též ochranu slabších (a to nejen spotřebitelů, ale i tzv. malých a středních podnikatelů, resp. kohokoliv, jehož slabší postavení zneužije silnější strana). To se děje samozřejmě na úkor formální rovnosti subjektů.

I ve vztazích upravených právem veřejným, v nichž účastníci nemají rovné postavení, je střet zásad rovnosti a ochrany slabšího (ev. veřejného zájmu) přítomen, přinejmenším v požadavku přistupovat ke všem účastníkům zásadně stejně a nediskriminačně, který je však výjimečně též porušitelný akcentem na některé ochranné prvky (srov. např. některé možnosti vyloučit tzv. tvrdost zákona). Soukromoprávní ochrana se leckdy nahrazuje důraznější veřejnoprávní ochranou, při dotčení dalších společensky preferovaných hodnot.²²

Tento paternalismus může mít „měkkou“ nebo „tvrdou“ podobu. V tvrdé podobě jde o ochranu stran i proti jejich vůli před důsledky jejich voleb; měkká podoba paternalismu brání sebepoškozování účastníka vztahu, jen je-li jeho chování ve značné míře nedobrovolné nebo je dočasným zásahem nutno zjistit, zda bylo dobrovolné.²³ Posuny mezi těmito druhy paternalismu odrážejí především aktuální společenskou (politickou a ekonomickou) poptávku. Přitom by ovšem regulace měla spíše a především umožnit soukromým stranám obchodování nežli ukládat obsahová omezení soukromých transakcí.²⁴ Nahrazování soukromých rozhodnutí regulatorními opatřeními

²² Jde např. o hodnotu a právem vyjádřený zájem na zachování soutěžního prostředí a rovných podmínek mezi podnikateli, a to i tím, že nikdo nesmí soutěžní výhody ve vztahu k jiným soutěžitelům získávat na úkor (v průměru) slabších spotřebitelů, a to nejen při jejich pasivitě, ale dokonce ani s jejich eventuálním souhlasem.

²³ Rozlišuje se také mezi aktivním paternalismem (vyžadujícím zásah) a pasivním paternalismem (požadujícím zdržet se aktivity) a také mezi paternalismem přímým (zaměřeným přímo na chráněné subjekty) a nepřímým (ovlivňujícím chování jiných osob, které přicházejí do styku s chráněnými osobami. Srov. DWORKIN, R. „Paternalism“ in *Morality and the Law*. Richard A. Wassenstrom, ed., 1971, cit. podle TREBILCOCK, M. J. *The Limits of Freedom of Contract*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1993, s. 150.

²⁴ Srov. např. etapu přitvrzení ochrany slabší strany a regulatorního paternalismu v souvislosti s finanční krizí z let 2008–2009; CHEREDNYCHENKO, O. O. Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis? *ERCL* 2014, (10), 3, s. 390–421. Konstatuje se tu mj. (s. 421), že právě v oblasti finančních služeb v EU je na ústupu právě kvůli extrémnímu posunu k tvrdému paternalismu. Od ochrany spotřebitele prostřednictvím informací se přechází k nevyvážené ochraně prostřednictvím zákazu bankovních produktů. K paternalismu srov. též TREBILCOCK, M. J. výše cit. práce, s. 147 a násl. Z hlediska behaviorální psychologie se jím zabývají též THALER R. H.; SUNSTEIN C. R. *Nudge*. London: Penguin Books, 2009, zejm. s. 1–7, 9–12.

ve prospěch tzv. slabší strany by mělo být velmi uměřené a restriktivní, neboť může kromě explicitního hlavního cíle vyvolat dlouhodobě sklony k morálnímu hazardu slabších a k jejich neodpovědnosti (když se o ně konec konců vždy někdo postará a sejme z nich důsledky špatného a neuváženého rozhodnutí). Soukromé právo přitom obsahuje řadu nástrojů, které i bez veřejnoprávních intervencí brání zneužití informační a mocenské asymetrie, ev. vad vůle slabší strany.²⁵ Soukromé právo přitom představuje zásadně doménu komutativní (korektivní, vyrovnávací) spravedlnosti vznikající interakcí účastníků vztahu, zatímco veřejné právo vnáší prostřednictvím své regulace vnější hodnotové měřítko, prostřednictvím něhož statky rozděljuje (spravedlnost distributivní).²⁶

Za tvrdou formu paternalismu je ovšem možno při extenzivním výkladu pokládat i prostor vymezený ústavními a jinými veřejnoprávními i soukromoprávními normami pro uplatňování soukromé autonomie vůle a smluvní svobody. Smluvní autonomie je vlastně forma zákonné delegace (výslovné či udělené mlčky – co není v soukromém právu zakázáno, je povoleno), která rozsah smluvní autonomie vymezuje.²⁷

Nicméně se smluvní svoboda pokládá za těžiště moderního smluvního práva i navzdory krizi liberálních teorií smlouvy a častého funkčního zastupování veřejnoprávními intervencemi; napomáhají tomu i obecné požadavky na obsah soukromoprávního jednání, mezi nimi i požadavek na ochranu slabší strany.²⁸ Smluvní svoboda a vlastnické právo patří mezi hlavní ekonomická práva subjektů v demokratickém právním řádu a jsou komplementární, resp. svoboda smluvní vůle (smluvní svoboda) je derivátem ústavní ochrany vlastnického práva podle čl. 11 odst. 1 Listiny, jehož základním komponentem je *ius disponendi*.²⁹ Je-li tedy smluvní svoboda derivátem *práva* vlastnického, má silnější postavení, pokud se proti ní někdo dovolává jen vlastních konfliktních *zájmů*.³⁰

25 Srov. zejm. úpravu důsledků omylu, lsti, neúměrného zkrácení, lichvy, tzv. „ochlazovacího období“ na rozmyšlenou u spotřebitelských smluv, apod.

26 Touto otázkou se podrobněji zabývám v kap. 6.

27 Srov. SCHNITZER, A. F. *Vergleichende Rechtslehre, Band. II. 2. A.*, Basel, 1961, s. 616—odkaz u SALAČ, J. Smluvní svoboda nebo smluvní spravedlnost? *Právní rozhledy*, 1998, č. 1, s. 11.

28 Blíže srov. BEJČEK, J. Existuje smluvní svoboda? *Právník*, 1998, č. 12, s. 1017–1028.

29 Srov. Nález Ústavního soudu Pl. ÚS 24/99 (*obiter dictum*).

30 Srov. AYAL, A. *Fairness in Antitrust*. Oxford: Hart Publishing, 2014, s. 88.

To je velmi důležité pro orientaci v situacích, kdy je mocenský poměr stran (relativní ekonomická moc) nesouměřitelný, aniž ovšem některá ze stran dosáhne tržní moci (dominantního nebo monopolního postavení na relevantním trhu). Samotná velikost není ilegální, ale problém může být ve schopnosti silnější strany ovlivnit trh politicky či jinak i pod hranicí dominance.³¹

Zatímco schopnost nezávislého chování na jiných soutěžitelích či spotřebitelích kvůli tržní moci se reguluje veřejnoprávním soutěžním (antitrustovým) zákonodárstvím, zneužití pouhé relativní ekonomické moci (event. ekonomické závislosti) se postihuje pomocí obsahové kontroly správnosti smluv a jen výjimečně speciálními veřejnoprávními předpisy (např. zákonem o cenách). Obecný zákaz zneužití postavení silnější strany vůči slabší podle § 433 ObčZ se pokusil toto soukromoprávní instrumentarium³² doplnit o postih nepoctivého vytvoření nebo využití vyjednávací síly; ZVTS se pokouší o dosažení stejného cíle, ovšem jinými prostředky.

1.2 Smluvní svoboda jako výraz soukromoprávní autonomie vůle a ochrana slabšího

Ve vztazích soukromoprávních se tradičně a vesměs bez odporu považovala zásada rovnosti účastníků za jeden z prvotních a základních principů;³³ odchylky od ní směrem k ochraně některého z účastníků či skupin účastníků (typicky tzv. slabších stran) se považovaly za diferenciacní kritérium svébytnosti určitého právního oboru či dokonce jeho tzv. „odvětvové samostatnosti“³⁴. Dokonce se ochrana slabšího prohlašovala a pokládá i dnes za obecnější vývojový trend práva soukromého.³⁵ ObčZ tento trend potvrzuje.

Velmi aktuální je z tohoto hlediska úprava zásady ochrany slabší strany, již přinesla právě rekodifikace soukromého práva, jež tradičně vycházelo ze zásady rovnosti smluvních stran. Tržní moc a vyjednávací síla smluvních

³¹ Srov. AYAL, A. The market for bigness: economic power and competition agencies' duty curtail it. *Journal of Antitrust Enforcement*. 2013, no. 2, s. 246.

³² Srov. COLLINS, H. *The Law of Contract*. London, Dublin and Edinburgh: Butterworths, 1993, zejm. s. 135 a násl.

³³ Srov. např. HURDÍK, J. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 29 a jinde; ELIÁŠ, K. In: BEJČEK, J.; ELIÁŠ, K.; RABAN, P. a kol. *Kurs obchodního práva*. 3. vyd. Praha: C.H.Beck, 2003, s. 5 a násl.

³⁴ Srov. tento přístup zejm. u práva rodinného a pracovního.

³⁵ Tak ZOULÍK, F. Soukromoprávní ochrana slabší smluvní strany. *Právní rozhledy*, 2003, č. 3, s. 109 a násl.

stran se však mohou dramaticky lišit, a to nejen u jednostranných obchodů (B2C). I ve dvoustranných obchodech (B2B) je možné zneužití práva v hrubý neprospěch slabší strany – podnikatele. Reakci na tento fakt představuje i nově kodifikovaná obecná ochrana slabší strany (§ 433 ObčZ) a též některé veřejnoprávní regulace. Důvodová zpráva k ObčZ se ovšem navíc pokouší o kontroverzní změnu v systému zásad soukromého práva.³⁶

Většina zásad či aspoň část jejich obsahu je přirozeně – vzhledem ke své obecnosti – předmětem výkladových sporů a ne všechny jsou přijímány všeobecně³⁷ a navíc jejich nové zakotvení v ObčZ nemohlo dosud projít testem judikatorního výkladu. Nicméně principy představují (a to bez ohledu na to, zda jsou vyjádřeny v pozitivním právu explicitně či nikoliv) „atak na pozitivismus“³⁸ a jsou něčím více nežli jen nezávaznými hledisky posuzování, protože určité přístupy a argumentační postupy potlačují a jiné si vynucují.

Naše soukromé právo nevycházelo ani před rekonstrukcí z předpokladu materiální rovnosti stran, neboť neodpovídal realitě. Jisté rozdíly v ekonomické a jiné síle obchodních partnerů byly, jsou a budou přítomny vždy a někdy jsou dramatické. Soukromoprávní princip rovnosti tedy vycházel spíše z fikce, s níž se pojila autonomie vůle a smluvní svoboda. Přirozenou faktickou nerovnost stran právo umožňuje kompenzovat až od jejího určitého (příkrého) stupně, pokud se projevil v společensky nepřijatelném výsledku.³⁹ Rovností v právech nahrazuje zákon společensky přijatelným

³⁶ Rezignují přitom na teoreticky jemné rozlišování principů a zásad a na rozšiřování diskuse o diferenačních kritériích, která jsou někdy nekonzistentní a ovlivněná spíše osobním vkusem autora nežli vědeckou přesností; odkazují raději na příslušnou literaturu a zdroje tam citované (Srov. reprezentativní publikaci BYDLINSKI, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien, New York: Springer Verlag, 1996; v tuzemsku zejm. HURDÍK, J.; LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2010). Pořadí zásad (které navíc nemusí být vůbec formulovány v zákoně a jen se doktrinálně dovozují a aplikacně prosazují) není v žádném případě výrazem jejich důležitosti, byť důvodová zpráva k ObčZ na s. 12 zastává jiný názor a za „první“ zásadu prohlašuje autonomii a odklání se vědomě od tradiční zásady rovnosti stran, která se většinově chápala a stále chápe jako „konstitutivní“ a „odvětvotvorná“ zásada práva soukromého; důvodová zpráva tento přístup odmítá jako metodologicky vadný.

³⁷ Srov. např. zčásti kritické hodnocení úpravy zásad cit. v komentáři ŠVESTKA, J. a kol. *Občanský zákoník – Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014.

³⁸ Srov. DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikumené, 2001, s. 51 a násl.

³⁹ Např. neplatnost právního jednání pro rozpor s dobrými mravy; odřeknutí právní ochrany jednání představujícímu zneužití práva či rozpornému se zásadami poctivého obchodního styku; pro nepodnikatelské subjekty: dřívější možnost odstoupení od smlouvy uzavřené v režimu ObčZ 1964 v tísni a za nápadně nevýhodných podmínek, resp. dnešní relativní neplatnost lichevní smlouvy, apod.

způsobem fakt, že fakticky jsou si lidé, ale i podnikatelé nerovní. Rovnost není tedy skutečností, ale požadavkem v podstatě povahy politické⁴⁰, který je prosazován právními prostředky. Důsledně vzato by byl požadavek úplně stejného zacházení s nerovnými subjekty (disponujícími nerovnými možnostmi a příležitostmi k svobodnému projevu své autonomní vůle) výrazem nerovnosti (nespravedlnosti).

V důsledku poznání, že informační asymetrie stran a tržní selhání mohou zásadu rovnosti obrátit až v její karikaturu, se objevil požadavek chránit slabší stranu; přirozeně nejprve u spotřebitelských smluv (*business to consumers*, B2C), kde je situace vyhrocená, ale později i u smluv mezi podnikateli (*business to business*, B2B) a navíc se zvláštní ohled začal vyžadovat pro tzv. malé a střední podnikatele.

V této souvislosti se autonomie vůle a ochrana slabší strany nově prohlašují za kontradiktorní k zásadě rovnosti stran s tím, že rovnost neexistuje.⁴¹ Pojetí rovnosti účastníků jako první zásady občanskoprávních vztahů je podle DZ k ObčZ metodologicky vadné i z toho důvodu, že vede k závěru o rovném právním postavení fyzických a právnických osob. Tím se prý základní přístupové schéma k pojetí soukromých práv a povinností deformuje. Člověk a právnická osoba principiálně nejsou a nemohou podle důvodové zprávy být obecně v rovném právním postavení.⁴²

Domnívám se, že taková kontrapozice zásady rovnosti a autonomie vůle (resp. ochrany slabší strany) je umělá. Naopak vadný a empiricky nedoložený je sylogismus, že z principiálního požadavku rovnosti účastníků v soukromoprávních vztazích plyne, že strany (resp. fyzické a právnické osoby) mají stejné právní postavení.⁴³ Takového antropomorfismu se - pokud vím

⁴⁰ Srov. POPPER, K. *Otevřená společnost*. Praha: Oikumené, 1994, s. 200. Ve speciálnější právní podobě srov. např. BYDLINSKI, op. cit., s. 160 a násled.

⁴¹ Tak v důvodové zprávě k ObčZ na s. 12. Na s. 20 DZ se konstatuje, že akcent na zásadu rovnosti zastírá přirozenou nerovnost mezi fyzickými a mezi fyzickými a právnickými osobami... a pomíjí hledisko ochrany slabší strany, která je pro soukromé právo stejně významná (sic!) jako zásada rovnosti. Z této formulace se dá dovodit smířlivost autorů k zásadě rovnosti (tedy že ji nepopírají). Na s. 75 DZ se zase píše, že „pro kruh soukromého práva je vzhledem k zásadě rovnosti (sic!) subjektů v principu lhostejné, které právnické osoby jsou soukromoprávní a které veřejnoprávní.“ Závěr o de facto uznané (resp. mentálně neopuštěné) zásadě rovnosti je opět nasnadě.

⁴² Antropomorfizace právnických osob nemá ovšem ve skutečnosti se zásadou rovnosti (tedy souřadného postavení subjektů, absence sub- a supraordinace) nic společného.

⁴³ A nějaké pořadí, v němž se zásady uvádějí z hledisek didaktických, neovlivňuje ani v nejmenším jejich reálný dopad.

- nedopouštěla ani právní úprava, ani právní praxe. Řada dřívějších úprav reflektujících potřeby slabší strany dokládá pravý opak.

Formální rovnost není totéž, co materiální rovnoprávnost,⁴⁴ již se dosahuje (prostřednictvím výjimky ze zásady formální rovnosti) mj. ochranou slabší strany (ale také korektivem dobrých mravů, obchodní poctivosti, aj.). Přibližné materiální (obsahové) rovnosti se přece běžně docíljuje na úkor rovnosti formální. Soukromé právo se tradičně právě prostřednictvím zásady formální rovnosti účastníků vymezovalo vůči právu veřejnému (teorie subjektová, resp. mocenská) a rovnost stran pokládalo dokonce za metodu své úpravy. Výjimky v obou směrech se přitom uznávaly.⁴⁵ Soukromoprávní ochrana slabší strany se ani dříve nepokládala za porušení zásady rovnosti subjektů, která je typická pro soukromé právo, ale za rozšíření této rovnosti z rovnosti formální na rovnost materiální.⁴⁶ Nejde přitom o rovnost ve výsledku, která by přepokládala nerovné zacházení; taková rovnost by zcela negovala soutěžní podstatu tržního hospodářství a rozvrátila motivační systém, na němž je založeno. Jedná se o rovnost příležitostí (o rovné zacházení), které přirozeně povede k nerovným výsledkům. Může se jí dosáhnout změnou relativního mocenského poměru stran – ať už posílením slabšího (např. zajištěním informačního komfortu, poskytnutím větší možnosti disponovat se smlouvou), nebo oslabením silnějšího (typicky omezením jeho dispozic se smlouvou, kontraktační povinností apod.), resp. obojím současně.⁴⁷ Je to však dvousečná zbraň, která může nejen pomoci slabší straně (a to jen proto, že je tzv. slabší, resp. že splňuje formální kritéria takového statusu bez reálného materiálního obsahu odůvodňujícího zvláštní zacházení se subjektem jakožto se slabou stranou - viz dále), ale může též narušit právní jistotu a předvídatelnost správních a soudních rozhodnutí. Navíc na smluvní autonomii mají nárok obě strany, tedy nejen „slabší“ strana, ale i strana „silnější.“⁴⁸

⁴⁴ Srov. též kapitulu 2.

⁴⁵ Např. nadřazené postavení rodiče vůči dítěti, zaměstnavatele k zaměstnanci, a naopak souřadné postavení subjektů v některých veřejnoprávních vztazích.

⁴⁶ Srov. ZOULÍK, op. cit., s. 116.

⁴⁷ K tomu srov. též NĚMEČKOVÁ, O. Absurdita protikladnosti principu rovnosti a principu ochrany slabšího. *Právní fórum*. 2004, č. 6, s. 245–247.

⁴⁸ Srov. CHEREDNYCHENKO, O. O. *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, Selier. München: European Law Publishers, GmbH, 2007, s. 281–285.

Nejde ani o vyčítaný schematismus založený svého času naukou socialistického práva, jak tvrdí důvodová zpráva k ObčZ. Formální právní rovnost se jakožto princip soukromého práva prosadila přece mnohem dříve – již vůči feudální nerovnosti a partikularismu. Základní étos velkých civilních kodifikací se přece opíral právě o zásadu rovnosti. Ta nebyla zpochybněna ani obsahovou kontrolou a ev. korekcí prostřednictvím požadavku souladu s dobrými mravy, obchodní poctivostí, apod.

Toto základní systémové paradigma soukromého práva může stěžejně změnit důvodová zpráva nebo samotná rekodifikace. Normotvorba nemůže obecně oktrojovat doktrinní koncepci. Domnívám se, že proklamativní vyjádření v důvodové zprávě nepotlačí vnímání zásadní formální rovnosti stran jako hodnotové a interpretační zásady zejména v aplikační praxi především v podnikatelských vztazích.

Zatímco faktická nerovnost mezi lidmi i podnikateli je zcela přirozená, princip rovnosti jakožto společenské dohody a fikce neznamená mechanistické rovnítko, ale jde o požadavek rovnosti osob za srovnatelných podmínek. Zásada autonomie vůle a její uplatňování prostřednictvím tzv. ochrany slabšího onu materiální nerovnost kompenzuje a nastoluje situaci bližší skutečné rovnoprávnosti (a nejen formální rovnosti) i mezi subjekty evidentně nerovnými.

Ochrana slabšího smluvního partnera – podnikatele (jeho skutečné autonomní vůle nezdeformované extrémně nevýhodnou vyjednávací pozicí) tak zůstává spíše výjimkou z principu rovnosti a potvrzením principu autonomie vůle mezi stranami s podstatně odlišnou vyjednávací silou, nežli nosným samostatným principem. Tato výjimka se vztahuje ve své generální klauzuli jen na podnikatele v postavení strany silnější (srov. § 433 ObčZ).⁴⁹ Ustanovení § 433 ObčZ představuje dekompozici a konkretizaci zásady poctivosti (§ 6 ObčZ), dobré víry (§ 7 ObčZ) a zákazu zneužití práva (§ 8 ObčZ) a je nepochybně samostatně aplikovatelné. Má přece jen jakési definiční znaky, podle

⁴⁹ K použití § 433 ObčZ však není nutné, aby na druhé straně stál nepodnikatel (typicky spotřebitel). Ochrana slabšího v pozici spotřebitele je zvláštní a velmi podrobně upravenou podkategorií obecné ochrany slabší strany (zejm. v podobě úpravy tzv. spotřebitelských a smluv a zákona o ochraně spotřebitele), a má před obecnou ochranou slabšího přednost.

nichž lze určité jednání subsumovat lépe než jen podle výše uvedených nej-
obecnějších zásad. Je projevem spravedlnosti, u něž nelze vyloučit kolizi
s právní jistotou.⁵⁰

Skutečná autonomie vůle znamená též nepodřízenost, rovnost ve svobodě,
tedy rovnost i v autonomii. Jde jen o různé názvy téhož či o různé úhly
pohledu na totéž; zásady rovnosti, autonomie vůle a ochrany slabšího jsou
funkčně komplementární, vzájemně se podmiňují, vyvažují a působí ke spo-
lečnému cíli.⁵¹ Ochrana slabší strany umožňuje - ovšem za cenu ústupku
ze zásady (formální) rovnosti – dosáhnout reálného naplnění autonomie
vůle - aby tedy nezůstala ve formální podobě (podobně jako v případě pouze
formální rovnosti).

Předpokladem k prosazení skutečné autonomie vůle je tedy skutečná (niko-
liv jen formální) rovnost účastníků soukromoprávních vztahů, takže zásada
ochrany slabší strany nastoluje skutečnou rovnost (naplňuje zásadu rov-
nosti) s cílem naplnit zásadu autonomie vůle.⁵² Rovnost stran (jejich rovné
postavení) znemožňující účastníkovi soukromoprávního vztahu vnutit dru-
hému proti jeho vůli povinnost nebo založit právo nebo si vynutit domnělé
subjektivní právo jasně souvisí se zásadou svobodné vůle a autonomní
vůle stran. Základní paradigma a východisko soukromého práva (rovnost
jako souřadnost, tedy vzájemná nenadřazenost a nepodřízenost subjektů)
se určitě nezmění přemalováním téhož obsahu jinými názvy nebo seřazením
zásad soukromého práva do jiného pořadí ladícího s jiným terminologickým
vkusem či východiskem. Faktická rovnost stran se pod základní soukromo-
právní zásadou rovnosti nikdy neskrývala.

⁵⁰ Protože § 433 ObčZ je formou konkretizace dobrých mravů, byla by dohoda s odlišným
obsahem podle § 1 odst. 2 ObčZ nepřipustná a neplatná.

⁵¹ Podrobnější podnětné úvahy viz ŠTRÁNSKÝ, J. *Vývoj a postavení pracovního práva jako
soukromoprávního odvětví*. Brno: Masarykova univerzita 2014, s. 22 a násl. Autonomie vůle
a rovnost stran se podmiňují a organicky provázejí, obě vycházejí z lidské přirozenosti
a není vhodné stavět je proti sobě. Autonomie vůle rovnost zahrnuje jak sama o sobě,
tak obzvláště ještě tehdy, je-li korigována zásadou ochrany slabší strany, která je vlastně
projevem zásad rovnosti v materiálním smyslu. Srov. tamtéž, s. 35. Pomímám filozoficko-
neurologickou skepsi některých autorů, kteří zpochybňují samotný pojem svobody vůle
a tvrdí, že „myšlenky a úmysly se prostě vynořují v mysli“ (např. nejnověji HARRIS, S.
Svobodná vůle. Praha: Dybbuk, 2015, s. 73 a jinde). Pak jsou si totiž „autoři“ myšlenek
v této eventuelně existující charakteristice před tváří práva stále rovni.

⁵² K tomu srov. HURDÍK; LAVICKÝ, op. cit., zejm. s. 95, 106, 114.

Soukromoprávní ochrana slabší strany je (stejně jako zásada ochrany poctivosti) projevem myšlenky, že poctivost a svoboda nejsou protiklady. Ochrana slabšího není totiž ničím jiným než derivátem zásady poctivosti.⁵³ Zatímco zásada smluvní svobody zajišťuje účastníkům smlouvy autonomní rozhodovací prostor, zásada poctivosti se týká kvality rozhodnutí, a tím i legitimacy celého tržního systému.⁵⁴ Orientace pouze na výsledek (efektivnost, blahobyť) bez ohledu na poctivý proces tvorby rozhodnutí, a tvrzení, že regulační úsilí o poctivost jde k tíži a proti základnímu smyslu individuálního blahobytu,⁵⁵ jsou cynicky jednohodnotové; naše soukromé právo je nesdílí.

Společenská hlediska (včetně pojetí poctivosti a spravedlnosti) přinejmenším spoluurčují ekonomiku, která není „hodnotově vyprázdněným strojem na peníze“ a nikoliv naopak, že by pouze ekonomika definovala společnost.⁵⁶ Navíc ani ekonomické teorie vysvětlující a formující realitu nepatří mezi exaktní (tvrdé) vědy a každá z nich se váže ke konkrétnímu světónázoru a k soustavě představ o tom, co je důležité.⁵⁷ Ani ekonomické, ani právní názory nejsou prosty hodnotových předpokladů, takže ideologie je důležitá pro rozhodování i v těchto oborech.

Myslím, že ochrana slabší strany je jen druh takové ideologie⁵⁸ (protichůdné k individualistické ideologii „přežití nejsilnějších“). Přiznat si tuto

⁵³ Podle § 6 ObčZ má každý má povinnost jednat v právním styku poctivě; nikdo nesmí těžit ze svého nepoctivého nebo protiprávního činu. Nikdo nesmí těžit ani z protiprávního stavu, který vyvolal nebo nad kterým má kontrolu.

⁵⁴ Srov. FIKENTŠCHER, W.; HACKER, P.; PODSZUN, R. *Fair Economy*. Berlin – Heidelberg: Springer Verlag 2013, s. 79.

⁵⁵ Srov. KAPLOW, L.; SHAVELL, L. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press, 2006, s. 466. Na s. 469 se vyjadřuje přesvědčení, že pojmu poctivosti by se neměl přikládat samostatný význam (*independent weight*) při hodnocení zákonných pravidel. Ona se ale zákonná pravidla na ni vesměs odkazují jako na hypotézu...V našich poměrech je navíc našťástí samotná poctivost interpretačním zákonným pravidlem (srov. nejobecnější § 6 ObčZ a na řadě dalších míst).

⁵⁶ Parafráze myšlenky z cit. práce FIKENTŠCHER a kol., s. 149 a s. 150.

⁵⁷ Srov. SULLIVAN, L. A. Antitrust, Microeconomics, and Politics: Reflections on Some Recent Relationships, 68 *Calif. L. Rev.*, 1, 12 (1980), podle LAO, M. Ideology Matters in the Antitrust Debate. *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, issue 2, 2014, s. 651.

⁵⁸ Ideologie v tomto smyslu nemá nic společného s našimi středoevropskými reminiscencemi—s pejorativně chápaným autoritativním, sankcionovaným a propagandisticky podporovaným světónázorem a s nepravdivým obrazem světa, „jaký by měl být.“ Jde o flexibilní soustavu názorů vycházejících z hodnotových racionálních soudů nebo i předpokladů, na nichž se shodla relevantní politická reprezentace kodifikující právní předpisy a které se prosazují a modifikují i v aplikační praxi.

skutečnost je mj. předpokladem k získání potřebného odstupu při zásazích do smluvní autonomie a smluvní volnosti. Ideologie ochrany slabšího není z obecného hlediska o nic horší nebo lepší nežli ideologie přežití nejzdatnějších. Hodnotící znaménko může přidávat jen jiná ideologie, resp. hodnotová soustava. Není v tom cynismus – ten spatřuji spíše v opačném přístupu – v zastírání hodnotové předpojatosti při formulaci právních zásad. Racionalitu hodnotám vesměs stejně přidáváme až dodatečně a v závislosti na našem předchozím hodnotovém nastavení, které vůbec nemusí být formováno racionálními argumenty, ale může být předurčeno prostředím, výchovou, genetickou výbavou, konkrétními zájmy, tzv. osobnostní psychologickou rovnicí,⁵⁹ ale také vírou či nevírou v ledacos.⁶⁰

⁵⁹ „Kápo“ versus „pečovatel“.

⁶⁰ Tím se samozřejmě nevylučuje možnost aplikace takových právních ideologií, které jsou předpojaté v rozporu se zdravým rozumem a kvůli tzv. politické korektnosti. Na takový případ z jiné oblasti upozorňuji jinde (BEJČEK, J. Fikce rovnosti nebo „politicky nekorektní“ realita nerovnosti? *Právní rozhledy*, 2013, č. 19, s. 670–674). Ve věci *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, a další v. Conseil des ministres*- C-236/09, 1. března 2011- rozhodl Soudní dvůr EU o předběžné otázce podané belgickým ústavním soudem tak, že čl. 5 odst. 2 směrnice 2004/113, umožňující členským státům ponechat bez časového omezení v platnosti výjimku z pravidla stejné výše pojistného a stejného pojistného plnění pro obě pohlaví, je v rozporu s uskutečňováním cíle rovného zacházení s muži a ženami, jež sleduje uvedená směrnice, a neslučitelný s články 21 a 23 Listiny základních práv Evropské unie. V důsledku toho musí být toto ustanovení po uplynutí přiměřeného přechodného období považováno za neplatné. Kromě jiného soud konstatoval, že v době, kdy byla směrnice přijata, bylo používání pojistné matematických faktorů týkajících se pohlaví běžně rozšířeným postupem v pojišťovnictví. V důsledku toho byl zákonodárce Unie oprávněn provést zásadu rovnosti žen a mužů, konkrétně uplatnit pravidlo stejné výše pojistného a stejného pojistného plnění pro obě pohlaví, postupně a s přiměřenými přechodnými obdobími. Evropské právo a judikatura tak vlastně v případě pojištění tvrdí, že muži a ženy *jsou stejní* (byť ve skutečnosti nejsou) a že se má s nimi zacházet úplně stejně (byť by spravedlivější bylo zacházení odlišné). Evropská směrnice o zastoupení žen ve vedení společností naopak tvrdí, že muži a ženy *stejně nejsou* (byť o jejich manažerské způsobilosti pohlaví zcela určitě nerozhoduje), a že se proto má s nimi zacházet různě (preferenčně či diskriminačně), a to na základě jejich pohlaví. Kdyby na těchto neslučitelných přístupech (pod heslem „Unisex v pojištění versus genderová diferenciacie v orgánech korporací“) Evropská unie trvala, ilustrovalo by to hodnotovou neukotvenost a možný voluntarismus a ideologický subjektivismus. Taková nekonzistentní ideologie (ani pod pláštíkem „politické korektnosti“) do práva nepatří. Ideologie ochrany slabšího však do této kategorie nespadá a je podepřena řadou argumentů, jimiž se budu zabývat níže.

1.3 Pojem slabší strany a její identifikace

Pojem slabší strany se vzpírá zákonné definici, což je na jednu stranu pochopitelné pro nesnadnost takové definice, ale na druhou stranu je to nebezpečné. Tvorba hypotézy právní normy se tak totiž posouvá do sféry soudcovské normotvorby. Kontextualita je samozřejmě nutná u výkladu každého pojmu, ale nemůže být jediným kritériem pro určení jeho obsahu.

Potížím tohoto druhu se právo snaží vyhýbat statusovým pojetím slabosti (určité druhy subjektů jsou zákonem prohlášeny za slabší, aniž se zkoumá, zda tomu skutečnost v konkrétním případě odpovídá), resp. zavedením doktríny tzv. strukturální nerovnováhy ve vyjednávací síle stran (např. se pokládá obchodní zástupce za strukturálně slabší stranu, ač v konkrétním případě může mít svého zastoupeného - principála, který je na jeho teritoriální činnosti závislý, doslova v hrsti).⁶¹ Nebezpečí morálního hazardu a oslabování odpovědnosti tzv. slabší strany a v důsledku i principu autonomie vůle je nasnadě.

Slabší strana se někdy může opírat o objektivizovaná hlediska svého postavení. Může se jednat o různé druhy vyjednávací síly (kupní síla, ekonomická závislost, hospodářské postavení, významná tržní síla, dominantní postavení apod.⁶²). Závislost může nabýt (a to i bez podoby tržní moci silnějšího) až takové formy, že závislá strana vnímá (tedy subjektivně) svého partnera jako „*partenaire obligatoire*“.⁶³

Vznik takového postavení závisí zejm. na

- délce trvání obchodního vztahu,
- specifickém technickém vybavení závislého na činnosti silnějšího partnera (logistické vybavení, standardizace),
- obtížnosti rychlé změny partnera,
- podílu obrátu realizovaného závislou stranou v obchodu se silnějším partnerem.

⁶¹ Takto např. postupoval německý ústavní soud, což se setkalo se silným odporem–komentář včetně odkazů viz u CHERDNYCHENKO, 2007, op. cit., s. 284).

⁶² Blíže viz BEJČEK, J. Soukromoprávní a veřejnoprávní korekce subjektivní a objektivní vyjednávací síly ve smluvních obchodních vztazích (základní struktura problému). *Obchodní právo*, 2014, č. 7, s. 247 a násl.

⁶³ Srov. SCHULZE, M. *Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel*. Wiesbaden: Gabler, 1998, s. 227.

Nevyvážený smluvní vztah je formován spíše ekonomickou závislostí nežli vyjednávací silou. Společným jmenovatelem je omezení autonomie vůle z různých důvodů.

Závislost samozřejmě zvyšuje *vyjednávací sílu* silnějšího vůči závislému. Pojem závislosti je ovšem poněkud rozostřený a je schopen podle „potřeby“ téměř libovolně expandovat či se smršťovat. Nerovnost ve vyjednávací síle může spočívat v mixu subjektivních a objektivních faktorů – od neznalosti k náchylnosti podlehnout přesvědčování druhé strany, od naléhavosti potřeby spolupráce k nedostatku vyjednávacích schopností a dovedností, nebo je prostě dána nedostatečným vlivem na trhu.⁶⁴

Na tato hlediska nemá „monopol“ jen určitá skupina účastníků vztahu (např. spotřebitelé), jakkoliv jsou v určitých skupinách spíše pravidlem, a v jiných spíše výjimkou. Proto se normativně prosadil „statistický“ přístup respektující statisticky časté odchylky v postavení smluvních stran dané jejich osobním faktickým statusem. Zcela přirozeně se nejdříve nabízela možnost podrobit zvláštní regulaci vztahy profesionálů k neprofesionálům – spotřebitelům, a to pomocí korektivů obsahové správnosti smluv, které by neměly pod sankcí neplatnosti používat nepoctivé klauzule.⁶⁵

Protože začal převládat názor, že síla smluvních pozic nezávisí tolik na formálním spotřebitelském či podnikatelském statusu účastníků, ale spíše na „mimostatusových“ neformálních charakteristikách, sílila snaha dekomponovat obecnou zásadu obchodní slušnosti a poctivosti do katalogu zakázaných nepoctivých smluvních klauzulí i mezi profesionály.

Prvé pokusy rozšířit úpravu nepoctivých smluvních podmínek ze spotřebitelských smluv i na smlouvy mezi podnikateli (*business to business*, B2B) z doby před zhruba deseti lety nicméně nezískaly v obchodních kruzích podporu.⁶⁶ Nyní se však začala myšlenka ochrany slabšího bez ohledu na jeho formální status prosazovat i na evropské úrovni a podnikají se kroky k možnému budoucímu usměrnění a sjednocení obsahových standardů v soukromoprávních vztazích s cílem napomoci fungování jednotného trhu.

⁶⁴ Srov. BEALE, H. Inequality of Bargaining Power. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, no. 1, 1986, s. 125.

⁶⁵ Srov. Směrnici Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

⁶⁶ Srov. BEALE, H. Unfair Terms in Contracts: Proposals for Reform in the UK. *Journal of Consumer Policy*. 2004, no. 27, s. 289.

Je ovšem předmětem diskuse, zda se má stejně vysoký standard obsahové ochrany (určený původně pro spotřebitele) přenést i na podnikatele, nebo zda by se onen ochránářsko-paternalistický standard neměl snížit.

Příklon k první alternativě by totiž mohl poškodit soutěž a její selektivní funkci (Schumpeterovo pojetí soutěže jakožto „závoje tvořivé destrukce“), ohrozit smluvní svobodu a zásadu *pacta sunt servanda*, atp. Zelená kniha o nekalých obchodních praktikách mezi podniky⁶⁷ nechává zatím tuto otázku otevřenou.

1.3.1 Spotřebitel jako slabší strana

Za slabší se „intuitivně a přirozeně“ (tedy „strukturálně“) považovaly bez většího odporu takové neprofesionální subjekty, jako mladiství, nájemníci, konzumenti, ale i profesionálové jako obchodní zástupci, a to proto, že jejich svobodná vůle bývá oslabena nedostatkem zkušenosti, rozumové vyspělosti, či proto, že je nutno kompenzovat informační asymetrii nebo jejich relativně slabší mocenské pozice v konkrétním vztahu.⁶⁸

Spotřebitel je patrně typem slabšího a ochranyhodného účastníka ze skupiny těch nejméně sporných.⁶⁹ Důvody jeho ochrany se tradičně spatřují v závislosti na poskytovateli zboží či služby, v informační asymetrii (informačním deficitu⁷⁰) v neprospěch spotřebitele a v nemožnosti vynakládat transakční náklady na její překonání. Nově se přidávají i behaviorálně-psychologické důvody omezené spotřebitelské racionality (která neodpovídá liberálnímu předpokladu, že člověk je racionálně se rozhodující „*homo economicus*“

⁶⁷ Srov. Zelenou knihu o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinářského a nepotravinářského zboží, COM (2013) 37, z 31. 1. 2013.

⁶⁸ K pojmu slabší strany viz např. ZOULÍK, op. cit., s. 110.

⁶⁹ Srovnatelného snad se zaměstnancem, ne však s dítětem. Sporný ovšem může být až excesivní rozsah ochrany spotřebitele, který někdy vzbuzuje protitlak a požadavky na to, aby byli obchodníci chráněni před spotřebiteli. Srov. např. VAN DEN BERGH. Economic Analysis of Consumer Law. *Ars Aequi*. 1990, 39 (10), s. 787–793; cit. podle HARTKLIEF, T. Freedom and Protection in Contemporary Contract Law. *Journal of Consumer Policy*. 2004, 27, s. 259.

⁷⁰ Srov. TAMM, M.; TONNER, K. *Verbraucherrecht, Beratungshandbuch*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2012, s. 19.

optimalizující svůj *ekonomický* prospěch⁷¹) a dále slabosti vůle a snazší ovlivnitelnosti spotřebitele v rozhodovacím procesu ve srovnání s odosobněnými institucionalizovanými postupy na straně profesionálního obchodníka. Intelektuální, psychologická a hospodářská nerovnováha, jež je pro vztah spotřebitelů k obchodníkům typická, se označuje jako „strukturální slabost“,⁷² resp. „strukturální nerovnováha“,⁷³ která by měla být kompenzována v rámci sociálního ochrannářského modelu, aby se zmírnily dopady strukturálně nerovně vyjednávací moci stran. Slabost spotřebitele znemožňuje, aby fungovaly podmínky „hospodářského sebeurčení.“ Konstitutivní ochrana spotřebitele (zajišťující formální soukromou autonomii a svobodu soutěže) se doplňuje kompenzační ochranou nastupující v případě selhání smlouvy nebo soutěže ohrožujícího hospodářské sebeurčení.⁷⁴ Toto sebeurčení představuje konkretizaci a materializaci subjektivního oprávnění ke kontraktaci (soukromá autonomie) a obsahové poslání (účel) právní způsobilosti.⁷⁵

Klasickou moudrost Franze Böhma, že „soutěž je nejlepší přítel spotřebitele“ a „nejgeniálnější nástroj zbavení moci“, nikdo nezpochybuje; je třeba ale dodat, že ani tento výborný přítel není všemocný a že ani dokonalá soutěž nemůže plně zvládnout úkol ochrany spotřebitelů, jejichž možnosti voleb a racionality rozhodování jsou omezeny i řadou endogenních příčin nezávislých na konkurenčnosti trhu.

71 Spotřebitelé se statisticky vzato systematicky ve svém praktickém konání odklánějí od předpokladů standardní ekonomické teorie. Rizikovost jejich chování neplyne jen z ekonomické závislosti a informační asymetrie, ale i z osobnostní psychologie neprofesionála; proto se deklaruje potřeba chránit je právně před nimi samotnými. Neschopnost průměrného spotřebitele čelit více volbám vede až k jakési „confusopoly.“ I malé náklady na vyhledávání zboží na trhu mohou údajně vést k monopolním cenám i na jinak dobře fungujících trzích a zkreslovat poptávku. Blíže viz SMITH, R.; KING, S. Does Competition Law Adequately Protect Consumers? *ECLR*. 2007, Issue 7, s. 412–424.

72 Tamtéž. Na s. 29 se kriticky komentují názory, že ochrana spotřebitele je samostatným principem občanského práva; převažuje mínění, že tomu tak není, a že by prohlášením tohoto principu mohl být podkopán svobodný demokratický základní řád občanského práva. Analogie s tzv. principem obecné ochrany slabší strany se nabízí.

73 Srov. DREXL, J. *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlichen Bezüge*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, s. 278.

74 Podobně DREXL, tamtéž, s. 302, 394.

75 Toto tzv. hospodářské sebeurčení nepředstavuje nějaké privilegium spotřebitele a mají je i podnikatelské a jiné subjekty. Specifický na spotřebiteli je soubor jeho (typických) vlastností, které by bez speciální ochrany realizaci tohoto hospodářského sebeurčení velmi často a zpravidla bránily.

Kromě veřejnoprávní ochrany (zejména v zákoně o ochraně spotřebitele) se ve prospěch ochrany spotřebitele kvůli její proveditelnosti a kvůli právní jistotě zavedla v právu soukromém dokonce kasuistická metoda výčtu zakázaných ujednání,⁷⁶ která usnadnila soudům interpretaci neurčitých klauzulí o dobrých mravech. Tato hlediska jsou nikoliv procedurální kontrolou poctivosti podmínek a průběhu kontraktace, ale kontrolou obsahové správnosti, resp. minimálních limitů spravedlnosti, které by ve spotřebitelských smlouvách měly být dodrženy.⁷⁷ Obsahová kontrola smluv je ale až poslední možností zásahu státu do soukromé autonomie stran; uplatní se v případě, že slabé postavení spotřebitele se nepodaří kompenzovat v důsledku selhání smlouvy nebo soutěže za pomoci opatření zvyšujících jeho možnosti (jako jsou typicky rozsáhlé informační povinnosti a čas na rozmyšlenou).⁷⁸

Někdy se zvláštní režim přístupu ke spotřebitelům daný jejich statisticky pravděpodobnými specifickými rysy (jako např. úprava tzv. podomních obchodů a rozšířených možností spotřebitele zrušit takto uzavřenou smlouvu) pokládá za model, jehož všeobecnému rozšíření (např. na drobné podnikatele) se dá těžko zabránit.⁷⁹ I přesto se pokládá ochrana spotřebitele za velkou právní vymoženost dvacátého století.⁸⁰

Spor mezi „ochranáři“ a „bojovníky za svobodu“ se samozřejmě neodehrává jen v případě ochrany spotřebitele. Jde o obecnější preferenci tržních mechanismů a dostatku informovanosti stran smlouvy oproti přímé regulaci chování spojené s nemalými transakčními náklady.⁸¹ Zdá se, že převládá integrační tendence k jednotnému smluvnímu právu v rámci práva občanského, spojená se zvláštní úpravou některých otázek ve spotřebitelských smlouvách a některých výjimek z obecné úpravy ve smlouvách oboustranně podnikatelských.⁸²

⁷⁶ Srov. Směrnici Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách a její implementaci v právní úpravě tzv. spotřebitelských smluv.

⁷⁷ Týkalo se to ostatně i tzv. fakultativních obchodů podle § 262 ObchZ.

⁷⁸ Srov. DREXL, op. cit., s. 544–545.

⁷⁹ Tak HONDIUS, E. The Protection of the Weak Party. *Journal of Consumer Policy*. 2004, no. 27, s. 246.

⁸⁰ Tamtéž, s. 250.

⁸¹ Kriticky k názorům Hondiuse se vyslovuje např. HARTLIEF, T. Freedom and Protection in Contemporary Contract Law. *Journal of Consumer Policy*. 2004, no. 27, zejm. na s. 261–263. Klade důraz na potřebnost zachovat vůdčí ideu individuální odpovědnosti spotřebitele.

⁸² Srov. MICKLITZ, H. W. European Principles and the Protection of the Weaker Party. *Journal of Consumer Policy*. 2004, no. 27, s. 353.

Kardinální otázkou je právě množství a dosah výjimek udělovaných z obecného smluvního práva těm, kteří postrádají tzv. vyjednávací sílu. Evropská komise se před určitou dobou pokoušela vykládat pravidla o ochraně spotřebitelů velmi široce a připodobňovat postavení malých podnikatelů k pozici spotřebitelů. Evropský soudní dvůr takovou ochranu odmítl; podle něj normálně informovaný obchodník v takové pozici není, protože si musí být vědom svého postavení a svých zájmů.⁸³ O deset let později tentýž soud potvrdil,⁸⁴ že podle evropského práva se mohou za spotřebitele považovat jen fyzické osoby (pro účely použití směrnice o nekalých obchodních praktikách 93/13 EEC⁸⁵).

1.3.2 Podnikatel jako slabší strana

Podnikatel se jakožto profesionál bez ohledu na svoji velikost chápe ve vztahu ke spotřebiteli (B2C) jako strana silnější, byť to v konkrétním případě může být daleko od pravdy.⁸⁶ Ve vztazích mezi profesionály (B2B) se tradičně vycházelo ze zásady rovnosti, samozřejmě s korektivem dobrých mravů a obchodní poctivosti. V praxi to ovšem fungovalo jinak.

Rozdíl ve vyjednávací síle, které vedou k nepoctivým podmínkám, nejsou omezeny na vztahy B2C, ale vyskytují se masově i ve vztazích B2B a mají podobné rysy (zejm. rozdíl v ekonomické moci, omezenou racionalitu, informační asymetrii), pokud jde o samostatně podnikající lidi nebo malé a střední korporátní podnikatele.⁸⁷ Od ochrany spotřebitele (*consumer protection*) se patrně přesouváme k ochraně obecného zákazníka (*customer protection*). Zpochybňuje se kontradiktornost svobody smlouvy a soutěže na trhu

⁸³ Srov. případ ECJ C-361/89 z 14. března 1991 (*Di Pinto*).

⁸⁴ Spojené případy C-541/99 a C-542-99, 22. listopadu 2001 (*Cape snc v Idealservice Srl, a Idelaservice MN RE Sas v OMAI Srl*). Akademické úvahy o podobnosti postavení malých a středních podniků a spotřebitelů a o jednotném standardu smluvního práva včetně ochrannářských prvků se ovšem úporně a jakoby kruhem vracejí. Srov. následující podkapitole a kap. 8 a literaturu tam citovanou.

⁸⁵ Touto problematikou se zabývám v kapitole 6.

⁸⁶ Třeba ve vztahu jednoduchého a nemajetného živnostníka k bohatému, vzdělanému a informovanému spotřebiteli.

⁸⁷ Srov. HESSELINK, M.W. *Towards a sharp distinction between B2B and B2C?* Working Paper Series No. 2009/06, CS ECL, Amsterdam; též. *Unfair terms in contracts between businesses*, Working Paper Series No. 2011/07, CS ECL, Amsterdam.

na jedné straně, a ochrany slabšího na straně druhé a v důsledku tedy i oddělování jakéhosi „smluvního práva pro soutěž a trh“ od jiného „smluvního práva pro spravedlnost a pro ochranu slabšího“.⁸⁸

V německé soudní praxi se údajně nehledí na zvláštní ustanovení o zvycích a praxi používaných v obchodních vztazích (B2B podle § 310 odst. 1 BGB), ale pokud se použije tzv. šedá nebo černá klauzule ve vztahu B2B, pokládá se za nepoctivou vůči *zákazníkovi* jako takovému (tedy ne pouze vůči *spotřebiteli*), i když zákazník jednal v rámci svého obchodu.⁸⁹ 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.⁹⁰

Proti myšlence jednotného standardu ochrany jsou ovšem také právně politické výhrady. Pokud totiž soudy v praxi přirozeně tendují k přísné ochraně spotřebitele jakožto slabší strany, je možné, že ani ekonomicky efektivní smluvní podmínky a klauzule nemusí v soudní kontrole obstát. V rámci jednotného standardu kontroly by se tak soudci buď určité části ochrany spotřebitele vzdali, nebo by vycházeli z ekonomického kontextu i ve spotřebitelských případech, kde jde hlavně o ochranu slabšího. Mohli by tak být přehnaně přísní ve vztazích B2B nebo by naopak neposkytovali spotřebiteli dostatečnou ochranu.⁹¹ Diferencovaný standard kontroly by takové obtíže mohl zažehnat a poskytl by flexibilnější a předvídatelnější výsledek.⁹²

Existence principiálních důvodů pro odlišnou ochranu slabší strany kvůli jejímu formálnímu spotřebitelskému nebo naopak podnikatelskému statusu se však někdy zpochybňuje. Konstatuje se zejména, že se spotřebitelské

⁸⁸ Srov. ROPPO, V. From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts. *ERCL* 2009, no. 3, s. 343, kde se odkazuje na článek A. PLAJA. Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale? *Rivista di diritto civile*, 2008, I, s. 705.

⁸⁹ 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*. München:Selier European Law Publishers, GmbH, 2012, s. 44.

⁹⁰ Srov. tamtéž a tam citovanou literaturu, s. 46–47.

⁹¹ DRYGALA, op. cit., s. 50.

⁹² 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. poslední cit. práce, s. 50, s. 45.

smlouvy (B2C) a smlouvy obchodní (B2B) v možnosti nevyváženého postavení stran deformujícího obsah právního vztahu nemusí od sebe navzájem nijak výrazně lišit. I u smluv B2B se totiž dají pozorovat typické znaky smluvní asymetrie.⁹³

- Spotřebitelé bývají sice zpravidla ekonomicky slabší, ale to někdy bývají i někteří podnikatelé závislí na určitých smlouvách více než spotřebitelé. I podnikatelé mohou uzavírat smlouvy za nerovných vyjednávacích podmínek. Systémově významná tržní síla se řeší veřejnoprávními prostředky práva na ochranu soutěže jak ve vztahu ke spotřebitelům, tak i k soutěžitelům.
- Nejen spotřebitelé, ale i podnikatelé mohou být nedostatečně informováni (informační asymetrie se pravidelně projevuje i ve vztazích B2B).
- Nejen spotřebitelé nejsou zcela racionální; i podnikatelé jsou jen lidé se stejnou psychologickou výbavou a kognitivními omezeními, která „neodkládají“ spolu se svým spotřebitelským statutem a „nenahrazují“ je jinou výbavou ve smluvních vztazích, v nichž vystupují titíž lidé jako podnikatelé.⁹⁴ Navíc vstupuje do hry informační šum v korporacích, problémy dělby moci mezi orgány a členy orgánů—to může vytvářet specificky podnikatelské (či obecněji korporační) formy přídatné iracionality.
- Někdy se uvádí, že důvodem odlišného režimu ochrany je okolnost, že spotřebitelům nejde na rozdíl od podnikatelů o zisk. To je arbitrární a neodůvodněné kritérium, které zavání levicově ideologickým odsudkem zisku jakožto něčeho nemravného, za dosahování čehož by měl být podnikatel potrestán sníženou mírou ochrany. Přitom spotřebitelům někdy jde o osobní zisk také, a někdy se naopak v podnikatelských vztazích sledují též mimoekonomické hodnoty.
- Je pravda, že spotřebitelé často nemají možnost jiné volby. Do takové situace se ale mohou dostat i podnikatelé, a to nejen tzv. malí a střední, ale zejména podnikatelé vysoce specializovaní, kteří jsou fakticky odkázáni na konkrétní tržní protistranu. Zneužití dominance se řeší veřejnoprávními nástroji a všeobecná kogentní úprava poctivosti smluvního obsahu není dotčena.

⁹³ Srov. HESSELINK, 2009, op. cit., s. 32 a násled.

⁹⁴ I Rupert Murdoch byl chráněn jakožto slabý spotřebitel, když si kupoval u stánku jeden výtisk novin. Srov. tamtéž, s. 37. Uvádí se vtipně, že důvod, proč si spotřebitel zasluhuje větší ochranu, je ten, že podnikatelé si zaslouží ochranu menší.

Z toho by plynul závěr, že by se měla dát přednost obecné ochraně skutečně slabšího před omezenou a formální ochranou toho, kdo je slabší „statisticko-statusově“, tedy možná i jen „na papíře“. Občanský zákoník chápe obecnou ochranu slabšího partnera⁹⁵ jako nadřazenou pouhé ochraně spotřebitele a jako subjektivě nediferencovanou (vztahuje se na každého partnera podnikatele).

Logicky se nabízí otázka, zda tedy existují nějaké důvody pro zvláštní ochranu, pokud jsou onou slabší stranou ve vztahu B2B podnikatelé označováni jako „malí a střední“. Na prvý pohled se zdá, že nikoliv, neboť excesy vůči nim ze strany silnějších partnerů jsou přece pokryty obecnou ochranou slabší strany. Nicméně je v poslední době zřejmé, že se začíná prosazovat další fragmentace ochrany či právního režimu právě u malých a středních podnikatelů.

1.3.3 Zvláštní soukromoprávní „protorežim“ pro malé a střední podnikatele

I u nás vznikl (v podobě zatím jen několika paragrafů) jakýsi zárodek zvláštního „práva malých a středních podnikatelů.“⁹⁶ Má se tím dát patrně formální výraz skutečnosti, že samotný podnikatelský status nezaručuje rovné postavení mezi partnery a stejnou vyjednávací sílu, a že tedy „není podnikatel jako podnikatel.“

Přestože je tato stávající úprava z hlediska svého rozsahu i reálného dopadu zanedbatelná, prosta výkladových problémů není. V § 1972 odst. 2 ObčZ se svěruje ze zákona oprávnění institucionalizovaným ochráncům zájmů malých a středních podnikatelů domáhat se neúčinnosti obchodních podmínek v rozsahu, v němž ony podmínky neodpovídají požadavkům zákona o úrocích z prodlení – ty požadavky jsou však jen obecné; obchodní podmínky se totiž mohou od zákonného standardu odchýlit jen v případě, že proto existuje „spravedlivý důvod“. V opačném případě platí pro úrok z prodlení řešení zákonné, ovšem jen podpůrně, pokud soud nerozhodne v zájmu „spravedlivého řešení“ jinak.

⁹⁵ Srov. příslušnou „generální klauzuli“ ochrany slabší strany v § 433 ObčZ.

⁹⁶ Srov. v podstatě z hlediska dopadu marginální úpravy v § 1315 odst. 3, 1964 odst. 2, 1972 odst. 2 ObčZ.

Analogická je úprava v § 1964 odst. 2 ObčZ, která se týká ujednání o času plnění či o úroku z prodlení, jsou-li vůči věřiteli – malému či střednímu podnikateli – hrubě nespravedlivá a jsou-li obsažena v obchodních podmínkách.

V § 1315 odst. 3 ObčZ se zvýhodňuje pozice zástavního dlužníka nebo zástavce, je-li současně nejen malým nebo středním podnikatelem, ale též fyzickou osobou (člověkem). Zákon stanoví totiž v takovém případě zákaz rozšířit možnosti výkonu zástavního práva o prodej zástavy „z volné ruky“ a o propadnutí zástavy.

V tomto posledně citovaném ustanovení se ovšem projevuje „statusový formalismus.“ Na jedné straně se brání (třeba i na naše poměry hodně velkému) podnikateli – člověku (splňujícímu kritéria pro zařazení do skupiny malých a středních podnikatelů) v platném sjednání této možnosti realizace zástavního práva, a to dokonce i ve sjednání individuálním, tedy nikoliv v rámci obchodních podmínek. Na straně druhé se malá jednočlenná, s. r. o. (s jediným člověkem - společníkem v roli jejího jednatele) jakožto zástavní dlužník nebo zástavce mohou dostat do situace, kdy ji silnější smluvní strana připraví o majetek prodejem předmětu zástavy z volné ruky nebo tím, že si jej ponechá. Mohlo by to být dokonce sjednáno i v obchodních podmínkách mezi podnikateli. Přitom fakticky je taková společnost slabší stranou a je ztělesňována jediným společníkem - fyzickou osobou.

Pozoruhodné je, že se na evropské úrovni neuvažuje jen s ochranou tzv. malých a středních podnikatelů (resp. „podniků“ v evropském pojetí), ale pouze s případy, kdy smluvní podmínky nebyly sjednány *individuálně*, ať už je status smluvních stran jakýkoliv. Tzv. *soft law* nazvané *Principles of European Contract Law* (PECL) se nezabývají zvláště spotřebitelskými smlouvami, ale aspirují na rozšíření ochranného působení práva na širší oblast asymetrických smluv (nevjednaných individuálně).⁹⁷

1.3.4 Kritéria příslušnosti ke skupině malých a středních podniků

Zatímco uspokojivá definice slabší strany neexistuje a sotva se jí podaří vytvořit, konvenční kvantitativně zjiřitelná hranice pro zařazení do kategorie malých a středních podniků byla vytvořena již dříve.⁹⁸ Za *středně velké*

⁹⁷ K tomu srov. MICKLITZ, 2004, op. cit., s. 334 n.

⁹⁸ Small and Medium-Size Enterprises–SME.

se považují podniky zaměstnávající méně než 250 osob, jejichž roční obrat nepřevyšuje 50 miliónů EUR a/nebo jejichž roční bilanční rozvaha (*annual balance sheet*) nepřesahuje 43 miliónů EUR. Za podniky *malé* se pokládají ty, které zaměstnávají do 50 osob a mají roční obrat a/nebo roční bilanční rozvahu nepřevyšující 10 miliónů EUR; kategorie *mikropodniků* zahrnuje zaměstnavatele nejvýše 10 osob s nejvýše dvoumiliónovým obratem a/nebo účetní rozvahou v EUR.⁹⁹

Vytvoření tak široké a přitom vnitřně nesourodé kategorie malých a středních podniků jako něčeho zvláštního se zvláštním režimem, co přitom tvoří páteř a motor hospodářského rozvoje, je poněkud sporné, neboť kategorie malých a středních podniků zahrnuje téměř všechny podnikatelské subjekty v EU.¹⁰⁰

Občanský zákoník přitom pojem malého a středního podnikatele¹⁰¹ užívá bez odkazu na evropská měřítka; jejich použití by vzhledem k vysokým prahům použitých ekonomických kritérií ostatně vedlo k zahrnutí prakticky všech tuzemských podnikatelů, takže by ztratilo jakýkoliv diferenciací smysl. Kritéria ostatně podléhají diskusi i v rámci EU a předpokládá se jejich úprava.¹⁰²

1.3.5 Funkce zvláštních úprav pro malé a střední podnikatele

S ochrannářským režimem¹⁰³ pro malé a střední podnikatele se nadále počítá v zájmu toho, aby tito podnikatelé (v evropské terminologii „podniky“) při přístupu k financím překonávaly důsledky tržních selhání vyvolaných neúplnými nebo asymetrickými informacemi, a aby se menší podniky mohly lépe vyrovnat s problémy svého zapojení do výzkumu a vývoje.

⁹⁹ Srov. Entrepreneurship and Small and medium-sized enterprises (SMEs) [cit. 6. 10. 2014]. Dostupné na: <http://ec.europa.eu/growth/smes/>. OJ L 214/38: Příloha I.

¹⁰⁰ Již před deseti lety šlo o 99% všech podniků v rámci EU–srov. HESSELINK, M. W. *SME in European Contract Law*, final version–5 July 2007, CS ECL, Amsterdam, s. 4.

¹⁰¹ Pojmu „podnik“ se zřejmě vyhýbá jen ze specifických terminologických důvodů.

¹⁰² Srov. What is an SME? Dostupné z: http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition/index_en.htm, [cit. 27. 8. 2014]. Dále http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/studies/executive-summary-evaluation-sme-definition_en.pdf, [cit. 6. 10. 2014].

¹⁰³ Srov. What is an SME? Dostupné z: http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition/index_en.htm, [cit. 27. 8. 2014].

Konstatuje se, že „malé a střední podniky hrají rozhodující roli při tvorbě pracovních příležitostí a obecně jsou faktorem sociální stability a hospodářského rozvoje. Jejich rozvoj však může být omezen selháním trhu, což vede k tomu, že tyto malé a střední podniky trpí typickými nevýhodami. Malé a střední podniky mají často potíže při získávání kapitálu, rizikového kapitálu nebo úvěrů dané přetrvávající neochotou riskovat na straně některých finančních trhů a omezeným zajištěním, které mohou nabídnout. Jejich omezené zdroje mohou rovněž omezit jejich přístup k informacím, zejména o nových technologiích a potenciálních trzích.“¹⁰⁴

Na malé a střední podnikatele se nemají vztahovat určité omezující veřejnoprávní regulace, aby tito podnikatelé nebyli nepřiměřeně ovlivněni nebo znevýhodněni ve srovnání s velkými podnikateli. Např. se právě některé kategorie veřejné podpory vyjímají z obecného zákazu, pokud jsou poskytnuty ve prospěch malých a středních podniků.

V oblasti veřejného zadávání naopak vítězí tendence odstranit zvýhodnění malých a středních podniků praktikované pod heslem „myslete nejprve na malé“ („*think small first*“). Státní pomoc má být konformní s pravidly EU včetně blokových výjimek ze zákazu veřejné podpory, ale vzhledem k relativně malé velikosti těchto subjektů se počítá s uplatněním doložky „*de minimis*“. Občanský zákoník přidává do režimu veřejnoprávních úlev pro malé a střední podnikatele určitý bonus soukromoprávní.

1.3.6 Souběh „slabšího“ s „malým nebo středním podnikatelem“

Jistou logiku by mělo zvláštní zacházení s malými a středními podnikateli v situaci, že by byli ve vztahu s velkými podnikateli ve výrazně slabším postavení. Ve vztahu ke spotřebiteli však naopak malí a střední podnikatelé mohou být (a typicky budou) v pozici silnější strany a ochrana slabšího bude krýt spotřebitele.

Ve vztahu mezi dvěma relativně stejně silnými malými nebo středními podnikateli (malý vůči malému, střední vůči střednímu, velmi malý-mikro vůči velmi malému-mikro) se ochrana středního a malého podnikatele jakožto slabší strany samozřejmě neuplatní a použijí se obecná hlediska.

¹⁰⁴ Srov. recital č. 54, Nařízení Komise (ES) č. 800/2008, ze dne 6. srpna 2008, kterým se v souladu s články 87 a 88 Smlouvy o ES prohlašují určité kategorie podpory za slučitelné se společným trhem (obecné nařízení o blokových výjimkách).

Další varianty (malý vůči střednímu, střední vůči velmi malému-mikro, malý vůči velmi malému-mikro) sice zahrnují na obou stranách příslušníky skupiny malých a středních podnikatelů, ale eventuální ochrana by se měla vztahovat je na *relativně* slabšího partnera bez ohledu na to, že i ten silnější patří také do privilegované skupiny malých a středních podnikatelů.

Vztah mezi tzv. mikropodnikatelem (např. jednotlivým obchodním zástupcem) a středním podnikatelem (např. společností s 249 zaměstnanci) může být srovnatelně nevyvážený jako vztah mezi tímž středním podnikatelem s 249 zaměstnanci a velkým podnikatelem (třeba společností s 300 zaměstnanci).¹⁰⁵

1.3.7 Vnitřní kategorizace malých a středních podnikatelů

Další problém spočívá ve vnitřní kategorizaci malých a středních podnikatelů, jakož i ve formálním odlišení malých a středních na jedné straně, a na straně druhé podnikatelů velkých. Hraniční hodnoty mohou rozhodnout o příslušnosti či nepřislušnosti do kategorie malých a středních podnikatelů, ačkoliv ve skutečnosti rozdíl v jednotkách počtu zaměstnanců nebo miliónů obratu nemusí být z hlediska relativní vyjednávací pozice vůbec podstatný, pokud bude vůbec nějaký.

Zvláštní režim malých a středních podnikatelů by také mohl vést k účelovým úpravám rozhodujících charakteristik v zájmu získání kýženého statusu malých a středních. Šedé „přechodové“ zóny z hlediska kategorizace malých a středních stejně budou existovat a muselo by se k nim přihlížet.¹⁰⁶

Obecně je *segmentace právních režimů* podle subjektů soukromoprávního vztahu velmi nebezpečný jev, který vede směrem k partikulárnímu právu feudálnímu (různá pravidla pro různé osoby, jejichž zájmy jsou rovnocenné a nedotýkají se zájmů veřejných). Rozsah je (zatím) minimální, ale prvky jakési *kvazirefeudalizace* práva tu pozorovatelné jsou.

1.3.8 Širší rámec režimu malých a středních podnikatelů

Členské státy EU nemají zvláštní úpravu, jež by se vztahovala jen na malé a střední podnikatele. Země s obchodními zákoníky (např. Rakousko,

¹⁰⁵ HESSELINK, 2007, op. cit., s. 5.

¹⁰⁶ Podobně jako se přihlíží při určování sazby trestu, pokud trestný čin spáchala osoba plně trestně odpovědná, ale „ve věku blízkém mladistvému.“

Německo, Francie, Slovensko) stanoví odlišný režim v řadě otázek pro podnikatele (obchodníky), ale nikoliv s rozlišením na podnikatele malé, střední či mikropodnikatele.¹⁰⁷

V oblasti evropského smluvního práva¹⁰⁸ se skupina malých a středních podniků dosud specifické úpravy nedočkala (na rozdíl od skupiny účastníků smluv zvané „spotřebitelé“). *Reálně* se ovšem právě této skupiny patrně nejvíc dotkla sice plošná zvýhodnění v určitých oblastech, v nichž ale velké podniky byly odolnější a adaptabilnější a selektivní ochrannářský účinek právě na malé a střední podnikatele byl evidentní.¹⁰⁹

Ani akademický návrh evropského smluvního práva (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*)¹¹⁰ nepočítá s pravidly vztahujícími se zvláště na skupinu malých a středních podnikatelů. Objevují se tedy (již výše komentované) návrhy na rozšíření standardu ochrany spotřebitele i na ně.

Ochrana spotřebitele jako tzv. *typicky* slabší smluvní strany stojí spíše na politické vůli než na argumentech, zejména pokud se již po rozhodnutí o zvláštním standardu ochranného režimu položí dodatečná otázka, proč by vlastně jako slabší strana měli být chráněni výlučně a právě jen spotřebitelé, a nikoliv *jakákoliv* výrazně slabší strana. Výše jsme poukázali na to, že podobné důvody, jaké se uvádějí pro zavedení vyššího standardu ochrany pro typicky slabšího spotřebitele, mohou nastat i u malých a středních podnikatelů, přinejmenším v případech, kdy vystupují jednorázově mimo oblast svého vlastního oboru podnikání.¹¹¹

¹⁰⁷ Tamtéž, s. 6.

¹⁰⁸ Na rozdíl od práva veřejného–srov. úpravu veřejného zadávání zakázek a veřejné podpory.

¹⁰⁹ Šlo o směrnici o obchodním zastoupení 86/653 chránící až kvazipracovněprávními metodami samostatné obchodní zástupce; dále o směrnici o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích 2000/35, novelizovanou směrnicí 2011/7 a o směrnici o elektronickém obchodu 2000/31, jejichž dopad pocítily především SME.

¹¹⁰ Draft Common Frame of Reference (DCFR). Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law [online]. [cit. 27. 8. 2014]. Dostupné na: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

¹¹¹ Když např. softwarový podnikatel kupuje pro potřeby podnikání poprvé a/nebo objedná osobní automobil nebo pořizuje klimatizaci do kancelářských prostor.

1.3.9 Jednotný standard ochrany pro nehomogenní skupinu malých a středních podnikatelů?

Kvůli značné heterogenitě uvnitř skupiny malých a středních podnikatelů, zahrnující cca 99% všech podniků v EU, je sotva představitelná plošná a jednotná ochrana všech malých a středních podnikatelů. Ta by postrádala to rozumný smysl, neboť taková ochrana by se týkala ve skutečnosti především ochrany *jedněch* malých a středních podnikatelů proti *jiným* malým a středním podnikatelům a jen zbytkově ochrany malých a středních podnikatelů proti *velkým* podnikatelům.

Možné řešení je těž uplatnit tuto ochranu jen pro mikropodniky a malé podniky anebo ji naopak omezit jen na vztah mezi malými a středními podnikateli, a na druhé straně podnikateli velkými (a vyloučit tak ochranu pro vztahy uvnitř nesourodé skupiny malých a středních podnikatelů). Uplatnit lze i kombinovaný přístup – poskytnout ochranu jen pro malé podniky a mikropodniky, ale jen v jejich vztahu s většími partnery než jsou oni.¹¹² Za samozřejmost se pokládá, že (jakkoliv může být smluvní konstelace, v níž se pohybuje malý a střední podnikatel, podobná situaci spotřebitele) případné zvýšení standardu ochrany malých a středních podnikatelů by nemělo snížit či narušit standard ochrany *spotřebitele* v jakýchkoliv jeho vztazích s podnikatelem *bez ohledu* na jeho velikost (B2B).¹¹³

Jakákoliv kategoriální („indexovaná“) ochrana (poskytovaná v závislosti na *formálním* statusu malých a středních podnikatelů) je dvojsečná – zvyšuje sice právní jistotu, předvídatelnost a soudní rozhodovací komfort, ale nezřídka na úkor spravedlnosti a zdravého rozumu.¹¹⁴

Status malého a středního podnikatele by se mohl stát „komoditou“ a nejdůležitějším hlediskem, o jehož existenci by se usilovalo a vedly by se o něj spory - spíše než o *podstatu* vlastního smluvního vztahu a o zranitelnost *konkrétního* malého či středního podnikatele. To jsou nevýhody každé kategoriální (typové) ochrany. Avšak právě u malých a středních podnikatelů

¹¹² Podobně HESSELINK, 2011, op. cit., s. 16 a násled.

¹¹³ Ostatně ochrana spotřebitele se fakticky týká *především* vztahů malých a středních podnikatelů vůči spotřebitelům, neboť cca 99% podnikatelů spadá právě do kategorie malých a středních podnikatelů.

¹¹⁴ Srov. situaci, kdy by měl být podnik s 249 zaměstnanci chráněn, ale ten s 250 zaměstnanci již nikoliv.

by mohla být taková ochrana velmi nežádoucí a mohla by vést k nadbytečné ochraně (*overprotection*) a k narušení ekvity a ozdravného působení konkurenčního prostředí. To se dá říct už jen kvůli neustálosti, malé transparentnosti a změnitelnosti kritérií kategorizace malých a středních podnikatelů; ta se již v minulosti měnila a patně dále měnit budou na evropské úrovni, zatímco na národní úrovni se ani nevytvořila.

Na podporu ochrany malých a středních podniků se postupně nabalila jakási samonosná, sebestoprvzující a zčásti i populistická ideologie hodnotící tyto subjekty jako „podhoubí“ budoucí konkurenceschopnosti nebo prostě jako automaticky tu slabší stranu, kterou je třeba chránit.¹¹⁵ Jako malé a střední však velkou část z nich nelze rozumně vnímat (v rozporu s „přejícnými“ formálními kritérii, která umožňují udělit takové označení i ekonomickým kolosům).

Legitimní je samozřejmě snaha nedopustit, aby velcí hráči uzavřeli trh těm menším, ale stejně tak komukoliv dalšímu. Pod deklarovanou ochranou malých a středních podnikatelů jde i o politicky obratně prosazované skupinové zájmy velké skupiny „malých“ podnikatelů na úkor jiných subjektů. Tak např. jisté formy „pomoci“ malým a středním dodavatelům supermarketů a hypermarketů jsou z pohledu přínosu pro spotřebitele kontraproduktivní, neboť vedou k tomu, že zboží se prodává spotřebitelům draž, než by byli prodejci schopni jinak poskytnout.

Právně politické zdůvodnění této pomoci spočívá ve snaze vyrovnat faktickou ekonomickou a finanční sílu větších soupeřů. To je však v rozporu s alokační funkcí soutěže – zdroje jsou uměle alokovány u subjektů, které by jinak o ně přišly, a to navíc při zvýšení konečných cen pro spotřebitele (méně efektivní subjekt prodává draž). Přitom názory, že malé a střední podniky jsou dynamičtější, že mají pravděpodobněji motivace k inovacím a že snáze vyvážejí pracovní místa, jsou spíše proklamací, nežli empiricky ověřenou skutečností.¹¹⁶

¹¹⁵ Srov. BEJČEK, J. *Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu*. Brno: Masarykova Univerzita, 2010, s. 25, 352 a násl.

¹¹⁶ Srov. MOTTA, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 22.

1.4 Přednost obecné ochrany slabší strany

Sdílím názor, že kategorická a „úřednická“ ochrana malých a středních podnikatelů přesně podle stanovených ukazatelů není řešením a že některé evidentně znevýhodněné subjekty by zbavila ochrany jakožto reálně (byť třeba ne „úředně“) slabší strany a jiné „indexovaně slabší“ by chránila zbytečně, protože v reálném kontextu by ve slabší pozici vzhledem k partnerům nebyli. I za cenu menší předvídatelnosti je efektivnější diferencovaný přístup, který chrání *reálně* slabší stranu – tedy ne proto, že třeba náhodou splňuje kvantifikovaná „kritéria slabosti,“ ale že se v takové pozici v *konkrétním* vztahu vůči partnerovi ocitne – to se však musí posoudit podle obecných kritérií formulovaných generálními klauzulemi.¹¹⁷ Tomuto pojetí odpovídá i formulace § 433 ObčZ,¹¹⁸ který vytváří předpoklady pro obecnou ochranu slabší strany bez ohledu na její status.¹¹⁹ Konstatuje se ostatně,¹²⁰ že nedostatek formálně právní jistoty se dá dostatečně nahradit substantivní předvídatelností.

Dlouhodobé zkušenosti z řady evropských zemí (včetně např. Německa, skandinávských států a Francie) potvrzují, že když strany vědí, že ochrana se poskytuje slabším jen ve *velmi nevyvážených* smluvních situacích či konstelacích, počítají s tím, že v případech více či méně *vyrovnaného* vyjednávání *zůstanou „opuštěny“* a stranou *zvláštní* ochrany.

DCFR obsahuje řadu generálních klauzulí a týká se i nevymahatelnosti smluv typu B2B v případě jejich neférovosti¹²¹ - podporuje tedy právě tento přístup v neprospěch *funkčně* nepostačující restriktivní interpretace *formálních* požadavků na kategorizaci chráněných subjektů. Požadavek na uplatňování hlediska poctivosti i ve vztazích B2B se tedy pokládá i na úrovni EU za dobrou politiku.¹²²

¹¹⁷ I z toho důvodu je konzistentnější přístup ke zneužití tzv. významné tržní síly na bázi relativní ekonomické závislosti, a nikoliv kvůli formalisticky stanovené „tržní síle jako takové“. K tomu srov. zejména kapitulu 7.

¹¹⁸ § 433: (1) *Kdo jako podnikatel vystupuje vůči dalším osobám v hospodářském styku, nesmí svou kvalitu odborníka ani své hospodářské postavení zneužít k vytváření nebo k využití závislosti slabší strany a k dosažení zřejmé a nedůvodně nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech stran.* (2) *Má se za to, že slabší stranou je vždy osoba, která vůči podnikateli v hospodářském styku vystupuje mimo souvislost s vlastním podnikáním.*

¹¹⁹ Samozřejmě vedle zvláštní ochrany spotřebitele podle § 1810 a násl. ObčZ.

¹²⁰ Srov. HESSELINK, 2011, op. cit., s. 18.

¹²¹ Typu „poctivost“, „dobrá obchodní praxe“, „hrubá nepoctivost“ (*gross unfairness*).

¹²² Srov. DRYGALA, op. cit., s. 39.

1.5 Generální klauzule¹²³ soukromoprávní ochrany slabšího a důsledky jejího porušení

1.5.1 Skutková podstata podnikatelského zneužití silnější pozice

Podle § 433 ObčZ se chrání *slabší strana*¹²⁴ bez ohledu na svůj podnikatelský či nepodnikatelský status, ovšem jen *v hospodářském styku s podnikatelem* jakožto stranou silnější. Bude-li v konkrétní situaci silnější stranou nepodnikatel, toto ustanovení se nepoužije, ale uplatní se jiné obsahové korektivy (příkaz poctivosti a dobré víry, zákaz nemravného jednání, zákaz zneužití práva).

Silnější podnikatel nesmí svou profesionální kvalitu ani své hospodářské postavení

- zneužít
 - k vytváření závislosti nebo
 - k využití (již existující) závislosti a
- k dosažení zřejmé a nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech.

Již výše jsem dovedl, že svou povahou je § 433 ObčZ vlastně jen mírně strukturovanějším *derivátem zásad slušnosti a zákazu zneužití práva* s uvedením konkrétnějších hodnotících hledisek; tedy zásad, které platí i pro vztahy B2B. Explicitní vydělení jakési subkategorie ochrany slabší strany jakožto druhu dobrých mravů, resp. zákazu zneužití je sice formálně logicky redundantní, ale z praktického aplikačního pohledu může být užitečné, pokud by umožňovalo snazší a strukturovanější subsumpci a aplikaci.

Jestli je to případ formulace § 433 ObčZ, je však přinejmenším sporné. *Vytvoření závislosti* slabšího na silnějším podnikateli se chápe jako samostatná část složené skutkové podstaty ochrany slabšího (arg. „nebo“). Je tedy možno

¹²³ Tato generální klauzule je doplněna rozptýleně jednotlivými skutkovými podstatami formulovanými ovšem jen předmětově, bez upřesnění obsahových hledisek (kdo je slabší stranou) – ta budou záviset na situačním kontextu. Viz další poznámku pod čarou.

¹²⁴ Kromě § 433 ObčZ se slovo „slabší“ vyskytuje i v dalších ustanoveních ObčZ (např. § 630, § 1798, § 1799, § 1800, § 1801, § 2629, § 2898). To však samozřejmě neohraničuje působnost § 433 ObčZ jen na tyto případy. Typickým případem ochrany slabšího je úprava obchodního zastoupení a v jeho rámci úprava postavení obchodního zástupce jakožto implicitně slabší strany, aniž by se přítom slovo „slabší“ vůbec použilo – srov. § 2519 ObčZ.

vytvořit závislost slabší strany a dosáhnout tím (!) zřejmé a nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech. Sotva si lze ovšem představit samostatný zdržovací nebo odstraňovací nárok slabší strany vůči silnějšímu podnikateli, aniž by se ono tvrzené vytváření závislosti nějak materializovalo.

Závislost „vytvářená“ (a ovšem tedy již „existující“) se musí tedy *materiálně využít* (resp. v dikci zákona „zneužít využitím“). Rozlišování na „vytvářeni“ a „využití“ závislosti tedy ztrácí reálný smysl. Závislost vytvářená silnějším podnikatelem bez materializace v podobě neekvivalence nespadá do režimu § 433 ObčZ. Tato materializace by ovšem zásadně neměla mít ve vztazích mezi podnikateli podobu *neúměrného zkrácení nebo lichvy*, protože pro tyto případy se zákonné důsledky vylučují podle patrně kogentního ustanovení § 1797 ObčZ.

Problematická může být i *kauzalita* mezi vytvořením závislosti slabší strany a profesionální kvalitou nebo hospodářským postavením podnikatele. Pokud silnější podnikatel nebude dominantem, *podíl slabšího podnikatele* na spoluvytváření své vlastní závislosti na silnějším podnikateli bude vždy ve hře.

Nejasná je i možnost „*zneužití*“ formou „*využití*“ (závislosti). Zneužití a využití se tradičně rozlišuje; zde zákonodárce jako by mezi oběma pojmy volně oscilloval.

Pravděpodobnou sankcí za porušení zákona je *neplatnost* takových ujednání, která budou pod ustanovení § 433 ObčZ subsumována. Protože jde o evidentní účel zákona omezit zneužívající a nepoctivé jednání v obchodním styku ve prospěch postižené strany, která by měla mít možnost úniku z takové situace, bez neplatnosti jednání by účel zákona nebyl naplněn. Nastane tedy při naplnění hypotéz § 433 NOZ neplatnost pro rozpor se zákonem, neboť to vyžaduje smysl a účel zákona podle § 580 odst. 1 ObčZ. Tento důsledek by ovšem nastal i při absenci ustanovení § 433 jakožto „variace na téma dobrých mravů“.

Pokud se k takovým ujednáním pouze „nepřihlédne“, jako by šlo o rozpor s dobrými mravy podle § 580 ObčZ, bude výsledek týž. Neplatnost právního jednání by neměla být „obecnou sankcí;“ a neměla by tedy být absolutní; ObčZ se totiž staví na obranu zásadní platnosti právních jednání.¹²⁵ Důvod

¹²⁵ Srov. § 574 ObčZ.

neplatnosti je stanoven na obranu jedné (totiž slabší) strany, která by měla mít možnost vznést námitku neplatnosti podle § 586, ale bez ní platí fikce planosti. Není důvod trvat též na neplatnosti celkové; zákon (§ 576 ObčZ) totiž preferuje neplatnost částečnou.

Možnou sankcí za porušení zákazu zneužití hospodářského postavení může být i *náhrada škody* za porušení právem stanovené povinnosti nebo i náhrada škody způsobené porušením dobrých mravů,¹²⁶ konkretizovaných zákonem v § 433 ObčZ pomocí zákazové normy do podoby povinnosti právní.

1.5.2 Dvojí statusový režim

Naše platná občanskoprávní úprava je v souladu s evropským trendem k ochraně slabší strany koncipována nejen pro případy spotřebitelských smluv. Jak jsem ve zkratce shrnul výše, evropská ochrana slabšího začala přirozeně u spotřebitelů. Směrnice EEC 93/13 byla zaměřena proti zneužití vyjednávací síly prodejců vůči spotřebitelům, považovaným *prima facie* za slabší stranu. Tento argument o slabší vyjednávací síle je sice v situacích B2B poněkud oslaben, ale i tady se projevuje snaha o analogické postupy bez ohledu na formální osobní status kontrahenta.

Přihlíží se tedy k *reálným* mocensko-informačním poměrům mezi stranami a k ev. vztahu *závislosti* a ke skutečné vyjednávací síle stran, závislé i na transakčních nákladech kontraktace. Ty slabší strana typicky nevynakládá, protože by to bylo ve vztahu k jedinečnosti kontraktace z jejího pohledu neekonomické.¹²⁷

Kontrola obsahu smlouvy ve vztazích B2B má za cíl chránit nejen slabší stranu, ale také odstraňovat *tržní selhání* spočívající v alokačních rizicích transakčních nákladů – ty by měl nést ten partner, který je způsobilý se jim lépe vyhnout nebo je lépe snášet - to je typicky ten, kdo uzavírá větší počet smluv nebo může identifikovat rizika s tím spojená s větší jistotou než druhá strana.¹²⁸

¹²⁶ Podle § 2910 ObčZ, resp. 2909 ObčZ.

¹²⁷ Na rozdíl od hlediska profesionála, který kontrakty uzavírá opakovaně a rutinně a transakční náklady se mu rozloží na minimální náklady jednotkové.

¹²⁸ Tak GILETTE, C. P. *Standard Form Contracts*. 2009, SSRN a další autoři cit. v práci DRYGALA, op. cit., s. 47.

Rutině podnikající profesionál může věnovat transakční náklady na zlepšení kvality obchodních podmínek na rozdíl od podnikatele jednorázově spolupracujícího s oním rutině podnikajícím profesionálem. Onen „jednorázový“ partner na tuto možnost, kterou teoreticky samozřejmě má, rezignuje - již jen z ekonomických důvodů se nebude moci do budoucna poučit (nedostaví se tzv. efekt učení - *learning effect*). I z tohoto důvodu se vyskytuje řada nevyvážených smluv v mezi podnikateli (B2B), byť by byli přibližně na stejné sociální, ekonomické a intelektuální úrovni.¹²⁹

Ochrana slabší strany dokonce ani ve spotřebitelských smlouvách (B2C) nezasahuje do obsahu základních ujednání a individuálně sjednaných podmínek,¹³⁰ neboť se očekává způsobilost trhu zajistit poctivou cenu a dostačnou ekvivalenci. Opačný přístup by popíral podstatu smluvní autonomie a smluvní svobody. Obchodní rizika by neměl posuzovat *ex post* soud, ale informované a odpovědně postupující smluvní strany *ex ante*.

Původní návrh evropské směrnice o nepoctivých obchodních praktikách ve spotřebitelských smlouvách sice zamýšlel podřídit obsahové kontrole rovněž individuálně sjednané podmínky, což ale nakonec - jakožto drastické omezení soukromé autonomie a narušení principů svobodné tržní ekonomiky - narazilo na úspěšný odpor a neprošlo. U oboustranného sebeurčení, při němž silnější strana nevnucuje svoji vůli straně slabší, by taková kontrola byla neodůvodněná, byla by negací zásad tržní ekonomiky a v důsledku by vedla k demoralizaci spotřebitele, jenž by nemusel vyhledávat nejvýhodnější nabídku, ale mohl by s klidem zaplatit jakoukoliv cenu s možností následné obsahové kontroly její opodstatněnosti a férovosti.¹³¹

¹²⁹ Srov. DRYGALA, op. cit., s. 43.

¹³⁰ Srov. čl. 3/1 a 4/2 směrnice EEC 93/13.

¹³¹ Srov. BRANDNER, H. E.; ULMER, P. The Community directive on unfair terms in consumer contracts: some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission. *Common Market Law Review*. 1991, Vol. 28, s. 653–656. Klíčový požadavek transparentnosti mířil proti takovým smluvním podmínkám, které mohou hlavní povinností nebo cenu zatajit či skrýt, a tak spotřebiteli znesnadnit informovaný přehled o trhu a učinit v dané situaci relativně nejlepší rozhodnutí.

Testu přiměřenosti však nepodléhají všechna ustanovení adhezní spotřebitelské smlouvy. To by totiž znamenalo v konečném důsledku negaci toho, čeho měla Směrnice dosáhnout, a sice popření funkčního volného vnitřního trhu v rámci EU.¹³² Tím spíše tato argumentace platí pro vztahy B2B.¹³³

1.5.3 Neúměrné zkrácení a lichva

Na *dvojím statusovém standardu ochrany slabší strany* lpí ObčZ při úpravě důsledků lichvy a neúměrného zkrácení.¹³⁴ Podnikatel, který byl při svém podnikání neúměrně zkrácen nebo byl obětí lichevní smlouvy, se na rozdíl od spotřebitele nemůže dovolat neplatnosti smlouvy, ani nemůže požadovat její zrušení. Zákon tu tedy trvá na odlišném a formálně statusově podmíněném režimu právní ochrany slabší strany.

Extenzivní a paternalistické používání ochrany slabší strany by se mohlo ocitnout v rozporu se zásadou závaznosti smluv, smluvní svobody a smluvní autonomie a mohlo by posilovat tendenci k morálnímu hazardu¹³⁵ a k neodpovědnosti slabších kontrahentů za svoje jednání, až by se mohli v důsledku takové ochrany slabšího stát stranou *fakticky* silnější. Delikátní rovnováhu mezi protichůdnými principy nastolí až judikatura, která snad bude postupovat velmi obezřetně a neaktivisticky.

Úprava *laesio enormis* v § 1793 ObčZ upravuje důsledky *poruchy ekvivalence*. Nelze je zaměňovat se sociálními důvody uvolnění z právního závazku

¹³² K tomu viz Stanovisko generální advokátky Verici Trstenjak v řízení před Evropským soudním dvorem ve věci C-484/08, bod 63: „Podle právní teorie souvisí omezení rozsahu přezkumu stanovené v čl. 4 odst. 2 směrnice 93/13 EHS s důvody tržního hospodářství. Podle základních principů liberálního ekonomického uspořádání si smluvní strany svobodně stanoví plnění a protiplnění, ohledně kterých uzavírají smlouvu. To je v souladu s pravidly trhu a hospodářské soutěže, která jsou při přezkumu přiměřenosti nebo rovnocennosti částečně potlačena, takže je vyloučeno jakékoliv systematické tržní chování poskytovatele zaměřené na tato pravidla.“ Bližší argumentaci viz BEJČEK, J. Ochrana spotřebitele, nebo i pokrytecky zastřená ochrana věrolomnosti? *Právní rozhledy*. 2013, č. 13–14, s. 477 a násl.

¹³³ Adhezita kontraktace mezi podnikateli ve vztahu k postavení slabší strany je téma na samostatný rozbor, jemuž se zde nevěnuji.

¹³⁴ Ustanovení § 1793 a násl. 1796 ObčZ.

¹³⁵ Pro oblast finančních služeb poskytovaných spotřebitelům srov. CHEREDNYCHENKO, 2014, op. cit., s. 390–421.

– to je řešení *ex post* a nemá co do činění se vztahem *plnění - protiplnění*.¹³⁶ Tržní cena je měřítkem obvyklosti tam, kde se dá zjistit. Maximalizace zisku subjektu je legitimní hospodářský cíl, pokud by však tento cíl zůstal bez korekce, popřela by se tím možnost zpochybnit smlouvu kvůli nedostatku objektivní ekvivalence.¹³⁷

Neúměrné zkrácení není spojeno s neplatností, ale zásadně s restitučními nároky. Jejich smluvní modifikaci (a to směrem ke zmírnění nároků na zkracující stranu) je možné si představit. Ustanovení je patrně dispozitivní. Právně eticky budou však hranice nastaveny korektivem dobrých mravů (s důsledkem neplatnosti) např. tam, kde v podmínkách informační asymetrie zvýhodněná strana o zkrácení věděla.

Excesivní laesio enormis může tedy nabýt kvality *příkrého rozporu s dobrými mravy* a může vést k neplatnosti právního jednání, pokud by to smysl a účel zákona vyžadoval.¹³⁸ Možnost namítat neplatnost právního jednání u excesivně nemravného postupu není tedy ani pro nepodnikatele vyloučena zvláštní úpravou *laesio enormis*, která se neplatnosti netýká. I obecná generální klauzule ochrany slabší strany podle § 433 ObčZ by se tedy dala i ve vztazích mezi podnikateli použít, pokud by se překlenuly výše naznačené interpretační problémy a naplnila by se její skutková podstata.

Úprava *lichvy* v § 1796 ObčZ reaguje na možnou *poruchu vůle ve spojení s poruchou ekvivalence*. Nehovoří se v ní o (hospodářské) závislosti; to může být druh tísně.¹³⁹ Lichva se chápe jako vědomé využití něčí slabosti k dosažení nadměrného zisku, ale stačí¹⁴⁰ dosáhnout takového prospěchu bez záměru; postačuje dokonce, že nepoměr nezná lichevník z vlastní nedbalosti.¹⁴¹ I u lichvy je podle převládajícího mínění rozhodující tržní cena v okamžiku uzavření smlouvy.

Skutková podstata lichvy spočívá tedy v ovlivnění vůle jedné ze stran, jež není s to kvůli svému kognitivnímu nebo emocionálnímu handicapu schopna

¹³⁶ Tak např. v Rakousku je možné postupovat podle 934 ABGB a za základ se bere znalecký posudek z ekonomie. Srov. WINNER, M. *Wert und Preis im Zivilrecht*. Wien–New York: Springer Verlag, 1. A, 2007, s. 116.

¹³⁷ Srov. tamtéž, s. 141–142.

¹³⁸ Srov. § 580 odst. 1 ObčZ.

¹³⁹ Např. úvěry na splátky úvěrů?

¹⁴⁰ Podle rakouské judikatury.

¹⁴¹ Srov. WINNER, op. cit., s. 64.

porovnat majetkovou hodnotu poskytnutého či přislíbeného plnění s hodnotou tržní. Každá z charakteristik vlastností zneužitých při lichevní kontraktaci stačí osamoceně; možné jsou samozřejmě kombinace, které zlepšují důkazní situaci zneužitě smluvní strany a činí pravděpodobnějším následek relativní neplatnosti. Z těchto charakteristik se vymyká v nové úpravě tzv. lehkomyšlnost, která má ve srovnání s ostatními charakteristikami ještě „rozmazanější“ obrysy a je navíc snadno tvrzeným a těžko vyvratitelným *ex post* hodnocením vlastního jednání.

Vyloučení podnikatelů ze zásadní možnosti napadnout lichevní nebo neúměrně nevýhodnou smlouvu vyplývá z předpokladu, že podnikatel jakožto profesionál zná hodnotu prodávaného zboží. Kdo může lépe pozorovat trh, měl by nést následky toho, že to činí nedostatečně. Nicméně použití § 588 ObčZ soudem (a podle § 3017 ObčZ i rozhodcem) nemusí být vyloučeno ani pro podnikatele: může totiž nastat *neplatnost* právního jednání pro *zjevný rozpor s dobrými mravy* (vedle protiprávnosti zjevně narušující veřejný pořádek). Mohlo by to kompenzovat např. křiklavé případy informační asymetrie mezi podnikatelem (drobným prostým živnostníkem) a podnikatelem (velkou profesionální společností). Z hlediska behaviorální psychologie je drobný živnostník prostě člověk (byť ne spotřebitel), který je často v obrovské informační asymetrii vůči velké profesionální korporaci, aniž má možnost být chráněn jako slabší strana.

1.5.4 Ochrana slabšího jako generální klauzule

Vzniká logická otázka: představuje-li ustanovení § 433 ObčZ jakousi *generální klauzuli* „podnikatelských dobrých mravů“, měla by se připustit její aplikace i navzdory existenci „zvláštních skutkových podstat“ lichvy a neúměrného zkrácení, které ze své působnosti podnikatele statusově explicitně vylučují? Taková obecná ochrana slabší strany (byť podnikatele) před silnější stranou v podobě podnikatele se zdá být spíše eticky fundovaným, nicméně pouhým přáním zákonodárce, které bude sotva vymahatelné. Funkčně je spíše nahradí méně komplikované *tradiční obecné morální korektivy* obsahové správnosti smluv. Lze si sotva představit jednání rozporné s ustanovením § 433 ObčZ, které by bylo mravně konformní.

Podobný problém může vzniknout u vztahu obchodního zástupce (jakožto statusově slabší strany) vůči zastoupenému. Nejasnou ochranu slabšího podle § 433 ObčZ je možno odmítat s argumentem, že všechny podstatné aspekty ochrany slabšího jsou přece upraveny zvlášť v rámci smluvního typu obchodního zastoupení. Generální požadavek zákazu zneužití práva a zákazu jednání příčícího se dobrým mravům však jako základní interpretační pravidlo vyloučen být nemůže. V tomto smyslu *lex generalis derogat legi speciali*.

2 ROVNOST A ZÁKAZ DISKRIMINACE

Požadavek tzv. rovnosti je velmi kontroverzní a terminologicky neurčitý. Je velmi atraktivním politicko-propagandistickým heslem a ideologickým poutačem pro část elektorátu tíhnoucí spíše k rovnostářství (k rovnosti ve výsledcích) nežli k rovnosti příležitostí. Takto pojaté rovnosti se někdy přikládá a přisuzuje až mystická schopnost vyřešit většinu problémů současné společnosti, jako např. násilí, tzv. kvality života, zdravotního stavu populace apod.¹⁴² To je tvrzení až religiózního obsahu a verifikovatelnosti; toto pojetí rovnosti pramení patrně z rovnosti před Bohem, ale zaměňuje rovnost skutečnou a rovnost legální (rovnoprávnost).¹⁴³

Blahodárný evoluční význam a potenciál faktické diference a s ní spjaté faktické nerovnosti lze sotva popřít. Dalším mnohdy nepřiznaným důsledkem skutečnosti, že všichni lidé nejsou rovni ve smyslu nároku na rovnost ve výsledku,¹⁴⁴ ale jen se rovni rodí,¹⁴⁵ je vliv na svobodu. Svoboda je požadavkem individuálním, rovnost je požadavkem společenským a svobodu individua omezuje.¹⁴⁶ Rovnost příležitostí ji otvírá, rovnost ve výsledku ji ničí.

Rovnost stran v právním vztahu má užší význam. Vesměs se ztotožňuje s absencí diskriminace (zákazem rozdílného zacházení či požadavkem stejného zacházení) a v souvislosti se svobodou soukromoprávní smlouvy

¹⁴² Srov. WILKINSON, R.; PICKETTOVÁ, K. *Rovnováha (proč je rovnost výhodná pro každého)*. Grimmus 2013, s. 35, 45, 93–96, 152 a jinde. Nerovnost se označuje jako *strukturální násilí* (s. 143 a násl.).

¹⁴³ Srov. SARRAZIN, T. *Teror ctnosti*. Praha: Academia, 2015, s. 36–37, 65 a mnohde jinde.

¹⁴⁴ Což se přičítá francouzské revoluční tradici—srov. SARRAZIN, 2015, op. cit., s. 188.

¹⁴⁵ Ve smyslu americké Deklarace nezávislosti (*all men are created equal*); ibid., též na s. 192, kde se dovozuje, že anglosaský myšlenkový styl zdůrazňoval křesťanskou tradici rovnosti před Bohem, z níž byla vyvozována rovnost před zákonem, která se nezabývala materiální rovností či rovností výsledků; francouzský myšlenkový styl mířil ideou společenské smlouvy naopak na skutečnou rovnost lidí ve smyslu materiálním. Je zřejmé, že pojem rovnosti je v samotné své podstatě ohrožen ideologizací, která nepřeje věcné argumentaci, ale spíše moralizaci.

¹⁴⁶ Myšlenka T. Manna z *Problému svobody*, cit. podle SARRAZIN, 2015, op. cit., s. 208. Jak konstatuje Isaiah Berlin: „Křesťanská (a židovská či muslimská) víra v absolutní autoritu božských nebo přirozených zákonů nebo v rovnost všech lidí před tvář Boha se velmi liší od víry ve svobodu žít, jak se mi líbí.“ (zvýraznění textu JB). Srov. BERLIN, I. *Čtyři eseje o svobodě*. Praha: Prostor, 1999, s. 228.

se koriguje jistým minimálním prahem poctivosti tak, „aby silnému nebylo dovoleno přitlačit slabého ke zdi.“¹⁴⁷ Soudy mají nejen smlouvy vynucovat, ale také zajišťovat, aby se v nich dodržoval jistý minimální standard poctivosti. Ten se však nepoměruje zpětně podle výsledku, ale podle poctivosti procesu negociace, která by měla zajistit korektní interakci sil účastníků.

Přitom se však i tady přiznává,¹⁴⁸ že toto dělení je spíše doktrinární a že v praxi se ne vždy dodržuje. Je-li *výsledek* nespravedlivý, zkoumá se (a často se nalézá) nespravedlivost ve vyjednávacím *procesu*, zatímco když i přes nespravedlivost ve vyjednávacím procesu se dostaví spravedlivý výsledek, nikomu to nevadí a kvůli „principu“ se nesoudí, protože výsledek je i navzdory porušení vyjednávací spravedlnosti uspokojivý. *Procedurální* nespravedlnost vede k *substantivní* nespravedlnosti (k velké nerovnosti ve výsledku) jen někdy, ale zdaleka ne vždy; naopak velká nespravedlnost ve výsledku nemusí být kauzálně podmíněna nespravedlností procedurální.

Ochrana tzv. slabší strany v obchodním styku, jíž se tato práce především zabývá, se může na prvý pohled jevit i jako diskriminace strany silnější, resp. jako obrácená (pozitivní) diskriminace. Jde vlastně o výraz právní politiky rovnosti, která však nevede k právu na rovnost ve výsledku.¹⁴⁹

Zákaz zneužití práva nebo požadavek obchodní poctivosti není druhem této „diskriminace“, neboť vyslovuje obsahové požadavky vůči oběma (všem) účastníkům právního vztahu. Na druhé straně ale specifické požadavky na průběh kontraktace nebo na obsah některých ujednání ve vztahu k tzv. slabší straně (jakkoliv vymezené) jsou vlastně druhem „diskriminačního“ (odlišného) zacházení v širokém slova smyslu. Je jimi narušena rovnost stran, resp. se strany kvůli odlišnému mocenskému poměru prohlásí za nerovné, což opravňuje nerovné zacházení s nerovnými.

Zásadní strukturální nerovnost se vymezuje např. u dominantního postavení na trhu podle ZOHS, ale sankcionuje se až její zneužití. Určit právně relevantní nerovnost mezi partnery, z nichž žádný nezaujímá dominantní

¹⁴⁷ THAL, S. N. The Inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual unfairness. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1988, vol. 8., no. 1, s. 18. Myslí se tím především absence nátlaku či pohrůžky (*duress*) nebo nepatřičného vlivu (*undue influence*).

¹⁴⁸ Srov. AYTIAH, P. S. Contract and Fair Exchange. *University of Toronto Law Journal*. 1985, vol. 35, s. 5–6.

¹⁴⁹ Srov. DWORKIN, 2001, op. cit., s. 283.

postavení, ale je jen relativně silnější vůči druhé straně, je mnohem delikátnější úkol. Velmi nepředvídatelně může zasahovat do zásady právní jistoty. Je těžké jej splnit jen pomocí *ad hoc* aktivistických hledisek, dojmů a představ soudu, a proto se i v takových případech používá snáze aplikačně uchopitelných formálních hledisek¹⁵⁰ (srov. statusové zařazení do skupiny tzv. slabších, resp. formulace konkrétních zakázaných nepoctivých ujednání).

Těmito metodami se zabývám v následujících kapitolách. Zejména testuji otázku, zda je tvrzení znevýhodnění určitých subjektů (dodavatelů obchodních řetězců) při jejich kontraktaci s tzv. silnějšími partnery (odběrateli) opodstatněno tím, že v jeho důsledku je na tom společnost lépe jako celek,¹⁵¹ nebo zda nejde jen nebo především o redistribuční cíle mezi obchodníky.

Ve veřejném právu se zákaz diskriminace uplatňuje nikoliv ve vztahu mezi účastníky (pojmově asymetrického) vztahu, ale typicky jako zásada rovného zacházení s účastníky řízení ze strany orgánu moci (nediskriminace), a to nejen v aktuálním vztahu, ale i v obdobných situacích v budoucnu (projev v procesní zásadě legitimního očekávání).¹⁵² Projevuje se jako požadavek stejného zacházení se stejnými případy, ale též jako nárok na odlišné zacházení s případy odlišnými. I ve vztazích upravených právem veřejným, v nichž účastníci nemají rovné postavení, je ovšem přítomen střet zásad rovnosti a ochrany slabší strany (srov. např. akcent na ochrannářské prvky u některých možnostech veřejného práva vyloučit tzv. tvrdost zákona).

V soukromém právu se rovnost chápe jako souřadnost zájmů stran právního vztahu. (zájmová rovnost). Zájmy obou stran mají stejný význam a jen při křiklavé nerovnosti stran se přistupuje ke kompenzaci faktické nerovnosti prostřednictvím rovnosti v právech a povinnostech (rovnoprávnosti). Z této kategorie je i ochrana slabší strany.

Výjimky ze zásady rovnosti (ochrana slabšího) je třeba posuzovat nikoliv plošně, ale až na základě uvážení, zda formální rovnost potřebuje korekci

¹⁵⁰ Jde o klasický konflikt formalismu s *ad hoc* rozhodováním o tom, co je spravedlivé.

¹⁵¹ DWORKIN, 2001, op. cit., s. 289.

¹⁵² Srov. § 2 odst. 4 správního řádu, který správnímu orgánu ukládá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem, aby odpovídalo okolnostem daného případu a aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly neodůvodněné rozdíly. Ustanovení § 7 téhož předpisu předepisuje správnímu orgánu nestranný postup vůči dotčeným osobám (jež mají při uplatňování svých procesních práv rovné postavení), a aby správní orgán vyžadoval plnění jejich procesních povinností rovnou měrou.

směrem k rovnosti materiální. Uznání či neuznání takové potřeby je výsostně politikum a předpokládá jasné hodnotové stanovisko a hodnotové preference. Pravidlem je rovnoprávnost, nerovnost je výjimkou. Ochrana slabší strany je reakcí práva na faktickou nerovnost a porušením formální rovnoprávnosti - slabší straně se přiznává s kompenzačním záměrem více práv nežli má strana silnější.

Nejde tedy v pravém slova smyslu o diskriminaci; tak se to může na prvý pohled jen jevit. Diskriminační by naopak bylo, kdyby se se stranami s diametrálně odlišným postavením zacházelo stejně – některé rozdíly v postavení stran naopak vyžadují, aby se se stranami zacházelo diferencovaně.¹⁵³

Rovnost *materiální* (faktická) koriguje rovnost *formální*, jež se zaměřuje na *procedurální* stránku věci a nedisponuje kritérii pro posuzování *obsahové* stránky vztahu.¹⁵⁴ Ochrana tzv. slabších se děje buď přiznáním nějakých práv slabším, která silnější strana nemá,¹⁵⁵ nebo naopak uložením povinností silnější straně, které nemá strana slabší,¹⁵⁶ možné jsou i variace: uložení menšího rozsahu typově stejných povinností nebo většího rozsahu obdobných práv slabší straně ve srovnání se stranou silnější.

Ochrana slabší strany jako výjimka ze zásady rovnosti není tedy výsadou práva soukromého. V některých případech je ochrana slabší strany prostředky práva *soukromého* pokládána za nedostatečnou a přesouvá se opět

¹⁵³ Typickým příkladem je doktrína zvláštní odpovědnosti dominantního soutěžitele podle ZŮHS. Dominant má více povinností a méně práv nežli (*ceteris paribus*) subdominant. Podobně je motivována i ochrana spotřebitele. I kdyby z hlediska veřejnoprávní ochrany soutěže nebylo právo porušeno (diskriminující subjekt by neměl dominantní postavení, a proto by se na něj zákaz jeho zneužití nevztahoval), nebude diskriminace spotřebitele nezávadná, protože by se ocitla v rozporu se zákazem diskriminace spotřebitele podle § 6 (veřejnoprávního) zákona o ochraně spotřebitele (zákon č. 634/1992 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků stanoví v § 6, že „prodávající se nesmí při prodeji výrobků a poskytování služeb spotřebitele diskriminovat“). Dokonce, i když bude diskriminačně jednat subdominantní podnikatel vůči jinému podnikateli (nebude tedy přímo diskriminován spotřebitel), mohl by tím porušit evropské právo, které zakazuje diskriminační chování (jen s výjimkami výslovně uvedenými) jako překážku volného pohybu zboží a služeb, která brání vytváření a fungování jednotného trhu.

¹⁵⁴ Srov. GERLOCH, A.; TRYZNA, J. Příliš rovnosti škodí? (K otázce ústavního zakotvení požadavku na odlišné zacházení v odlišných případech). *Soudce*. 2013, č. 3, s. 24.

¹⁵⁵ Typicky u spotřebitelských smluv tzv. ochlazovací období (právo zrušit smlouvu v určitém intervalu po jejím uzavření).

¹⁵⁶ Např. specifické informační povinnosti podnikatele vůči spotřebiteli podle § 1811 ObčZ.

do funkčně k tomu způsobilější sféry *veřejnoprávní*, kde původně započala a předcházela úpravě soukromoprávní (srov. např. právo na ochranu spotřebitele). I samotná ochrana může být společenskou hodnotou.¹⁵⁷

Ochrana slabšího se může na první pohled jevit jako eticky nezpochybnitelný a ušlechtilý cíl, ale z hlediska ekonomické logiky sledující hodnotu efektivnosti a i z pohledu komutativní spravedlnosti je kontroverzní. I ve spotřebitelském právu, kde je mocenská a informační nerovnováha stran vesměs evidentní, se striktně omezují zásahy do obsahu smluvních podmínek. Tím spíše to musí platit pro ochranu tzv. slabších korporátních subjektů kvalifikovaných jen tím, že jde o malé či střední podnikatele.

Charakteristika slabší strany (která má slabší vyjednávací pozici) neplyne totiž z její samotné velikosti, ale především z možností *disponibilních vnějších voleb*, které ta či ona strana má vůči svému partnerovi. Za předpokladu, že na trhu existuje účinná soutěž, může mít dokonce i prostý spotřebitel (schopný proto bez dalšího přejít k jinému prodejci) rovnocennou vyjednávací sílu jako velký maloobchodní distributor. Totéž platí i o malých a středních podnicích.

Nevyváženost vyjednávacích pozic (vyjednávací síly) je vztahová záležitost. Může být způsobena buď výrazně silným postavením jedné ze stran (typicky dominanty), nebo mimořádně slabou pozicí druhé strany (ev. kombinací obou). Někdy se proto rozlišuje¹⁵⁸ mocenská vyjednávací nerovnost založená na *síle* a nerovnost založená na *slabosti*. Pro řešení důsledků první nerovnosti se jako vhodnější navrhuje objektivizovaná hlediska posuzování konkurenčnosti příslušných trhů, zatímco pro tu druhou nerovnost jsou vhodnější analýzy individuálních transakcí v každém jednotlivém případě, které mohou provádět jen soudy.

Právo by mělo zasahovat¹⁵⁹ ve třech skupinách případů vyjednávací slabosti:

- pokud jedna ze stran nemá dostatečné *informace* o podstatě závazku nebo o jeho okolnostech,¹⁶⁰

¹⁵⁷ Blíže BEJČEK, J. Princip rovnosti a ochrana slabšího. *Právní fórum*. 2004, č. 4, s. 129–132.

¹⁵⁸ THAL, op. cit., s. 30.

¹⁵⁹ Tamtéž, s. 31–32.

¹⁶⁰ Což může být typicky případ spotřebitelské smlouvy, ale sotva smlouvy mezi dvěma podnikateli (třeba obchodním řetězcem a jeho profesionálním dodavatelem).

- jedna ze stran nemá jinou vyjednávací *alternativu*;¹⁶¹
- jedna ze stran je postavena do pozice, kdy musí *důvěřovat* straně druhé.¹⁶²

Princip rovnosti se pokládá za žádoucí východisko soukromoprávních úprav; konstatování, že jeho druhá stránka, tedy odlišné zacházení s odlišnými případy, není pozitivně právně zakotveno,¹⁶³ je nepřesné. Takové případy se vykytují jak ve veřejném právu,¹⁶⁴ tak i v právu soukromém.¹⁶⁵

Pravda je, že takový požadavek na různé zacházení s různým není stanoven pro zákonodárce; ten není ústavněprávně povinen v právních normách rozlišovat a přihlížet k odlišnostem. Neexistuje právo na přijetí pozitivních opatření, formálně rovná úprava není kontroverzní *a priori*, není-li přijata s cílem poškodit nebo znevýhodnit určité subjekty nebo je zkrátit na jejich právech či svobodách.¹⁶⁶

Takový závěr nebude u úprav chránících slabší stranu dovoditelný, a to bez ohledu na lobbistické zájmové tlaky v pozadí, které se ventilují i v důvodových zprávách k návrhům zákonů nikoliv jako snaha poškodit jiné - silnější, ale jako snaha vyrovnat nepříznivé postavení a podmínky těch slabších.

¹⁶¹ Což neznamená absenci jakékoliv alternativy, ale jen alternativy k vyjednávání. Tuto situaci namítají často subjekty v postavení tzv. ekonomické závislosti i vůči takovým partnerům, kteří nedosahují (objektivní) tržní dominance. Může jít typicky o vztahy mezi obchodními řetězci a dodavateli.

¹⁶² Typicky u vztahu bankéře a klienta, lékaře a pacienta, klienta a advokáta. Podle mého názoru jde však jen o variaci na prvou situaci, kdy se k nedostatku informací (resp. k neschopnosti jim porozumět, i kdyby byly poskytnuty) připojuje důvěra v toho, kdo s nimi dokáže nakládat, analyzovat je a vyvodit s jejich použitím správné (a pro neinformovaného partnera poctivé) doporučení či řešení. Může jít nejen o spotřebitelský vztah, ale i o vztah dvou podnikatelů (advokáta a podnikatele-klienta), ale určitě ne o vztah dvou plnoprávných obchodníků.

¹⁶³ Srov. BOBEK, M.; BOUČKOVÁ, P.; KÜHN, Z. *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 27.

¹⁶⁴ Srov. úpravu zneužití dominantního postavení podle § 11 ZOHS nebo úpravu zákazu zneužití tzv. významné tržní síly podle ZVTS. Orgány státní správy jsou povinny chovat se v takových případech k silnější straně výrazně odchylně, resp. teprve v takových případech jsou nadány věcnou a osobní působností vůči těmto subjektům konat.

¹⁶⁵ Srov. např. ustanovení § 2953 odst. 1 ObčZ. Podle něho soud z důvodů zvláštního zřetele hodných přiměřeně sníží náhradu škody. Vezme přitom zřetel zejména na to, jak ke škodě došlo, *ke osobním a majetkovým poměrům člověka*, který škodu způsobil a odpovídá za ni, jakož i *ke poměrům poškozeného* (zvýraznil JB). Stanoví se tu přece přiměřená moderační povinnost ve prospěch člověka (fyzické osoby) podle diskriminačních hledisek, byť stanovených velmi neurčitě a obecně.

¹⁶⁶ Srov. GERLOCH, TRYZNA, 2013, op. cit., s. 25, 28.

3 VYJEDNÁVACÍ SÍLA

3.1 Pojem vyjednávací síly

Pojem síly nebo moci je sám o sobě velmi neurčitý a jeho obsah se v různých kontextech chápe spíše intuitivně. Tomu nezabrání ani „zúžení“ atributem „tržní“ nebo „vyjednávací“. Pokusy definovat jej zákonem se odvíjejí pomocí generálních klauzulí operujících s neurčitě formulovanými kvalitativními kritérii a spojených s demonstrativním uvedením několika konkrétních případů; judikatorní zpětná vazba a specifikace se samozřejmě předpokládají.¹⁶⁷

Protože by mohlo vzniknout nedorozumění při používání různých a sváděpodobných termínů, které již samy o sobě mají dost neurčitý obsah, je vhodné si je konvenčně vymezit. Mocenské pozice obchodních partnerů jsou závislé na mnoha okolnostech, které se vesměs obtížně kvantifikují, pokud není kvantifikace úplně nemožná. Jde nejen o poměr v „hrubé“ (a jakžtakž měřitelné) obecné ekonomické síle (vyjádřené např. výší zisku či celkových aktiv), ale např. též o poměr v informovanosti stran (informační symetrie či asymetrie), v jejich kvalifikaci a odbornosti, v míře (průsečiku) společných zájmů (zda jedna strana potřebuje druhou více než tato stranu prvou, a v jaké míře), ve stupni averze či inklinace k riziku a vlastní sebedůvěře,¹⁶⁸ apod., nehledě na skutečnost, že o chování stran rozhoduje ve značné míře nikoliv jejich skutečná síla, ale spíše představa o ní a o jejím poměru k síle protivníka (partnera). Síla totiž může působit na druhého již jen svou potenciální hrozbou,¹⁶⁹ aniž je efektivně vynaložena a uplatněna.

¹⁶⁷ Srov. vymezení pojmu tržní moci v zákoně o ochraně hospodářské soutěže nebo tzv. významné tržní síly v zákoně o významné tržní síle; nový občanský zákoník nedefinuje vyjednávací sílu, ale nepřímo ji dovozuje u strany, která má za partnera vágně určenou „slabší stranu“ – srov. § 433 ObčZ.

¹⁶⁸ Opatrnější partner může být v konkrétním kontextu tou slabší stranou ve styku s rizikomilovným „hráčem“, byť tomu nemusí odpovídat čistě ekonomická hlediska.

¹⁶⁹ Třeba domnělou představou slabšího, že by silnější partner uplatnil postup „*take it or leave it*“, ač by k tomu třeba ve skutečnosti nepřistoupil.

Může nastat i opačný efekt výrazné mocenské převahy jedné ze stran:¹⁷⁰ jde o tzv. „mocenský paradox“.¹⁷¹ Značná mocenská disparita může silnějšího partnera „ochromit“ v obavě z postihu za zneužití své síly (v podmínkách fungujícího systému právní ochrany), takže se snaží v rámci prevence raději o opatrnější a vstřícnější přístup k partnerovi. Je ovšem těžké oddělit tento možný vliv od jiných motivačních faktorů silnějšího partnera (např. i od obvyčejné slušnosti a etiky, která se ani jemu nemusí vždy vyhnout). V konkrétní konstelaci (a v závislosti na psychologickém ustrojení jednajících osob) mohou vrchu nabýt prestižní (princiální, poziční, statusová) hlediska, která převáží nad realitou skutečných mocenských poměrů mezi stranami.

K tomu přistupuje komplexnost (provázanost s okolním prostředím) a dynamičnost jak reálné mocenské pozice (jež samozřejmě není jednou provždy dána), tak i představy o ní ve vědomí každého z partnerů.¹⁷² To samozřejmě znesnadňuje samotnou identifikaci takových situací a jejich právní hodnocení.

Problém je i v tom, že *relativní* nerovnost mezi stranami může nastat i při jejich nízké absolutní ekonomické síle (ať už je vyjádřena jakkoliv), zatímco *absolutní* nerovnost znamená, že objektivní ekonomická moc oligopolního či oligopsonního partnera znemožňuje většině jeho potenciálních partnerů jednání jako rovného s rovným; extrémním případem je monopol nebo monopson – v těchto případech se vyjednávací síla toho silnějšího partnera implicitně skrývá v objektivním konceptu tržní moci.

Významná je okolnost, zda se vlivu silnější strany (obchodní transakci) může druhá strana *reálně* vyhnout (takže pokud se mu vystaví, je to její dobrovolné rozhodnutí) nebo zda je ekonomicky či jinak nucena se mu podrobit. Ještě přesnější dělení je na situace, kdy je v mocenském nepoměru konkrétní strana vůči jiné jednotlivé straně a na případy, kdy je mocensky nadřazena jedna strana celé skupině (všem nebo většině) svých partnerů.

¹⁷⁰ Závislý ovšem na právním ochrannářském rámci ve prospěch tzv. slabší strany a na pravděpodobnosti a důrazu jeho uplatňování.

¹⁷¹ Srov. ADLER, R. S.; SILVERSTEIN, E. M. When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations. 5 *Harvard Negotiation Law Review*. 2000, vol. 29, no. 1, cit. podle BARNHIZER, D. D. Inequality of Bargaining Power. *Legal Studies Research Paper Series* [online]. Michigan State University College of Law, s. 39 [cit. 12. 10. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=570705>

¹⁷² V reálné rozhodovací situaci se člověk vždy řídí svou představou, která realitě koresponduje jen více či méně.

Některé druhy moci existují *nezávisle na právu* a na druhé straně *právo samo* vytváří v řadě případů nerovnovážné mocenské vztahy mezi stranami a tak vlastně *uměle* konstruuje *objektivně* neexistující nerovnost. Právo samotné - tím, že garantuje smluvní svobodu a právo vlastnické - připouští nepřímou nerovnost mezi subjekty, která může vzniknout nejen díky různým subjektivním okolnostem a vlastnostem a schopnostem subjektů, ale i nahodile, díky „štěstí“.

Síla je korelátom nerovnosti a určitě nevzniká hlavně díky právu, které ji spíše jen reflektuje (počítá s ní) a je k ní buď neutrální, nebo ji ještě umocňuje, ev. ji v určitém rozsahu a za určitých podmínek kompenzuje.

Zásada rovnosti se mnohdy atakuje poukazem na to, že strany soukromoprávního vztahu si fakticky rovny nejsou (což nikdo nepopírá) a že existují rozdíly v jejich vyjednávací síle, které je třeba kompenzovat, pokud jsou zneužity. Rozdíly ve vyjednávací síle ovšem na druhé straně jsou něco zcela přirozeného, co plyne ze samotné podstaty obchodu a co je hybatelem hospodářské soutěže.

Absolutizace rovnosti by znamenala zábranu zdatným, aby měli výhodu ze své zdatnosti; tato zábrana by vedla k demotivaci zdatných, která by škodila celé společnosti, a tedy v důsledku i těm méně zdatným. Zvláště dramatické by to bylo v situaci, kdy by se prosadila rovnost nikoliv jen v přístupu k příležitostem, ale rovnost ve výsledku.

Absolutizace svobody zase naopak způsobuje polarizaci společnosti a přežití jen těch nejzdatnějších, a popírá tedy svobodu těch méně zdatných. Požadavek na socializující rovnost ve výsledcích (rovnostářství) vede k nerovnému zacházení (k jistému druhu „nespravedlnosti“ – k „rawlsovské“ redistribuci se zdůvodněním „řádoby dobrovolnosti“ kontraktů); snaha o rovnost přístupu k nerovným subjektům podporuje nerovnost ve výsledcích (jiný druh „nespravedlnosti“ – „nozickovské“ – odmítající redistribuce ve prospěch maximalizace individuálních výhod).

Známa jsou zklasičtělá politicko-filozofická stanoviska, že „mnohé z toho, co se dnes dělá jménem sociální spravedlnosti, je...nejenom nespravedlivé (*sic!*), nýbrž také vysoce nesociální v pravém smyslu toho slova: je to jednoduše obrana etablovaných zájmů,¹⁷³ kamuflovaná jako požadavek „sociální

¹⁷³ HAYEK, F.A. *Právo, zákonodárství a svoboda - 2) Fata morgána sociální spravedlnosti*. Praha: Academia, 1991, s. 91.

spravedlnosti“¹⁷⁴. Někteří vyslovují slovo spravedlnost „skoro vždy (*sic!*) jen v uvozovkách, protože zjistili...že se žádného slova tak nezneužívalo jako právě této nejvyšší hodnoty“¹⁷⁴. V souvislosti s paternalistickým poručníkováním státu a s pseudojistotou politiků, že právě oni pod záminkou spravedlnosti vědí a prosazují lépe než postižení, co je pro ně dobré, se zdůrazňuje zásada *pacta sunt servanda* a svoboda zavazovat sama sebe.¹⁷⁵

Tento problém nemůže být v právní rovině nikdy *vyřešen*; může být jen více či méně *zdařile řešen*. Předpokladem je, že si ve společnosti budou lidé a právnické osoby na základě konsensu tolerovat určitá většinově akceptovaná zvýhodnění, a že budou stanovena a dodržována pravidla pro vznik, trvání, výši a odnětí těchto zvýhodnění.¹⁷⁶ Veškeré teorie spravedlnosti se v rozhodovací praxi stejně v podstatě redukuje na to, co je slušné, což je ovšem také nedefinovatelný a v zásadě intuitivní pojem.¹⁷⁷

Nepochybuje se o tom, že je třeba kompenzovat takové rozdíly ve vyjednávací síle, které plynou z omezení svobodné volby či svobodné vůle jedné ze stran (nátlak, nepřípustný vliv apod.¹⁷⁸). Panuje také konsensus v takové samozřejmosti, že vyjednávací síla stran je ovlivněna relativními vyjednávacími pozicemi stran, a že až její zneužití (tedy excesivní využití za hranou proměnlivých etických standardů) může být soukromoprávně sankcionováno. Nicméně řada paternalistických opatření se snaží o „prevenci“ a nespolehá se na *ex post* řešení takových situací; usiluje o preventivní vyvažování rozdílných vyjednávacích pozic stran tak, aby k ev. soukromoprávnímu zneplatnění smlouvy vůbec nemohlo dojít a aby je slabší strana ani nepotřebovala využít proto, že zneužití větší vyjednávací síly budou bránit

¹⁷⁴ ERHARD, L. Franz Oppenheimer, Dem Lehrer und Freund, Rede zu 100. Geburtstag. In: ERHARD, L. *Gedanken aus fünf Jahrhunderten. Reden und Schriften*. Düsseldorf: Hrsg. Karl Hohmann, 1988, s. 862.

¹⁷⁵ Srov. ZIMMER, D. *Weniger Politik! Plädoyer für eine freiheitsorientierte Konzeption von Staat und Recht*. München: C.H.Beck, 2013, s. 69 a násl.

¹⁷⁶ K tomu srov. BEJČEK, 2004, op. cit., s. 130 an.

¹⁷⁷ Principy spravedlnosti jako slušnosti nejsou považovány za samo-evidentní, ale „jsou ospravedlňovány tím, že by byly skutečně zvoleny“. „Přirazování vah je podstatnou a nikoliv podružnou součástí každého pojetí spravedlnosti. Nedovedeme-li vysvětlit, jak tyto váhy mají být determinovány racionálními etickými kritérii, je každá rozumná diskuse v koncích.“ RAWLS, J. *Teorie spravedlnosti*. Praha: Victoria Publishing, 1995, s. 37, 36.

¹⁷⁸ Srov. CARTWRIGHT, J. *Unequal Bargaining*. Oxford: Clarendon Press, 1991, s. 151 a násl.

veřejnoprávní prostředky. Tyto prostředky jsou akceptovatelné v případech, že se jimi chrání nějaká významná společenská hodnota.¹⁷⁹

Někdy se existence těchto soukromoprávních defektů ve vyjednávací síle stran dovozuje např. z podobnosti rozšířených smluvních ujednání a má se za to,¹⁸⁰ že jde o projev koluze, kterou by se mělo zabývat právo na ochranu hospodářské soutěže. To však může být mylný závěr. Na soutěžním trhu totiž není vůbec překvapivé setkat se s obdobnými smluvními podmínkami vytvořenými v důsledku soutěžní interakce, a nikoliv koluze.¹⁸¹ To však neznamená, že jednotliví účastníci soutěžního trhu bez *tržní* moci nemohli v konkrétním vztahu disponovat tzv. *vyjednávací*.

Vyjednávací moc (ať už nabídková nebo poptávková) nemusí být tedy v žádném vztahu k *absolutní* velikosti vyjednávače; je jen pravděpodobnější, nikoliv však jisté, že opravdu velký obchodník disponující tržní mocí bude mít ve více případech i vyjednávací moc. Na druhé straně může mít i relativně velký obchodník (s velkým obratem) docela malou vyjednávací moc, pokud jeho dodavatel bude mít možnost zásobovat příslušné prodejní teritorium prostřednictvím jiných distributorů. U poptávkové moci se proto zavádí rozlišení podle toho, zda se moc uplatňuje na *poptávkovém (nákupním) trhu* nebo na *trhu odbytovém (prodejním)*, aby se pochopily jejich vzájemné souvislosti a dopad na konečného spotřebitele.¹⁸²

3.2 Tržní moc a vyjednávací síla

Lze rozlišovat dva druhy kupní síly (poptávkové moci): tržní moc (*stricto sensu*) a tzv. vyjednávací sílu. *Tržní moc* (ve formě monopsonu) je pojem

¹⁷⁹ Tak např. je legitimní ochrana kapitalistické společnosti před ekonomickou mocí ohrožující fungování tržních procesů (a koncekcí ohrožující i fungování demokracie v důsledku koncentrace ekonomické moci), i za cenu narušení smluvní volnosti podnikatelů s tržní mocí—srov. AYAL, 2014, op. cit., s. 3, 6.

¹⁸⁰ Dokonce i ve zdůvodnění některých soudních rozhodnutí.

¹⁸¹ Srov. BEALE, 1986, op. cit., s. 133; podobně KLEIN, B. Transaction Cost Determinants of „Unfair“ Contractual Arrangements. Borderlines of law and economic theory. *American Economic Association*. May 1980, vol. 70, no. 2, s. 362.

¹⁸² Srov. HAUCAP, J.; RICEKÉRT, D. Die Bestimmung von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel: Theoretische Grundlagen und empirischer Nachweis. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2014, no. 10, s. 947. Zvláštnímu druhu vyjednávací moci na straně poptávky (kupní síle, *buyer power*, *Nachfragemacht*) se podrobněji věnuje následující kapitola.

explicitně objektivní (označuje pomocí objektivizovaných ukazatelů¹⁸³ moc na určitém relevantním trhu jako takovém, bez ohledu na konkrétního partnera), zatímco pojem vyjednávací síly je možno vztahovat i na konkrétní situace mezi dvěma či více partnery, z nichž nikdo nemusí mít dominantní postavení (objektivní tržní moc). Tržní moc samozřejmě vytváří situaci, v níž tržně dominantní partner bude patrně mít i vyjednávací sílu, zatímco vyjednávací síla naopak tržní moc neimplikuje. Monopsonie znamená schopnost snižovat na předřazeném trhu cenu nákupem menšího množství výstupů a zvyšovat ji nákupem většího množství výstupů.

Vyjednávací síla je spíše tušený a intuitivně a kontextuálně extrapolovaný pojem, nežli jasné měřítko obsahu a podstaty vztahů mezi stranami; na existenci vyjednávací síly se dá usuzovat ze symptomů, jako je vysoký stupeň *nezbytnosti domluvit se* s druhým partnerem (resp. neexistence rozumné alternativy) nebo *nemožnost sjednat nebo změnit* navržené smluvní podmínky.¹⁸⁴ Typickým projevem je (nejen tvrzená, ale reálná) schopnost (možnost) *omezit* spolupráci nebo jednání s partnerem *ukončit*, přičemž pro silnější stranu je odchod od jednacího stolu existenčně bagatelní záležitostí, na rozdíl od strany slabší, která je na uzavření smlouvy závislá. Vyjednávací síla se vztahuje ke *konkrétním* dodavatelům kupujícího.

Vyjednávací síla i monopson vedou ke snížení cen na vstupu, ale zatímco u monopsonu se projevuje vyšší cena na následném trhu, u vyjednávací síly může být nižší pořizovací cena přenesena na následný trh v podobě nižších spotřebitelských cen a může tak zvýšit spotřebitelský blahobyť. Vyjednávací síla na straně poptávky navíc může mít kompenzační účinek (*countervailing power*) jako nástroj proti velké síle na straně nabídky, ev. i proti protisoutěžním dopadům fúzí na předřazeném trhu.¹⁸⁵

Pojem vyjednávací síly se mimoděk asociuje s násilím, což ale není přes stejný slovní základ spolehlivé. Vyjednávací síla (podobně jako tržní moc, dominantní postavení nebo třeba i ekonomická závislost) je pouhou *potencialitou*, která nemusí být ve skutečnosti naplněna. Přítomnost násilí

¹⁸³ Srov. § 10 ZOHS.

¹⁸⁴ Podobně v BARNHIZER, op. cit., s. 63 - 64.

¹⁸⁵ Srov. *OECD Policy Roundtables*. Monopsony and Buyer Power, 2008, DAF/COMP (2008), 38, ze 17. prosince 2009, s. 9–12 a jinde.

zkreslujícího vůli druhé strany nebo vyřazujícího ji úplně je možná i mimo výše uvedené potenciální mocenské konstelace a je spojena se soukromoprávními následky kvůli porušení zásady autonomie vůle (ev. dobrých mravů a poctivosti), jakož i s veřejnoprávními (správněprávními, trestněprávními) následky v případě dotčení důležitých společenských zájmů.

Právní úprava chování subjektů nacházejících se v potenciálně mocensky asymetrické vyjednávací situaci se nutně ocitá na „tenkém ledě“ především kvůli vágnosti kritérií zásahu a kvůli možné arbitrárnosti intervencí a možnému popírání smluvní autonomie, ochrany vlastnických práv a tržní autoregulace prostřednictvím konkurenčního boje.

Nejjednodušším východiskem z těchto a podobných problémů je *statusové* hledisko. Určitému typu subjektů se zkrátka přisoudí (formou zákonné fikce) jisté standardizované nadosobní vlastnosti, které dotyčný subjekt vůbec mít nemusí a nemá, ale jichž pro potřeby práva „nabude“ svým statutem.¹⁸⁶ Tak třeba spotřebitel se pokládá paušálně za „strukturálně slabší“ stranu především kvůli nižší ekonomické síle a kvůli informační asymetrii. Oba parametry nemusí být přitom ve skutečnosti pravdivé; chráněným spotřebitelem může být i miliardář, který má díky internetu a štábu poradců k dispozici všechny potřebné a co do podrobnosti perfektní informace.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Odpůrci regulatorních zásahů státu do ekonomiky konstatují, že antimonopolní zákony obracejí princip svobody výroby, nákupu a prodeje s diskutabilní motivací zajistit „konkurenci“ ve prospěch spotřebitele. Mají být v příkrém rozporu s principem svobody jednotlivce a zejména jednotlivce jakožto výrobce. Mají se ve skutečnosti inspirovat principem poddanosti výrobce spotřebiteli; výrobce má tedy strpět, co mu panovník v podobě spotřebitele (skrze prerogativ) uloží. Tím se ale má zapomínat na fakt, že výrobce je sám spotřebitelem, který by měl být respektován také. Srov. LEONI, B. *Právo a svoboda*. Praha: Liberální institut, 2007, s. 229–231. Zvolená míra poněkud přehnané abstrakce autorovi ovšem brání v poznání a uvážení nezanedbatelných rozdílů (a z nich plynoucích potřeb či účelnosti ochrany) mezi profesionálním a konečným spotřebitelem.

¹⁸⁷ Podnikatel jako zásadně plnoprávný a suverénní kontrahent bez ohledu na faktickou nerovnováhu ve vztahu k fakticky mnohem silnějším partnerovi ve vztazích dvoustranných obchodů (B2B); spotřebitel, který je chráněn v jednostranných obchodech (B2C) vůči podnikateli proto, že je statusově spotřebitelem, byť jde v konkrétním případě třeba o experta lépe informovaného nežli jeho partner – podnikatel, a dokonce se jedná třeba i o ekonomicky podstatně silnější subjekt, než je podnikatel. Obecná ochrana slabší smluvní strany, resp. malých a středních podnikatelů, kterou u nově nás zavedl nový občanský zákoník, toto primitivní schéma narušuje, byť samozřejmě na úkor právní jistoty a za cenu „judicializace“ práva.

Statusově se vymezuje i dominantní postavení (podle § 10 ZOHS), z jehož dosažení vyplývají pro dominanty jiná (přísnější) pravidla a standardy chování, než se uplatňují na ty, kteří (klouzavou) hranici dominance ještě nepřekročili. Formální status též určuje, zda někdo disponuje tzv. významnou tržní silou.¹⁸⁸ Domněle („tabulkově“) slabší strana (viděno *ex post*) se může těšit výhodám právní ochrany i v případě, že neučinila vše vhodné a potřebné pro svoji obranu a pro prosazení svých zájmů, ev. pro posílení své pozice, byť to bylo možné a minimálně nákladné.

Chráněn by však měl být v *kerajních* případech jen ten, kdo neměl k dispozici vyjednávací sílu a byl z toho (!) důvodu neférově poškozen, a ne ten, komu se pouze nepodařilo uplatnit svoji disponibilní sílu, tedy kdo jen špatně vyjednával.¹⁸⁹

Kvůli své povaze je samotná vyjednávací síla a její zneužití v *individuálním* případě předmětem úpravy práva soukromého (tzv. obsahové kontroly správnosti právního vztahu), zatímco zneužití tržní moci (resp. jejího derivátu v podobě tzv. významné tržní síly) se posuzuje ze systémového hlediska ochrany podmínek soutěže prostřednictvím ochrany celých *skupin* tzv. slabších.¹⁹⁰

Shodnout se na vhodnosti zásahu do individuálních (a právně již ve smlouvách zafixovaných) vztahů partnerů je možné jen v případě, že se pod „vyjednávací silou“ rozumí totéž, a že se z ní nestane „hůl“ v rukou paternalistického nebo redistributorského soudce, jejíž použití bude záviset na jeho uvážení či rozmaru při prosazování jiných skrytých záměrů či osobních hodnotových preferencí.¹⁹¹

¹⁸⁸ Podle ZVTS.

¹⁸⁹ Srov. BARNHIZER, op. cit., s. 92, 94.

¹⁹⁰ Hovoří se o objektivních konceptech zneužití dominance i zneužití významné tržní síly.

¹⁹¹ BARNHIZER, op. cit., s. 100, uvádí expresivní přejaté vyjádření, že „strana, která se vymaní ze smluvních pout díky údajné nerovnosti ve vyjednávací síle, je na tom lépe; a protože je zpravidla méně úspěšná než druhá strana, zdá se, že soud napomohl rovnosti. Středostavovský soudce tak může večer odcházet od svého stolce s vnitřním hřejivým pocitem uspokojení Robina Hooda.“ Tamtéž se citují až ideologicky vyhrocená vyjádření (D. Kenedyho - *Motives in contract*, 1982), že doktrína nerovnosti vyjednávací síly neexistuje ve vzduchoprázdnu, ale jakožto zbraň ve válce proti konzervativnímu programu posilujícímu všemožné druhy společenské hierarchie. Tato doktrína se podle něj využívá k ukládání povinných podmínek ve smlouvě a skrývá paternalistický motiv tím, že za obranu slabých vydává to, co je ve skutečnosti často kritikou jejich nehospoďárných zvyků.

Ve vztahu k ochraně hospodářské soutěže se uznávají možné negativní dopady významné vyjednávací pozice, které jsou v pozadí snah o regulaci takové pozice.¹⁹² Řada případů zneužití takové pozice se dá přirovnat k uplatňování přemrštěných cen tržně silným soutěžitelem; některé obchodní podmínky se *ex post* mění ve prospěch silnější strany a slabší partner nemá reálnou šanci se vzepřít; kupující s významnou vyjednávací silou a silným postavením na maloobchodním trhu může svými požadavky znemožňovat svým dodavatelům efektivní investice a inovace, na něž jim nezůstávají prostředky, a naopak je může nutit do přehnaných investic do neefektivních aktivit; relativně silný kupující může naopak vyvlastňovat investice dodavatele učiněné do specifického vztahu s kupujícím prostřednictvím následné revize sjednaných obchodních podmínek.

3.3 Pojmosslovná kritika

Pojem vyjednávací síly se navzdory své neurčitosti používá velmi často, jako by patřil k těm samozřejmým „samodefiničním“ pojmům, jimž přece každý rozumí. Opak je však pravdou. Nejenže se zatím nikomu nepodařilo logicky uspokojivě vymezit samotný pojem vyjednávací síly (a natož pak jejího měření), ale ani zatím neexistuje objektivní nástroj měření smluvní nerovnováhy.¹⁹³ Samotná „uspokojivost“ i „objektivita“ jsou ovšem navíc pojmy velmi vágní a závislé na subjektivních a kvalitativních měřících podléhajících hodnocení. Výhrady se týkají definičního znaku „neexistence alternativních partnerů“ a označení jedné strany jako slabé a druhé jako silné. Pojem takového druhu se skutečně nedá bez kontextu definovat. Takových pojmů je v právu nemálo

¹⁹² Srov. CHENG, T. K.; GAL, M. S. Superior Bargaining Power: Dealing with Aggregate Concentration Concerns. Dosud nepublikovaný koncept vystoupení na *10th ASCOLA Conference*, Tokyo 21. 5.–23. 5. 2015, s. 3–5.

¹⁹³ Srov. HELVERSTON, M.; JACOBS, M. *The incoherent role of bargaining power in contract law* [online]. [cit. 30. 5. 2015] Dostupné z: papers.ssrn.com/so/3/Papers.cfm?abstract_jol=2419171. Nesdílím radikalismus autorů, kteří horují pro zrušení nebo vyloučení pojmu „vyjednávací síly“ z odborných diskusí a patrně také z použití v zákonodárství jakožto pojmu úplně zbytečného. Tvrdí, že vše, co se pojem „vyjednávací síly“ snaží vyřešit, se dá dosáhnout lepšími a koherentnějšími alternativními prostředky. Autoři patrně z těchto alternativních prostředků nevylučují ani použití kategorie dobrých mravů, s jejichž koherentní definicí a měřitelnými nástroji je to obdobné jako u pojmu vyjednávací síly; je to totiž také nemožný úkol, pokud jej chápeme jako vyloučení charakteru neurčitého pojmu včetně jeho dobové a situační kontextuality a opportunity.

a samozřejmě se spojují s možností zmatení, právní nejistoty a (pocitu) nespravedlnosti. Proto jsou upřesňovány a vykládány prostřednictvím doktríny, ale především judikatury za pomoci určitých orientačních znaků, které přece jen aspoň nějak strukturují teoreticky nekonečnou vágnost takových pojmů. Takové pojmy jsou inherentně vztahové a dají se hodnotit vesměs až *ex post* a nedá se jim vyčítat nedostatek jasnosti a předvídatelnosti, protože jsou takové právě inherentně. Jasnost a předvídatelnost může zvýšit jen konsistentní doktrína a judikatura. Nemyslím si proto, že je opodstatněné obviňovat pojem „vyjednávací síly“ z vnášení „nevysvětlené a nevysvětlitelné neférovosti do práva“.¹⁹⁴

Kritizovatelná je samozřejmě *spojitost* neurčitého pojmu; ovšem každý neurčitý pojem je inherentně spojitý (nikoliv dichotomický) a má klouzavé a rozmlžené hranice. Takové má ovšem třeba i pojem svéprávnosti, aniž proti tomu někdo může něco rozumně namítat. Opačné „digitální“ řešení (např. striktní dosažení svéprávnosti až s věkem určeným číslem, a tedy nikoliv kvalitativně) by mohlo způsobit více nespravedlnosti a iracionality než užitku. Právo určité hranice vyjednávací síly nicméně stanoví, i když opět „jen“ kvalitativně – s jeho pomocí se např. odliší subjekt s dominantním postavením na trhu, který toto postavení nesmí mj. zneužít k vynucování nepřiměřených podmínek, či k diskriminaci mezi svými partnery.

Stejného cíle se dá dosáhnout v zájmu právní jistoty a ochrany slabšího hrubým řešením statusovým, které jiný standard právní ochrany spojí s formálními a objektivními znaky statusu, který nemusí odpovídat skutečné subjektivně zkoumané vyjednávací síle slabší strany (ne každý spotřebitel nebo malý a střední podnik je skutečně subjektivně slabší a zranitelnější ve vztahu ke konkrétnímu partnerovi, ale rozhodující je, že *statisticky* vzato spotřebitel nebo malý podnikatel slabším partnerem je). Namísto obtížného problému s definicemi a měřením síly smluvní vyjednávací pozice konkrétních stran se problém *pragmaticky* sprovodí ze světa kategorizací typických *statisticky průměrných* subjektů. Nebere se ani ohled na vyjednávací dovednosti a obratnost jednotlivých partnerů, které nemusí být vůbec v souladu s jejich statusovou pozicí.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Srov. HELVERSTON; JACOBS, op. cit., s. 6.

¹⁹⁵ I když ti bohatší budou patrně mít více reálných šancí jednat obratněji už jen proto, že si budou moci dovolit akceptovat vyšší transakční náklady spojené s angažováním kvalifikovaných právníků.

Statusové hledisko nabízí tedy určité řešení neurčitosti a rozostřenosti pojmu slabší strany, a tedy i pojmu vyjednávací síly. Členství v určité (zákonem uměle vytvořené) skupinové kategorii se zvláštním právním režimem je druhem jakési *presumpce* a náhrady (*proxy*) jisté vyjednávací síly, ačkoliv by *individuální* hodnocení vyjednávací síly konkrétního subjektu v konkrétní situaci mohlo dopadnout jinak.

Namítá se, že konstrukt pojmu vyjednávací síly nikdy nepřekročil prosté vyjádření širokého soudního pohledu na nespravedlnost (*unfairness*).¹⁹⁶ Sama kategorie dobrých mravů a s nimi spojené poctivosti však určitě neutrpí, pokud bude konkretizována a strukturována ve smluvním právu mj. pojmem „vyjednávací síly“ testované typicky tím, zda existují pro druhou stranu rozumné alternativy a zda se o podmínkách domněle silnější strany dalo vlastně vůbec vyjednávat (*adhezita*¹⁹⁷).

Rozumné alternativy neexistují ve třech skupinách případů:

- je-li partner *monopolistou* (jeho chování upravuje negativně antitrustové právo, ale i právo proti nekalé soutěži);
- logistické potíže výrazně *omezují výběr* na straně druhého partnera;
- trh neposkytuje *možnosti* získat potřebné zboží nebo služby, leda za mimořádně nevýhodných smluvních podmínek.

Samozřejmě mohou vznikat problémy, jak rozlišit možnosti výběrů, které lze pokládat za dostatečné substituty od těch, které již substituty nejsou, a to ve vztahu k druhu a výši dodatečných nákladů. To je však nevyhnutelnou součástí metody klouzavého měřítka,¹⁹⁸ používané při výkladu neurčitých pojmů.

Výše jsem dovedl, že v pozadí sporu o ochranu slabší strany (resp. o přiblížení se stavu rovnosti ve výsledku) je spor hodnotový. Je stejně tak legitimní tvrdit, že nerovnost stran obchodního vztahu je zcela přirozená a že není nic nezákonného na tom, když se tato nerovnost projeví ve smlouvě mezi nimi uzavřené, jako naopak dovozovat, že využití velké vyjednávací síly zpravidla pokazí vyjednávací proces i výslednou smlouvu.

¹⁹⁶ HELVERSTON; JACOBS, op. cit., s. 9.

¹⁹⁷ Tou se z toho důvodu krátce zabývám v šesté kapitole.

¹⁹⁸ *Sliding scale*.

Záleží na hodnotě, kterou přisuzujeme svobodě, a nebo rovnosti příležitostí, tedy jak malé rozdíly ve vyjednávací síle ještě nevadí, a jak velké rozdíly již naopak ano. Je docela možné, že se rozdíl ve vyjednávací síle bude posuzovat *ex post* až podle toho, k jak velkým rozdílům v rozdělení zisku vedl (tedy vlastně podle měřítka rovnosti ve *výsledku*). Poctivost či nepoctivost dělby zisku (kde končí hranice drobného akceptovatelného rozdílu, a kde jde již o vykořisťovatelský hrubý nepoměr vzájemných plnění) opět podléhá hodnotovým měřítkům.¹⁹⁹ Přednost by měla dostat tržně konformní hlediska spravedlnosti komutativní (vyrovňovací) před hledisky spravedlnosti distributivní vnášenými zvnějšku smluvního vztahu.²⁰⁰

Evropská ani česká právní úprava neladí s vyhoceně individualistickým a liberalistickým stanoviskem, že dokonce ani ten nejsilnější podnikatel nemusí uzavřít smlouvu s partnerem, pokud by smlouva plně neuspokojila zájmy silnějšího, ať už jakkoliv definované.²⁰¹ Stanovisko „*no duty*“, tedy že silnější partner může uzavřít smlouvu, jež plně uspokojuje jeho zájmy viděné z jeho vlastní perspektivy, a nemusí ji uzavřít, pokud tomu tak není, neodpovídá zejména všeobecně přijímané úpravě zneužití dominantního postavení, jež se chápe jako jedna z reakcí na tržní selhání. Dominant je v řadě případů nucen chovat se z hlediska svých vlastních ekonomických zájmů²⁰² suboptimálně.

Obecně není nikdo nucen k uzavření smlouvy, neboť ta je výrazem svobodné vůle stran. Svobodná ovšem není vůle toho slabšího partnera, který v důsledku monopolizace na druhé straně trhu nemá jinou možnost než akceptovat podmínky monopolisty (dominanta), jež by si on nemohl v tržním prostředí (nebýt jeho dominance) dovolit vynucovat. Na druhé straně u subdominantů je nutno připustit pozici „*take it or leave it*“, protože nejde o selhání trhu, které by se mělo veřejnoprávně či soukromoprávně korigovat tím, že by tito obchodníci byli vlastně nuceni sjednávat smlouvy i proti své vůli.

¹⁹⁹ Soukromoprávní řešení se různí. ABGB např. prosazuje nezákonnost krácení nad polovinu (*Verkürzung über die Hälfte*—srov. § 934 ABGB), což je z hlediska předvídatelnosti a právní jistoty přínosem; český ObčZ prosadil po vzoru švýcarského obligačního zákona jen nijak nekvantifikované tzv. neúměrné zkrácení—§ 1793–1795 ObčZ. Podle DZ k ObčZ - srov. s. 444 DZ - se nenavrhuje stanovit jako relevantní kritérium právě polovinu ceny, neboť to by mohlo vést k některým tvrdostem.

²⁰⁰ Těmto otázkám se podrobněji věnuji v páté a šesté kapitole.

²⁰¹ Jak se tvrdí v cit. práci HELVESTONA A JACOBSE na s. 26.

²⁰² *Self-intersted perspective*—srov. tamtéž.

Pojem vyjednávací síly se používá tradičně, ale v podstatě se při posuzování konkrétních případů stejně redukuje na otázku, zda se porušil zákaz zneužití tržní moci nebo zda se použily některé zakázané zneužívající klauzule či postupy, aniž by se bralo v potaz, zda má porušitel nějakou vyjednávací sílu.

Koncept zneužití tržní moci ve smyslu antitrustových předpisů, ani koncept zneužití tzv. významné tržní síly se rovněž bez pojmu vyjednávací síly obejdou. Jde o neurčitý doktrinální pojem, který pouze indikuje spíše intuitivně pocíťovaný nepoměr ve vyjednávacích pozicích a možnostech smluvních stran a určitou zvýšenou pravděpodobnost, že bude uzavřena „nevyvážená“ smlouva. Nedotýká se však vad vůle (nátlaku, lsti, omylu), ani obsahové správnosti kontraktu. Tyto charakteristiky jsou předmětem soukromoprávních úprav, které se ovšem k vyjednávací síle jakožto kritériu nevztahují.

Podezření, že se pojem vyjednávací síly využívá jako zástěrka pro dosažení určitých společenských cílů,²⁰³ není patrně plané. K tomu by ale nástroje přímé regulace byly vhodnější. Nedomnívám se, že by propagované ochuzení jazyka o pojem vyjednávací síly a jejích rozdílu něčemu prospělo. „Vyjednávací síla“ označuje obchodně mocenský vztah mezi stranami smlouvy a může mít různé stupně.

Neurčitost kritérií není na závadu, neboť se v každém jednotlivém případě stejně uvádějí. Jde o pomocné hledisko použitelné pro soukromoprávní i veřejnoprávní úpravy. Samostatně se ani v právních předpisech ani v naší judikatuře pojem vyjednávací síly neuvádí a soudy podle něho ani nerozhodují. Proto nesdílím výzvy k opuštění tohoto termínu v oblasti smluvního práva jakožto možná neplodného nebo dokonce bez jasného významu, ani přes jeho nespornou notorickou „kluzkost“.²⁰⁴ Používaný pojem se stejně zakázat nedá; jeho „tvrdošíjně“ přežívání je na druhé straně dokladem jeho určité užitečnosti a komunikační sdělnosti – tedy toho, že něco asi přece jen vyjádřit dokáže.

V doktrinální a analytické výbavě ekonomů a právníků (ale i ve slovníku politiků a lobbistů) se však pojem vyjednávací síly (ev. v různých nuancích a pojmových mutacích) jakožto pojem nosný používá. Zejména jeden druh vyjednávací síly, tzv. (ná)kupní síla (*buying power*) se stal již před léty středem

²⁰³ *Public policy determination*, srov. HELVERSTON; JACOBS, op. cit., s. 43.

²⁰⁴ Tak již POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 3rd Edition. Little Brown and Company, 1986, s. 101–04.

pozornosti a je bez námitek používán k popisu, analýze a návrhům na řešení problému nerovnováhy na trhu ve prospěch silných nákupních řetězců zejména v potravinářském sektoru trhu.²⁰⁵

Podstata vyjednávací disparity a problémů s ní spojených je věcná a její pojmenování tím či oním pojmem ji nemění - je to jen podružná otázka konvence a definičního konsensu.²⁰⁶

3.4 Druhy vyjednávací síly

Nemám ambice ani odborné vybavení k tomu, abych podal komplexní přehled druhů a předpokladů vyjednávací síly, včetně např. psychologických a sociálně psychologických.

Dělení vyjednávací síly na druhy je ostatně spíše didakticko-pojmoslovné a slouží k tomu, aby se určité označení mohlo použít v uvedeném smyslu, resp. aby se poukázalo na možná nedorozumění spojená s jistými pojmy. Hledisek třídění je samozřejmě možno zvolit celou řadu.

Z hlediska *časového* je možné na vyjednávací sílu pohlížet jako na okamžitou, dočasnou, nebo dlouhodobou. Okamžitá mocenská konstelace při kontraktaci se jako vyjednávací síla dá označit jen s výhradou. Je to síla, která za pár dní nebo i dříve nemusí existovat. Tento případ si podle mého soudu specifickou pozornost v právu nezasluhuje. Dá se posoudit podle obecných pravidel kontraktace s ev. využitím úpravy jednání v tísní a za nápadně nevýhodných podmínek, resp. tzv. tvrdosti (*hardship*).²⁰⁷

²⁰⁵ Zabývá se jimi další část publikace. Srov. např. neaktuálnější reprezentativní zprávy o této otázce, jako *ICN Special Program for Kyoto Conference—Report on Abuse of Superior Bargaining Position*. Kyoto, Japan, April 14-16, 2008; KOBE, P.; KÉLLEZI, P.; KILPATRICK, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. *LIDC-Springer*. Berlin Heidelberg, 2015.

²⁰⁶ Národním soutěžním úřadům z celého světa nečinilo například problémy dorozumět se o obsahu pojmu *superior bargaining position* (tedy nadřazená či lepší vyjednávací pozice toho, kdo má převahu - srov. pramen cit. v předchozí poznámce). Uvádí se tam, (s. 35–36), že v tehdejší době existovalo několik zemí (např. Francie, Itálie, Německo, Japonsko), v nichž se uplatňovala zvláštní opatření relevantní pro zneužití nadřazené vyjednávací pozice. Na druhé straně ovšem 24 z 32 zemí takové zneužití neuznávalo jako samostatný právní pojem. Důvodem byly zejména ohled na smluvní svobodu a zdrženlivost v zásadách do ní; neexistující dopad na hospodářskou soutěž a vliv na trh, které by zvláštní regulaci odůvodňovaly; ve dvou případech (Belgie a USA) ale také obava z nejistoty a/nebo zmatku, které by tento koncept přinesl na trh; názor, že všeobecné soutěžní právo soutěž dostatečně ochraňuje.

²⁰⁷ Srov. § 1765 ObčZ.

Je-li dočasnost (střednědobost) nebo dlouhodobost vyjednávací moci způsobena strukturálními nebo systémovými okolnostmi, právo se jí zabývá (obecná ochrana slabšího, ochrana spotřebitele, ochrana před zneužitím tržní moci nebo tzv. významné tržní síly).

Z pohledu *tržní síly* silnějšího partnera je důležité, zda se jedná o monopolistu, dominantu, oligopolistu nebo subdominantu. Na prvé dva případy se uplatňuje zákaz zneužití dominantního postavení. Oligopolista může, ale nemusí být v dominantním postavení. Dominance nebo monopolní postavení jsou strukturální indikátory vyjednávací síly, a to z povahy věci typicky dlouhodobého charakteru.

Z hlediska *subjektivního vnímání* obou stran je možno pocítovat, že druhá strana nebo i první strana mají vyjednávací sílu, aniž tomu odpovídá nějaký objektivizovatelný faktický ukazatel, a nebo také naopak - navzdory objektivním indikátorům vyjednávací síly si druhá strana její existenci nemusí uvědomovat nebo alespoň nemusí pocítovat žádné praktické dopady této síly na sebe samu. Toto hledisko (faktická nebo domnělá vyjednávací síla) je právně irelevantní, ledaže by „pocít“ byl oprávněný a vedl by k návrhu na právní určení objektivního statusu některé ze stran spojeného s právními důsledky (např. dominance, významná tržní síla, slabší strana, atp.).

Vyjednávací síla se může objevit *na straně nabídky i na straně poptávky*. Obecně to pro její posouzení není důležité – použití monopolní (nabídkové) a monopsonní (poptávkové) vyjednávací síly, jakož i síly pouhého dominantu na relevantním trhu, naplňuje-li skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení, se posuzují stejně. Některé specifické případy nabídkové moci mají zvláštní úpravu (zákon o ochraně spotřebitele, úprava spotřebitelských smluv proti zneužití nabídkové moci obchodníků); to platí i pro zneužití vyjednávací poptávkové moci (specifická úprava zákazu zneužití tzv. významné tržní síly).

S tím souvisí dělení na úpravu zneužití vyjednávací síly *specifické (sektorové)*, např. úpravy zneužití podle ZVTS; dále *specifické (statusové)*, např. ochrana spotřebitelů nebo malých a středních podniků; a konečně na úpravu *všeo-
becnou a průřezovou* (např. příkaz poctivého obchodního styku, zákaz jednat v rozporu s dobrými mravy, příkaz obchodní poctivosti, atp.).

Podle *metody úpravy* lze lišit postupy upravující „spravedlivou“ proceduru vyjednávání (zakázané či přikázané postupy při kontraktaci, úprava nepoctivých obchodních praktik) a nebo i obsah ujednání (např. zakázané formule a ujednání ve spotřebitelských smlouvách).

Vyjednávací síla může pramenit z vnějších zdrojů (může být *exogenní* – např. kvůli podmínkám panujícím na příslušném trhu) a nebo může být *endogenní* (např. mimořádně kultivované vyjednávací schopnosti a dovednosti vyjednávače, jeho větší sklon k riziku, apod., poskytují objektivně rovnocennému partnerovi větší vyjednávací sílu). Toto rozlišování není relevantní a není důvodem pro diskriminační zacházení se schopnějšími a snaživějšími. To by se – dovedeno do absurdního důsledku – muselo tržně objektivně silnému subjektu přičítat k tíži, že je navíc obratný v negociaci.

3.5 Předpoklady vyjednávací síly

Pokud jde o předpoklady vyjednávací síly, je možno opět nalézt řadu hledisek pro jejich systemizaci. Uvádím proto především jen některá z těch očividných a základních, která by se dala označit za strukturální či „tvrdá“, a která rezonují v doktríně i v právní úpravě.

Je nutno nezaměňovat možné *projevy* vyjednávací síly s její *existencí*, protože tentýž výsledek může mít řadu nesourodých příčin. Tautologií by bylo pokládat za důkaz existence vyjednávací síly okolnost, že dojednaná smlouva je pro jednu stranu výhodnější než pro druhou. Příčinou takového ujednání může být třeba jen nesvědomitost nebo nepozornost a nedbalost jedné ze stran, které jinak mohou disponovat srovnatelným ekonomicko-mocenským postavením. Není ani vyloučeno, že smlouva je v důsledku podobné příčiny „nevyvážená“²⁰⁸ v neprospěch strany, která je podle vnějších znaků stranou „silnější.“ Na druhé straně může být dojednána naprosto vyvážená smlouva i mezi stranami s evidentně rozdílnou vyjednávací mocí, a to i v případě, že nepůsobí korektivy veřejnoprávní regulace vylučující určité procesní postupy nebo zakázaná ujednání.

²⁰⁸ Romantický ideál „vyvážené“ smlouvy sám o sobě má potíže s ideálem smluvní svobody a autonomie vůle. Není nakonec samotné uzavření smlouvy důkazem o tom, že smlouva je „subjektivně vyvážená“? O obsahové korektnosti smluv a možnostech externích korekčních zásahů do nich pojednává kapitola 5.

Vyjednávací sílu mají samozřejmě obě strany smlouvy; jde jen o jejich vzájemný mocenský poměr, tedy o to, kdo posune dosažený konsensus blíže ke svým vlastním zájmům. Jinak jde ovšem o tzv. *win-win strategy* a ze smlouvy by měly mít obě strany celkový užitek, i když dílčí zisk jednoho se dá pokládat za druh dílčí ztráty druhého.²⁰⁹ V normální (tržně nepatologické) situaci se smlouva uzavře tehdy, je-li zisk jednoho partnera ještě zajímavý a ztráta druhého ještě přijatelná. Do tohoto vzorce by se mělo intervenovat jen v mimořádných případech závažného defektu svobody vůle nebo tržního selhání, které znemožňuje slabší straně projevit skutečnou autonomii své vůle a nutí ji podvolit se silnějšímu, na němž je slabší strana existenčně závislá.

Konstrukce obsahu smlouvy záleží na několika faktorech utvářejících a omezujících vyjednávací sílu.²¹⁰ Některé z nich jsou exogenní a jiné endogenní.

Prvním exogenním faktorem jsou *podmínky nabídky a poptávky* na relevantním trhu. Vzroste-li významně poptávka po výrobku nebo se sníží nabídka, tržní cena má rostoucí tendenci a prodávající jsou nařčeni ze zvýšení vyjednávací síly.

Další z kategorie exogenních faktorů je *koncentrace na trhu*. Tržní moc dominanta nebo monopolisty se pokládá za jeho vyjednávací sílu, neboť obchodní protistrana nemá k obchodu s tržně silným subjektem rozumnou nebo vůbec žádnou alternativu. Pokud jde o cenové podmínky, koncentrace na straně nabídky cenu zpravidla zvyšuje a koncentrace na poptávkové straně ji snižuje.

Třetí exogenní kategorií je existence *informační výhody* na jedné straně, která je nedostupná straně druhé (informační asymetrie). Ta může přerůst až do informačního kvazimonopolu těch, kteří jako jediní disponují hodnotným zdrojem - soukromými informacemi.

Další kategorií ovlivňující vyjednávací sílu může být *(ne)trpělivost a (ne)chůť k riziku*. Odvážnějším kontrahentům se vesměs daří lépe než bázlivým. Trpělivi vyjednávači dosahují zpravidla lepších výsledků než netrpělivi. Samotná trpělivost může být podmíněna jinými vlivy, jako např. solventností a dostatkem likvidity nebo schopností rozložit riziko nevýhodného výsledku jednání.

²⁰⁹ Metaforicky se smlouva označuje za průsečík dvou egoismů (TILSCH, E. *Aforismy a myšlenky*. Praha: Právnická Jednota, 1916).

²¹⁰ Srov. CHOI, A.; TRIANTIS, G. The effect of bargaining power on contract design *Virginia Law Review*. 2012, vol. 98, s. 1675–1677.

Faktorem ovlivňujícím vyjednávací sílu je i různě rozvinutá schopnost použití rozličných druhů *vyjednávací taktiky*, která může za jinak stejných okolností posunout reálné mocenské pozice uvnitř vztahu mezi kontrahenty. Negociačně zdatný a strategicky uvažující partner umí i při zachování korektnosti a obchodní poctivosti využít kognitivní omezení a eventuální omyly či předsudky druhé strany, aniž ji v omyl uvede.²¹¹ Dovede též působit na to, aby obchodní partner vložil do předpokládaného výsledku smluvního vyjednávání určité specifické investice, které by v případě neúspěchu kontraktace vedly k nezanedbatelným ztrátám, a proto se je takto „zajištěný“ kontrahent zdráhá odepsat; proto se snaží kontraktaci završit úspěšně a jeho ochota k ústupkům je při takovéto podloženosti investicemi vyšší, než by byla bez nich.²¹²

Při vyjednávání se tyto faktory vesměs vyskytují v různé *kombinaci* mezi sebou i s faktory dalšími. Neurčitý pojem vyjednávací síly tak může obsahovat pod jedním označením velké množství obsahových variací. I to je patrně důvod, proč se určité případy vyjednávací síly (včetně tzv. významné tržní síly, která není tržní mocí ve smyslu antitrustových předpisů) definují raději statusově, pomocí výše obratu nebo jinými objektivizovatelnými hledisky. To sice přispívá k určitosti a právní jistotě, ale mnohdy je to na úkor zdravého rozumu a ekonomické reality, resp. i „spravedlnosti“.²¹³

3.5.1 Mocenská nerovnováha

Výše jsem dovodil, že mocenská nerovnováha je spíše označením či účelovou nálepkou pro mnoho různých věcí nežli pro jednu věc. Může se v oblasti smluvní posuzovat podle formálních znaků a předpokladů, nebo podle individuálního kontextu, a to *ex ante* nebo i oportunně *ex post* podle toho, k jakému výsledku silové poměry nakonec vedly. Naplnění formálních předpokladů přitom nemusí nezbytně vést k nežádoucímu výsledku a na druhé straně nežádoucí („nespravedlivý“) výsledek nemusí být důsledkem vyjednávací síly, i kdyby existovala, ale vlivu jiných faktorů, popřípadě zejména jiných faktorů.

²¹¹ Bez napadnutelnosti právního jednání učiněného v omylu. Srov. § 583 a násl. ObčZ.

²¹² CHOI; TRIANTIS, 2012, op. cit., s. 1677, hovoří o dobře známém pojmu teorie smluv, tzv. *hold-up*. Samozřejmě by za určitých podmínek hrozila možnost aplikace tzv. před-smluvní odpovědnosti (srov. § 1728 -1729 ObčZ).

²¹³ Vyjednávací síla se tak může uměle zákonem přirrhknout i subjektům, které ji nemají. Bližší úvahy jsou obsahem kapitoly sedmé.

K existujícím stovkám definic moci nebo síly nemá smysl přidávat další obsahy, které se jen kryjí pod stejným „deštníkem“ a znamenat mohou leccos. V podmínkách tržní ekonomiky založené na ochraně vlastnického práva a dispozic s vlastnictvím a na interakci vlastníků je nerovnost jejím imanentním a implicitním rysem. Nerovnost znamená rozdílnou moc, tedy mocenskou nerovnováhu s různým obsahem. Tato nerovnováha je nejen důsledkem ochrany vlastnictví a soutěže, ale i předpokladem fungování tržní ekonomiky. Ani přidělová rozdělovací ekonomika nerovnost neodstraní, jen ji posune ze vztahu mezi adresáty (kteří jsou si rovni a nemají vůči sobě ekonomickou moc a jsou v mocenské rovnováze) do vztahu mezi přidávající autoritou a skupinou rovných adresátů.

Slabší postavení v obchodním vyjednávání není samo o sobě ničím nepoctivým; je totiž naopak zcela normální a spíše by byla výjimkou celková faktická rovnost stran, ať už jakkoliv měřená – na rozdíl od soukromoprávní rovnosti formální. Právní všeobecně použitelný standard pro určení nerovnosti vyjednávací síly neexistuje a existovat nemůže.

Podstata zjednodušujících právních „řešení“ obsahově neřešitelného je zpravidla buď v naplnění formálních znaků negociačního procesu vyjednávání (zakázané postupy) nebo jeho výsledku (zakázaná ujednání), ev. ve formálním statusovém přidělení jedné ze stran mezi „slabší“. Vesměs se spoléhá na pomocné kritérium obchodní poctivosti a dobrých mravů a jako pomocné kritérium se testuje, zda slabší strana měla nějaké rozumné alternativy nebo byla v situaci nezbytnosti či nouze a zda smlouva byla individuálně vyjednatelná nebo se musely akceptovat standardní podmínky silnější strany.²¹⁴

Mocenská nerovnováha může být zjevná i skrytá, vykonávaná i jen potenciální. Samotná hrozba, že bude moc uplatněna, vede mnohdy ke změně chování pod vlivem moci, která se vlastně projevila jen „indukovaně“ a „na dálku.“²¹⁵ Dá se hovořit o preventivní funkci moci.

Vyjednávací mocenská asymetrie mezi obchodními partnery je věčná a neodstranitelná jakožto kategorie, pokud ovšem nechceme zpochybnit samotnou

²¹⁴ Podobně BARNHIZER, op. cit., s. 64.

²¹⁵ Podobně jako hrozba sankcí (reálnou a vynutitelnou, a také vynucovanou) ovlivňuje chování lidí, kteří bezprostředně nemusí být sankcí postiženi (preventivní funkce sankcí).

podstatu vyjednávání a soutěže. Právo se jen může pokusit její nejkřiklavější případy (zneužití pozice silnějšího v rozporu s dobrými mravy a obchodní poctivostí nebo kvůli selhání trhu) omezit či vyloučit, nebo její důsledky korigovat a zajistit některé předpoklady ke zmenšení výskytu takové vyjednávající disparity, která má vykořisťující účinek a přitom nepřispívá k celkovému blahobytu.

3.5.2 Informační asymetrie

Pojem *asymetrické informace* znamená, že ekonomické subjekty na jedné straně trhu mají mnohem lepší informace než subjekty na druhé straně. Takové situace se na trzích vyskytují velmi často a lze se s nimi setkat i v mimoekonomických situacích a oblastech. Typické je to např. pro zákazníky v autoservisu, pacienty u lékaře, klienty v opravě domácích přístrojů, ale například i při výchově potomků či ve vztazích mezi manželi apod. V informační asymetrii se ocitá i personalista, má-li přijímat nového zaměstnance nebo manažer usilující o to, aby jeho zaměstnanci využívali co nejlépe pracovní dobu a pracovali kvalitně. Podobně je na tom hůře věřitel než dlužník z úvěrového vztahu, protože dlužník ví mnohem víc o svých předpokladech splatit úvěr než věřitel.

Obdobný problém nalezneme ve vztahu akcionářů a manažerů v akciových společnostech, u pojistitelů a pojištěnců, a v mnoha dalších situacích. Je-li rozdíl v informovanosti značný, jsou asymetrické informace jednou z příčin selhání trhu (vedle externalit, nedokonalé konkurence a veřejných statků) a mohou být využity jako zdůvodnění pro státní intervencionismus.²¹⁶ Při selhání trhu (typicky by nastalo u extrémně informačně asymetrických spotřebitelských smluv) nastupuje regulační řešení²¹⁷ nebo jeho funkční ekvivalent v podobě etické autoregulace různých profesních sdružení a komor.²¹⁸

Nedokonalost informací, jejich neúplnost, špatná struktura, časová nedostupnost, transakční náklady na získání a aktualizaci informací, neschopnost

²¹⁶ Srov. SOJKA, M. Asymetrické informace a jejich důsledky pro metodologii ekonomie. Seminář *Asymetrické informace - nová cesta ke zdůvodnění státních zásahů?* 13. 11. 2001, Praha - Žofín; knižně vyšlo ve *Sborníku č. 19 „Investiční pobídky“*, CEP Praha, 2001.

²¹⁷ A to i včetně cenové regulace - srov. CHOI; TRIANTIS, 2012, op. cit., s. 1731 a násl.

²¹⁸ K tomu srov. BEJČEK, J. (ed.). *Regulace, deregulace, autoregulace: sborník příspěvků z V. konference Katedry obchodního práva Masarykovy univerzity pořádané dne 18. prosince 2006*. Brno: Masarykova univerzita, 2007.

informacím porozumět v jejich souvislosti a koneckonců i rezignace či neochota se jimi zabývat²¹⁹ a sklon raději podstoupit riziko neinformovaného rozhodnutí,²²⁰ mohou mít pro chování subjektů na trhu závažné důsledky. Trh může až degenerovat kvůli negativnímu výběru a morálnímu hazardu.

Negativní (nepříznivý) výběr vede ke zhoršování kvality produkce²²¹ prodávané na trhu s významnou asymetrií informací. Kvalitnější zboží a služby jsou z informačně asymetrických trhů vytlačovány.

Morální hazard vyjadřuje možnost, že na trzích s významnou asymetrií informací zneužijí lépe informované subjekty své postavení na úkor hůře informovaných subjektů. Tam, kde nelze chování podřízených či zástupců dobře a transparentně kontrolovat, se dá lehce zneužít výhodnější postavení. Zda k tomu dojde, závisí rovněž na morálce těchto subjektů.²²²

Zkoumání těchto faktorů u vztahů mezi obchodními řetězci a profesionálními dodavateli z hlediska vyjednávací síly musí vzít v úvahu, že obchodní řetězce na straně poptávky nejsou v situaci informační asymetrie v neprospěch spotřebitele na straně poptávky, která vyžaduje regulační zásah. Jednak jsou to profesionální „spotřebitelé“ (nikoliv koneční spotřebitelé chránění zákony na ochranu spotřebitele a ustanoveními soukromého práva o spotřebitelských smlouvách) a jsou to tedy zbožiznalci, kteří se výborně věcně orientují na trhu nabídky a mohou si vybírat podle kvality, ceny a jiných kritérií. Navíc jim jejich vyjednávací síla umožňuje vyžadovat po dodavatelích určité specifické parametry plnění a ev. přidružené informace. Tyto

²¹⁹ Asi neplatí jen pro spotřebitele, že „často nechtou své smlouvy a nejsou kvůli tomu *neracionální*“ - srov. WOODWARD, W. J. Legal Uncertainty and aberrant contracts: the choice of law clause. *Chicago-Kent Law Review*. 2014, vol. 89, s. 199.

²²⁰ S čímž může obchodník (neeticky, ale komerčně efektivně) kalkulovat nejen u spotřebitelů, ale i u řady profesionálů.

²²¹ K tomu srov. např. BLAIR, R. D.; DURRANCE, Ch. P. Restraints on quality competition. *Journal of competition law & economics*. 2013, vol. 10, s. 27–46.

²²² Oba pojmy se takto vymezují tamtéž. Uvádí se jako příklad, že na trhu pojištění se zhoršuje struktura pojištěnců, protože například u životních pojištění doplácení v důsledku nedokonalé informovanosti nekuřáci na kuřáky, pojistné se jim jeví příliš vysoké a o pojištění ztrácejí zájem. Na trhu, kde vedla asymetrie informací k negativnímu výběru, se nakonec prodávají jen výrobky pochybné kvality. Morální hazard v důsledku asymetrické informace a různé vyjednávací síly může ovlivnit nejen distribuci zisku, ale i výši celkového vytvořeného zisku. Srov. QUIGGIN, J.; CHAMBERS, R. G. Bargaining Power and Efficiency in Insurance Contracts. *The Geneva Risk and Insurance Review*. 2009, vol. 34, s. 34–47.

požadavky mohou odběratelé prosazovat velmi důrazně i za pomoci sankcí. Konečný spotřebitel ve vztahu ke svému prodáváči podobné možnosti nemá.

Předpoklad, že na trhu vystupuje „*bomo economicus*“, není splněn z řady důvodů, a to nejen u spotřebitelů, ale i u profesionálů. Informační asymetrie je jen jedním z důvodů, proč tento předpoklad neplatí. K racionálnímu ekonomickému rozhodování jsou totiž potřebné úplné a aktuální informace. Ten, kdo je nemá, se dostává do inferiorní pozice a jeho vyjednávací síla je menší.

U strukturální nerovnováhy typu spotřebitelských smluv přistupuje sociální ochrannářský prvek ve prospěch slabší strany.²²³ Právo jím reaguje na situaci faktické nerovnováhy a zajišťuje slabšímu nepodnikateli větší svobodu jednání. Výše jsem dovodil, že tento faktor ve vztazích mezi profesionály nepůsobí a není tedy odůvodněna ochrana slabší strany s horší vyjednávací pozicí z důvodu informační asymetrie. Pokud nejsou splněny zjistitelné a objektivizovatelné předpoklady takové nerovnosti vyjednávací síly, která vyžaduje intervence, je lépe se intervencí vyhnout. Doktrína tzv. nepoctivých smluv, která nemá jasné obrysy, se může snadno zvrtnout v nejkřiklavější formy „*ad hocismu*“.²²⁴

Informační asymetrie přitom není dvouhodnotová či dichotomická, tedy že buď „je“ nebo „není“; je to naopak vždy otázka míry a reálného dopadu této míry asymetrie na vyjednávací sílu. Asymetrie může být též dobrovolná i nedobrovolná, vnucená, akceptovaná či vybraná.²²⁵

3.5.3 Asymetrie skutečná a tvrzená

Informační asymetrie se může vyskytnout v každém vztahu, nejen spotřebitelském, ale i obchodním. Uvedení v omyl, nepatřičný vliv, rozpor s dobrými mravy, porušení zásady obchodní poctivosti atp., mohou být také projevy informační asymetrie, na něž soukromé právo má adekvátní reakce.

²²³ Srov. TAMM, TONNER, 2012, op. cit., s. 23 a násl.

²²⁴ Termín „*ad hocery*“ použil v této souvislosti TREBILCOCK, M. The doctrine of inequality of bargaining power: post-benthamite economics in the House of Lords. *University of Toronto Law Journal*. 1976, vol. 26, s. 385.

²²⁵ Srov. MOUZAS, S.; FORD, D. Contracts in asymmetric relationships. Lancaster University and University of Bath, Competitive Paper, *22nd Annual IMP Conference*, Milan, 7. - 9. September 2004, s. 35–36.

V situacích, kdy je informační asymetrie spíše statisticky pravděpodobnější než nikoli a je založena strukturálně, se používají zvláštní pravidla (typicky u ochrany spotřebitele).

Ochrana spotřebitele má ideové základy v tzv. teorii dělby moci a v argumentu slabosti jedné strany. Nerovnováha na trhu netransparentním pro slabší stranu měla být prostřednictvím ochrany spotřebitele obnovena tak, aby se spotřebitelova slabší tržní pozice posílila. Povinné zpřístupnění potřebných informací odstraňující informační asymetrii bylo jen jedním z prostředků k dosažení tohoto právně politického cíle (kromě úpravy podstaty obchodních transakcí, závazných smluvních podmínek, času na rozmyšlenou, rozšíření možnosti zrušit smlouvu slabší stranou atd.). Hovoří se o tzv. *paternalistickém modelu* ochrany spotřebitele.²²⁶

Na svobodném trhu panuje podle tohoto přístupu značná mocenská nerovnováha mezi spotřebiteli a výrobci, resp. spotřebiteli a distributory. Dochází k řadě tržních selhání. Spotřebitel se chápe jako zranitelná a slabší strana hodná ochrany. Jeho stavění do pozice „slabého neinformovaného hlupáčka“ může však vést ke zneužívání formálního spotřebitelského statusu a k morálnímu hazardu (neodpovědnosti a lehkomyšlnosti v právních vztazích).²²⁷

Opačné hledisko se spoléhá na funkčnost trhu a věří v jeho schopnost vytvářet optimální podmínky pro spotřebitele prostřednictvím soutěže, podobně jako věří v suverenitu spotřebitele. Je kritické ke státním zásahům a představuje jakousi variantu přístupu *laissez-faire*. Hovoří se o *modelu liberálním*. Představa o spotřebiteli je taková, že jde o silného aktivního partnera vyhledávajícího informace. V takovém případě (pokud by to byla empiricky doložená pravda, a nikoliv jen ideologicky podbarvené přání, které je otcem takové myšlenky) by jako nástroj právní politiky dostačovalo soutěžní právo (veřejné i soukromé), povinné poskytnutí informací a jen omezené státní zásahy.

Ochrana spotřebitele včetně povinného zvyšování jeho informačního vybavení a zajištění informačního komfortu pomáhá nejen spotřebiteli, ale i soutěži, protože díky vyšší transparentnosti trhu se zostrňuje hospodářská soutěž.

²²⁶ Srov. CSERES, K. *Competition Law and Consumer Protection*. Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 321.

²²⁷ Parafrázovatelnému heslem „musí to pro mě dopadnout dobře, neboť jsem jen prostý slabý spotřebitel.“ Negativní dopady na druhou stranu trhu a rizika pro soutěž jsou evidentní.

Na druhé straně může soutěž v důsledku státních zásahů i trpět (např. vytvářením faktických bariér vstupu a možností výběru na straně spotřebitele), a tím nakonec může být nepříznivě zasažen i spotřebitel. Někdy se čestně přizná skutečný cíl právních opatření ve prospěch slabšího (zejm. je-li to spotřebitel²²⁸), než aby se skrýval za rádo by ušlechtilé záminky systémového charakteru. V některých případech se ochrana slabších rozšiřuje na malé a střední podniky s nepokrytým (přiznaným) ideologickým pozadím a pragmatickým zájmovým zdůvodněním.²²⁹

Praktická právní politika se vždy pohybuje někde mezi těmito krajními myšlenými póly a závisí na politickém a hodnotovém nastavení konkrétní společnosti. Níže se budu zabývat opatřeními na úrovni EU, která dokumentují spíše příklon k ochranářskému nežli k liberálnímu pólu. Na jiném místě dokumentuji, že tento základní přístup se v soudní praxi ostře nerozlišuje a nezastavuje se před jinými než spotřebitelskými subjekty, ale hodnotově se promítá i do ochrany tzv. slabších obecně, včetně malých a středních podniků, ev. tzv. mikropodniků.²³⁰ Jde totiž mnohem více o hodnotové nastavení

²²⁸ Srov. KINGSBURY, A. Competition Law and Economic Inequality: Distributional Objectives in New Zealand Competition Law. *European Competition Law Review*. 2013, Issue 5, s. 256. Konstatuje se tu, že růst nerovnosti je pro politiky na Novém Zélandu stále větší výzva a že permissivní soutěžní právo má neuspokojivé distribuční efekty. Klade se důraz na podporu zájmů spotřebitelů, které se kladou nad zájmy výrobců. Požaduje se, aby i soutěžní právo explicitně zakotvilo distribuční cíle (tedy nejen ochranu soutěže). V diskusích o právní úpravě u nás odkazují příznivci úpravy tzv. významné tržní síly libivě také na údajný prospěch spotřebitelů z této regulace, ač zákon (ZVTS) plní evidentně a především redistribuční funkci ve prospěch výrobců a dodavatelů potravinářské produkce obchodním řetězcům. Na tomto přesunu se spotřebitelé velmi pravděpodobně vůbec podílet nebudou - naopak jim může uškodit. Blíže se otázka rozebírá v kapitolách 6 a 7.

²²⁹ Japonská ideologie (sic) úpravy zneužití významné vyjednávací síly vychází ze skutečnosti, že v Japonsku působí téměř 4 milióny malých podniků, které tvoří 99,7 % celkového počtu podniků, a velké podniky tvoří jen 0,3 % počtu. Malé podniky zaměstnávají téměř 70 % zaměstnanců a velké podniky zhruba 30 %. Z toho důvodu se podpora a ochrana malých podniků považuje za velmi důležitou politickou, ekonomickou a sociální výzvu, která nemusí bezpodmínečně souviset s ochranou hospodářské soutěže. Klíčovými hodnotami jsou vyrovnání nerovnosti, tendence k rovnostářství, důraz na rovnost a nezávislost umožňující malým podnikům skutečnou svobodu jednání. Rozlišuje se tzv. celková dominance (ve vztahu k celému relevantnímu trhu) a dílčí dominance (ve vztahu k partnerovi dílčí obchodní transakce). Tato ideologie odráží strukturu a vývoj japonské ekonomiky po druhé světové válce. Srov. MASTSUSHITA, M. Abuse of Superior Bargaining Position and the Japanese Antitrust Law, dosud nepublikovaná prezentace na *10th Conference of ASCOL-A*, Tokyo 21. 5.–23. 5. 2015, s. 8, 20.

²³⁰ Srov. BEJČEK, Soukromoprávní a veřejnoprávní korekce...op. cit., s. 246-256.

společnosti (a i soudního rozhodování, které specifikuje, co jsou např. dobré mravy soutěže) nežli o formalistické a pozitivistické sledování textu právních předpisů.²³¹

Paternalistický přístup není kvůli morálnímu hazardu namístě ani u spotřebitelů, přestože spotřebitelé jsou velmi z pohodlně a neobezřetní (anebo možná jsou k těmto nešvarům vychovávaní právě demoralizující paternalistickou ochranou?). Empirické průzkumy prokázaly, že jen nepatrné procento spotřebitelů čte formulářové smlouvy a z nich jen menší část rozumí tomu, co čte.²³² Právní ochrana, která by měla paušálně tento fakt brát jako argument o slabosti spotřebitele, a nikoliv jako potvrzení neodpovědnosti a lehkomyšlnosti, by zpochybňovala samotnou koncepci svéprávnosti.

Extrémní empirismus, který by se měl přetavit do ochrannářských norem, protože „tak to s pozorností a schopnostmi průměrných spotřebitelů ve skutečnosti je,“ by sice vyhověl tvrzení, že „spotřebitelé jsou omezenější v racionalitě nežli plně racionální rozhodovatelé“, a že by proto klasické modely založené na teoriích „práva a ekonomie“ měly být zavrženy proto, že neodpovídají skutečnosti *law and economics*,²³³ znamenalo by to ovšem možnost extrémního rozšíření *post-hoc* soudcovské kontroly smluv z hlediska dodržení (informační) poctivosti v každém jednotlivém případě.

Pojem informační asymetrie se tak může rozšiřovat nejen na samotnou dostupnost informací, ale i na porozumění jejich obsahu, což už hraničí s matením pojmů. Procedurální poctivost nemůže totiž jít tak daleko, aby obsahovala požadavek, že by strana poskytující včasné a úplné informace byla odpovědná též za to, že jim smluvní partner též dokonale porozumí.²³⁴

²³¹ Pojem spotřebitele je navíc dvojznačný a používá se jak v užším smyslu (pro spotřebitele konečného, fyzickou osobu), tak i v širším smyslu v právu na ochranu soutěže (i pro odběratele, který má „výrobní spotřebu“).

²³² Srov. SCHWARTZ, A. A. Consumer Protection Exchanges and the Problem of Adhesion. *Yale Journal on Regulation*. 2011, vol. 28, s. 350, pozn. 224 a literatura tam citovaná.

²³³ Tak BAR-GILL, O. The Behavioral Economics of Consumer Contracts. *Minnesota Law Review*. 2008, vol. 92, s. 749–751. Tvrdí se tam, že kvůli kognitivním omezením se spotřebitelé dopouštějí systematických omylů, na něž obchodníci nacházejí „strategickou odpověď“. Srov. též SCHWARTZ, 2011, op. cit., s. 352.

²³⁴ Vzato do extrému by také mohla silnější strana ještě prověřovat, zda původně věrohodně pochopenou informaci onen slabší subjekt podržel v paměti bez zkrácení po odpovídající dobu.

Ve vztazích mezi profesionály je rovněž běžné, že jeden je silnější (podle různých hledisek) než druhý. Nemůže z toho ale vyplývat nějaký „přirozený“ nárok na odstranění informační asymetrie, není-li ovšem právě tato informační asymetrie tím rozhodujícím faktorem mocenské nerovnováhy. V takových případech právo vesměs stanoví kompenzační procedury a ev. i požadavky na obsah poskytnutých vyrovnávacích informací straně informačně handicapované.²³⁵

Domnívám se, že ve vztazích mezi drobnými dodavateli (výrobci) a velkými (byť subdominantními) odběrateli (obchodními řetězci) nehraje informační asymetrie - na rozdíl od jednostranně obchodních smluv spotřebitelských - systémově žádnou roli spolutvůrce vyšší vyjednávací síly na straně kupujících nebo ekonomické závislosti prodávajících na kupujících. V informační výhodě naopak mnohdy mohou být sami dodavatelé (např. o vlastnostech svého zboží, o technologiích, nákladech na jeho výrobu a distribuci, o rezervách v cenotvorbě, apod.). Pokud takové mocenské relace mezi výrobcí a obchodníky panují, je potřeba jejich příčiny hledat jinde.

3.5.4 Další zdroje vyjednávací síly

Konvenčně se za faktory určující vyjednávací sílu pokládají tři okolnosti:²³⁶

- možnosti vnější volby kupujícího
- možnosti vnější volby prodávajícího
- relativní efektivnost vyjednávání

Vyjednávací síla *kupujícího* je v přímé úměře k možnostem jeho *vnější volby*. Čím je kupující větší, tím snazší pro něj může být rozšíření okruhu jeho potenciálních dodavatelů. Je to také lacinější vzhledem k jednotkovým nákladům spojeným se změnou dodavatele. Možnost změny prodávajícího je pro kupujícího tím snazší, čím větší soutěž panuje mezi prodávajícími a čím má kupující více variant změny. Dodavatelé nemají v takovém případě jistotou, komu budou nakonec zboží prodávat.

Soutěž na nadřazeném trhu (mezi prodávajícími) tedy výrazně zvyšuje možnosti kupujících změnit obchodního partnera. To ovšem neplatí, pokud

²³⁵ Srov. nejen informační povinnosti podnikatelů vůči spotřebitelům, ale i obecně „agenta“ vůči „principálovi“, managementu vůči akcionářům apod.

²³⁶ *OECD Policy Roundtables*. Monoposony and Buyer Power, 2008, DAF/COMP (2008), 38, ze 17. prosince 2009, s. 37 a násl.

je substituce dodávek nemožná nebo nákladná. V maloobchodním sektoru jsou možnosti vnější volby značné v případě, že je k dispozici široký sortiment zastupitelného zboží a neexistují značky, které je kvůli úspěchu na trhu potřeba mít „povinně“ v prodeji.

Roli hraje také poměr relativní velikosti kupujícího a prodávajícího. Větší možnosti vnější volby a změny partnera má kupující, jenž je relativně větší nežli prodávající, a dále kupující, jehož prodávající partner čelí kapacitním omezením, nebo jemuž rostou marginální náklady. Větší kupující vyjednávají o větším množství dodávek a jsou schopni dosáhnout větších množstevních slev.

Přímá úměra platí i mezi možnostmi *vnější volby prodávajícího* a jeho vyjednávací silou. Čím bude prodávající relativně větší, tím snáze bude moci přejít k alternativním kupujícím. Bude-li ovšem omezen kapacitně nebo porostou-li jeho marginální náklady, budou se jeho možnosti změnit kupujícího partnera snižovat. Možnosti prodávajícího změnit partnera se snižují, je-li obtížné nahradit kupujícího. To nastává v situaci, je-li soutěž na podražném trhu (mezi kupujícími) omezena. V extrémním případě může být kupující v pozici zvané *gate-keeper* a může rozhodovat o samotné možnosti vstupu prodávajícího na trh, protože prodávající nemá k dispozici jiné distribuční cesty a bez přístupu k maloobchodníkovi nemá jak efektivně distribuovat svoje zboží. V takové situaci má *gate-keeper* jakožto maloobchodník tržní moc coby prodávající na trhu distribuce určitého zboží na určitém území. Možnosti vnější volby na straně prodávajícího se zmenšují v případě, že je podkapitalizován a nemá kvůli své finanční křehkosti zdroje potřebné k přežití, pokud by se poohlížel po alternativních trzích (finanční závislost).

Zdrojem vyjednávací síly je i schopnost kupujícího *vytěžit z transakce větší podíl* nežli obchodní partner. Čím je kdo netrpělivější a čím více naléhá na uzavření kontraktu, tím větší výhodu poskytuje trpělivějšímu partnerovi. Větší kupující je navíc ochotnější investovat do informací snižujících informační asymetrii. Pokud např. prodávající zveličuje možnosti svých vnějších voleb, aby přiměl kupujícího uvěřit, že jsou tyto možnosti větší než ve skutečnosti, investice kupujícího do získání potřebných informací mohou vyloučit takovou výhodu prodávajícího, kterou by jinak měl (kdyby se mohl spoléhat na nejistotu kupujícího o skutečných poměrech na trhu).

Významná vyjednávací síla kupujícího se dá identifikovat v případě, že kupující může snadno přejít k alternativním dodavatelům, financovat nový vstup, nebo se zásobit sám, aniž by to u něj vyvolalo významné zapuštěné náklady, a že představuje vstupní bránu na podřazený trh.²³⁷

²³⁷ Podle britského Office of Fair Trading, cit. podle *OECD Policy Roundtables Monoposony and Buyer Power*, s. 42.

4 MONOPSON, KUPNÍ SÍLA A EKONOMICKÁ ZÁVISLOST

4.1 Definice kupní síly

Pojem kupní síly se nedá - podobně jako většina neurčitých pojmů - v pravém slova smyslu definovat; spíše se lze pokusit pouze o jistou aproximaci a o strukturování intuitivně vnímaného obsahu. Kupní síla vzniká typicky jako důsledek disproporce (asymetrie) moci a informací mezi prodávajícími a kupujícími.²³⁸

Definic a kvazidefinic existuje celá řada. Jejich častým společným znakem bývá důraz na schopnost kupujícího uplatnit ziskové ceny pod soutěžní úrovní. To by však znamenalo redukci kupní síly jako zrcadlového obrazu prodejní síly o intenzitě monopolu nebo oligopolu disponujícího tržní mocí ve smyslu antitrustových zákonů a kupní síla by byla jen synonymem pro monopsonní sílu.²³⁹

Kupní síla jakožto způsobilost kupujícího vyjednat pro sebe výhodnější cenu či jiné podmínky na úkor prodávajícího, se užívá v neurčitém vztahu k dopadu na soutěž. Může totiž, ale nemusí, být protisoutěžní a někdy může působit i prosoutěžně. Je-li kupní síla relevantní z hlediska (alespoň potenciálního) vlivu na soutěž, měla by se hodnotit v souvislosti s kategoriemi zakázaných dohod mezi kupujícími, nebo vykořisťovatelského či vylučovacího zneužití kupní síly dominantním kupujícím, a nebo spojení kupujících podstatně ohrožujícího hospodářskou soutěž.²⁴⁰

²³⁸ CARSTENSEN, P. C. Buyer power, competition policy and antitrust: the competitive effects of discrimination among suppliers. *The Antitrust Bulletin*. 2008, vol. 53, no. 2, s. 271.

²³⁹ Tak se např. tvrdí, že kupní síla se vztahuje k podmínkám, za nichž je poptávková strana trhu dostatečně koncentrována, aby mohli kupující uplatňovat tržní moc nad prodávajícími. Kupující má tržní moc, jestliže může přinutit prodávajícího ke snížení ceny pod úroveň, která by existovala na soutěžním trhu. Kupní síla se tak projevuje v podobě monopsonu nebo oligopsonu a je zrcadlovým odrazem monopolu nebo oligopolu. Srov. NOLL, R. G. „Buyer Power“ and Economic Policy. *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, no. 2, s. 589.

²⁴⁰ Srov. VALENTINE, D. A. Retailer Buyer Power: Abusive Behavior and Mergers/Acquisitions. In: *International Antitrust law & policy: Fordham Corporate Law 2000*. 513 Barry Hawk ed., Juris Publishing, 2001.

Pokud není kupující čistým příjemcem ceny (*price taker*), tak nějakou kupní sílu vždy má - je to totiž podstata soutěžního trhu. Je s ní spojen i efekt přenosu části bohatství dodavatelů na odběratele.²⁴¹

Monopsonní síla se někdy nepřesně označuje jako synonymum pro kupní sílu, která je ilegální;²⁴² to je nesprávné již proto, že žádná tržní síla bez ohledu na svoji velikost není ilegální sama o sobě, samozřejmě na rozdíl od svého zneužití.

Kupní síla je však širší než monopsonní síla a mohou ji uplatňovat i subdominanti na straně poptávky.²⁴³ Pojem monopsonu se přesněji a selektivněji využívá jen k označení klasické cenové monopsonie, zatímco pojem vyjednávací síly znamená druhý typ kupní síly (vedle monopsonu) založené na modelu bilaterálního vyjednávání. Podobně jako u tržní síly na straně nabídky záleží i tady na intenzitě vlivu, a zejména na tom, zda kupní síla může ovlivnit soutěž na trhu.

Kupní síla neexistuje jako jediný typ – naopak se vesměs chápe ve dvojném možném smyslu – buď jako *monopsonní* tržní síla (zrcadlový odraz monopolu), nebo jako *relativní* vyjednávací síla, díky níž silnější kupující může získat větší slevy či jiné výhodnější podmínky nežli slabší kupující.²⁴⁴ Dá se rovněž chápat jako „způsobilost kupujícího významně ovlivnit nákupní podmínky z jiných důvodů nežli efektivnosti.“²⁴⁵ Jiné „definice“ kladou důraz na pouhou způsobilost kupujícího ohrozit prodávajícího náklady nebo odčerpáním nějaké výhody pod vlivem věrohodné hrozby.²⁴⁶

²⁴¹ Srov. EZRACHI, A. Buying Alliances and Input price Fixing: In Search of a Enforcement Standard. *Journal of Competition Law & Economics*. 2012, no. 1, s. 41.

²⁴² Srov. SHIVELY, J. D. When Does Buyer Power Become Monopsony Pricing? *Antitrust*. 2012 (Fall), s. 93.

²⁴³ Tak CHEN, Z. Defining buyer power, *Antitrust Bulletin*. 2008 (summer), vol. 53, no. 2, s. 243.

²⁴⁴ NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. Oxford University Press, 2011, s. 166 a násl.

²⁴⁵ GRIMES, W. S. Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protecting Competition and the Atomistic Seller. *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, no. 2, s. 565.

²⁴⁶ J. B. Kirkwood píše obecně o vyjednávací síle (bez ohledu na které straně trhu se vyskytuje) jako o moci získat ústupek od druhé strany pod hrozbou (zvýšených) nákladů nebo odebrání užítku (KIRKWOOD, J. B. Buyer Power and Exclusionary Conduct: Should Brooke Group Set the Standard for Buyer-Induced Price Discrimination and Predatory Bidding? *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, no. 2, s. 638–639). V tomto pojetí může být kupní vyjednávací síla i druhem obrany, protiakce, vyvážení (*countervailing power*) v podmínkách nedokonalé soutěže mezi prodávajícími. Podle jiné definice (srov. SHIVELY, 2012, op. cit., s. 93) se pod kupní silou rozumí schopnost kupujícího sjednat si nižší ceny a získat vyšší celkový užitek při jednání s prodejci o cenách vstupů, což není ani ilegální, ani protisoutěžní. Takovou kupní silou disponuje ostatně každý kupující, který není čistým příjemcem ceny (*price-taker*) a má nějaký vyjednávací prostor.

Kupní síla umožňuje jednotlivému kupci nebo jejich uskupení ovlivnit obchodní podmínky ve vztahu k dodavatelům – umožňuje kupujícím snížit kupní cenu nebo uplatnit jiné výhodnější necenové podmínky. Taková moc může pramenit z dominantního postavení nebo z kolektivní dominance (pak jde o druh tržní moci, která může být zneužita a může poškodit soutěž), nebo může plynout ze strategických výhod na straně kupujícího.²⁴⁷

Jen nepatrně podrobnější a ekonomicky strukturovanější definice kupní síly ji pokládá za způsobilost prodejce se ziskem snížit prodejcovu cenu pod normální úroveň, resp. za způsobilost získat výhodnější obchodní podmínky, nežli normálně prodávající poskytuje.²⁴⁸ Panuje-li mezi prodejci dokonalá soutěž, je kupní síla kupujícího (za normální soutěžní kupní cenu) na úrovni monopsonu; je-li na straně nabídky soutěž nedokonalá (a normální prodejní cena je tudíž nad úrovní ceny soutěžní), je kupní síla silou vyvažovací (*countervailing power*).²⁴⁹

Omezení podnikatele nemusí tedy přicházet jenom od jeho konkurentů, ale též od jeho zákazníků a spotřebitelů. Odpověď na otázku, zda jde o legitimní vyvažovací sílu, nemůže být automatická (nikoliv každá obrana proti dodavateli si takovou charakteristiku zaslouží. Kupní síla (i ta vyvažovací) není absolutní koncept, ale jde vždy o její stupeň (intenzitu a dopad), zda působí jako účinné omezení způsobilosti prodejce vykonávat prodejní tržní moc.²⁵⁰

Rozdíl mezi monopsonem a vyvažovací kupní silou je velmi důležitý. Snížení ceny při monopsonu se dosahuje snížením množství – aby monopsonista docílil pro sebe výhodnější ceny, musí nakupovat méně, zatímco při bilaterálním jednání postačuje pouhá hrozba snížení objemu nákupů. Tato hrozba postačuje silnému kupujícímu k tomu, aby získal slevu i bez skutečné realizace této hrozby, tedy bez snížení nakupovaného množství.²⁵¹

²⁴⁷ Srov. EZRACHI, A.; IOANNIDOU, M. Buyer power in European Union merger control. *European Competition Journal*. 2014, vol. 10, no. 1, s. 69.

²⁴⁸ Srov. LÜCKING, J. Retailer power in EC competition law. In HAWK, B. (ed.). *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, 2001, s. 469.

²⁴⁹ CHEN, 2008, op. cit., s. 247.

²⁵⁰ Srov. BELLAMY & CHILD. *European Union Law of Competition*. 7th Ed. Oxford University Press, 2013, s. 776.

²⁵¹ CHEN, 2008, op. cit., s. 246.

Zatímco monopsonní kupní síla vede k podobným důsledkům jako monopolní tržní moc (ztráta efektivnosti, tzv. *deadweight loss*), může naopak vyvažující kupní síla zvýšit efektivnost a přinést užitek spotřebitelům, zejména panuje-li na odbytovém trhu kupujícího, který uplatnil vyvažovací sílu vůči svému dodavateli, intenzivní soutěž.²⁵² Silní kupující tak mohou chránit nejen sebe, ale i trh a soutěž na něm. Tento cíl (udržet dlouhodobě soutěž na trhu, a to i za cenu odmítnutí nákupů za monopolní ceny a při vědomém obětování vlastního krátkodobého užítku) mohou podle některých výzkumů sledovat i prostí spotřebitelé.²⁵³

Dá se ovšem také dovodit, že vyvažovací kupní síla je nástrojem ke snížení škodlivého dopadu monopolní tržní moci, ale v podmínkách soutěže na straně nabídky může kupní síla²⁵⁴ svým tlakem na snížení marží a nákladů prodejců vést až k exitům méně efektivních prodávajících, a tím ke koncentraci na straně nabídky, která bude vyžadovat a opodstatňovat využití vyvažovací kupní síly. Cenově agresivní chování i subdominantních kupujících může „vykořisťovat“ prodávající podobně jako v případě cenové války dominantního prodávajícího vůči kupujícím a může vést k přesunům zisku a bohatství od prodávajících ke kupujícím.²⁵⁵

Kupní síla se proto musí hodnotit na přísně individuální bázi podle okolností jednotlivého případu. Může vést jak k neefektivnosti a k protisoutěžnímu vykořisťovatelskému chování, tak i k podpoře zdravé soutěže a ku prospěchu spotřebitelů. Negativní vliv na soutěž je pravděpodobnější (ne však jistý a automatický), pokud je kupní síla spojena s prodejní silou kupujícího

²⁵² Kupní síla je s to omezit a korigovat chování dodavatelů a činí nepravděpodobným vznik dominance, pokud je koncentrace na poptávkové straně stejná nebo vyšší než na dodavatelské straně. Srov. např. případ COMP/M. 2072, rozhodnutí Komise z 16. 10.2000 v případě *PhilippMorris/Nabisco*, čl. 25.

²⁵³ Srov. BRUTTEL, L. V.; GLÖCKNER, J. Strategic buyers and market entry. *Journal of Competition Law & Economics*. 2011, vol. 7, no. 2, s. 394.

²⁵⁴ Neoznačovala by se ovšem za *vyvažovací* sílu, protože na druhé straně trhu není tržně silný (dominantní) subjekt.

²⁵⁵ Závěr, že by kupní síla mohla významně ohrozit soutěž (v případě posuzování fúzí soutěžitelů) vyslovila Evropská komise jen zřídka, zatímco posouzení kupní síly jako síly vyvažovací je běžné—dospívá k tomu analýza v EZRACHI, IONANNIDOU, 2014, op. cit., s. 93.

na následném trhu - pak nemusí být totiž zisk z nízkých cen vydobytých na prodávajícím přenesen adekvátně nebo vůbec na spotřebitele.²⁵⁶

Vyvažovací kupní síla tedy generuje nebo zvyšuje soutěž na straně nabídky, a je proto pokládána za druh „požehnání“. Pokud soutěžní chování dodavatele významně omezují jeho zákazníci, nemůže se stát dominantem.²⁵⁷ Role silných kupujících může být kladná, přinejmenším z krátkodobého hlediska, zejména pokud panuje velká koncentrace v klíčových oblastech potravinářské výroby.²⁵⁸ Kupní síla uplatňovaná vůči výrobcům s významu tržní silou u nich pravděpodobně nevyvolá větší problém nežli snížení zisku. Naopak to může přinést kladný krátkodobý užitek pro spotřebitele, jestliže by snížení velkoobchodních cen vedlo ke snížení cen maloobchodních.²⁵⁹

Vyvažovací kupní síla může být ale i „prokletím“, pokud by eliminovala prodejní sílu schopnou zefektivnit soutěž mezi kupujícími, jejíž výsledek přináší v důsledku prospěch spotřebitelům. Těžko se dá ovšem stanovit jakékoliv jednoduché rozhodovací pravidlo, podle kterého by se mohlo paušálně postupovat, ale situaci je nutno posoudit v každém jednotlivém případě individuálně.²⁶⁰ Jedná-li se však o vztahy mezi takovými subjekty, z nichž žádný nemá tržní moc (a tedy schopnost negativně omezit hospodářskou soutěž), ale jen činnost a obchodní a hospodářské výsledky konkrétní protistrany, nejde o vykořisťovací zneužití tržní moci postžitelné prostředky antitrustového práva, ale o otázku práva smluvního, práva proti nekalé soutěži, práva

²⁵⁶ Srov. BLOOM, M. Retailer buyer power. In HAWK, B. (ed.). *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, 2001, s. 395–413.

²⁵⁷ DONOGHUE, R. O.; PADILLA, J. *The Law And Economics Of Article 102 TFEU*. 2nd Ed. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2013, s. 166.

²⁵⁸ Od prvých analýz kupní síly v roce 1950 až dodnes se ovšem dovozuje, že dopad vyšší koncentrace na poptávkové straně trhu na spotřebitelské ceny a spotřebitelský blahobyt je dvojnásobný. Srov. RAFF, H.; SCHMITT, N. Buyer Power in International Markets. *Kiel Institute for the World Economic Working Papers*, June 2008, no. 1431. Tato nejednoznačnost by podle mého názoru měla vést nikoliv k regulatorním snahám, ale k jejich minimalizaci na základě principu minimalizace intervence.

²⁵⁹ Srov. DOBSON, P.; CLARKE, R.; DAVIES, S.; WATERSON, M. *Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union* [online]. Study contract No. IV/98/ETD/078, June 2000, s. 38. Dostupné na: <http://europa.eu.int/comm/dg04/publications/studies/bpifrs>

²⁶⁰ Podobně KOKKORIS, I. Buyer Power Assessment in Competition Law: A Boon or a Menace? *World Competition*. 2006, vol. 29, no. 1, s. 139–164.

na ochranu malých a středních podniků, apod.²⁶¹ K tomu, aby mohla kupní síla ovlivnit negativně hospodářskou soutěž, by musela být silná a dlouhodobá (stabilní). Je nutno pečlivě rozlišovat, zda kupní síla vede ke snížení cen nebo ke zvýšení kvality na následném trhu, nebo zda je jejím důsledkem pouze uplatnění nižší ceny, přičemž ceny pro zákazníky na následném trhu se zvýší, nebo se sníží kvalita výstupu.²⁶²

Kupní síla se dá určit jen víceetapově - až poté, co se vymezí relevantní nákupní trh, zjistí se koncentrace zákazníků na tomto trhu (v absolutním pohledu podle procenta poptávky největšího kupujícího nebo největších kupujících, a i v relativním pohledu - ve vztahu ke stupni koncentrace na nabídkové straně), posoudí se praktiky maloobchodníků, porovnají se náklady obou stran na ev. změnu obchodních partnerů. Velká kupní síla se dovozuje u velkých zákazníků, kteří mají četné možnosti změny partnera, zatímco jejich dodavatelé jich mají málo.²⁶³

²⁶¹ DONOGHUE, PADILLA, 2013, op. cit., s. 843. Přesto, že se v poslední době potvrzuje používání řady restriktivních praktik umožněných kupní silou potravinářských obchodních řetězců, nedaří se (konkrétně v britské praxi) dokázat, že by tím byli poškozeni spotřebitelé v možnostech svého výběru zboží, ve snížených inovacích nebo vyšších cenách. Není též poškozena soutěž mezi dodavateli, a ani mezi maloobchodníky. Doporučují se proto nikoliv strukturální opatření a těžkopádné tvrdé a plošné regulace, ale spíše autoregulace chování řetězců a posouzení konkrétního případu. Srov. DOBSON, P.W.; CHAKRABORTY, R. Buyer power in the U.K. groceries market. *Antitrust Bulletin*. 2008 (summer), vol. 53, no. 2, s. 366–368.

²⁶² Srov. BLOCH, R. E.; BROWN, J. S. Significant Developments in Monopsony and Buyer Power Issues. *The Antitrust Review of the Americas*. 2008, special report, s. 37. Na s. 35 se uvádí příklad sdruženého nákupu několika malých maloobchodníků. Ti mohou zadávat větší objednávky a vyjednat proto nižší ceny nežli při individuálních vztazích s dodavateli. Prospěch mají i dodavatelé takových kupujících, protože dosahují nižších výrobních nákladů díky úsporám z měřítka (*economies of scale*). Jednání sdružených nákupců ani sdružených prodejců v zájmu vlastní efektivnosti samozřejmě nesmí naplnit znaky dohody omezující soutěž, aniž by splnilo ev. kritéria pro vynětí ze zákazu kartelových dohod. Prodejní i nákupní cenové kately jsou nezákonné *per se*. Pokud jde o nákupní kartelizaci, bylo by totiž velmi obtížné odlišit legitimní úsilí o vytvoření vyvažovací síly od koluzivní snahy o využití kupní síly. Srov. CARSTENSEN, P. C. Buyer cartels versus buying groups: legal distinction, competitive realities, and antitrust policy. *William & Mary Business Law Review*. 2010, vol. 1, no. 1, s. 34.

²⁶³ DONOGHUE, PADILLA, 2013, op. cit., s. 168. Samotný tržní podíl toho o poptávkové moci mnoho nevypráví (s výjimkou monopsonu). Též kritérium tzv. nepostradatelnosti produkce prodávajícího pro poptávajícího je sporné - vytváří totiž jakési kvazipřirozené právo dodavatele na svoji odbytovou politiku. Sporný je též koncept prosaditelnosti lepších podmínek vůči kupujícímu, jakož i koncept omezení poptávky s cílem prosadit nižší nákupní cenu. Již před léty to konstatoval KÖHLER, H. *Nachfragerwettbewerb und Marktbeherrschung*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986, s. 117 a násl.

Kupní síla (poptávková moc) též závisí na tom, zda je dodavatel na kupujícího odkázán jakožto na „hlídače vstupu“ na trh (*gatekeeper*, *Türsteher*),²⁶⁴ jediné přes něhož je možné zásobovat místní odbytovou oblast. Takové postavení na poptávkové straně trhu a z něho plynoucí kupní sílu může mít i relativně velmi malý prodejce.²⁶⁵ Velikost obchodníka jakožto kritérium či vodítko pro určení kupní síly může být zavádějící.

Zejména pro malé výrobce čerstvých potravin přicházejí v úvahu jako nákupci obchodníci s omezeným regionálním rozsahem a dodávky na delší vzdálenosti se prodražují a zhoršují kvalitu a trvanlivost zboží. Na rozdíl od velkých výrobců nemají tito malí výrobci reálné možnosti změnit odběratele. Tím vzniká specifický druh kupní síly odběratelů vůči malým výrobcům, resp. ekonomická závislost malých výrobců na odběratelích.²⁶⁶

Kupní síla v podobě vyjednávací síly závisí tedy mj., čili nikoliv výlučně, na tržním podílu každého maloobchodníka na maloobchodním trhu vzhledem k určité kategorii výrobků. Přitom se však na poptávkové straně konstatuje vyjednávací síla i při mnohem nižších obrátových podílech na trhu nežli v případě hodnocení tržní moci na straně nabídky.

Evropská komise a mnoho národních soutěžních úřadů vycházejí z předpokladu, že *tržní podíl* maloobchodníka 22% a více v určité kategorii výrobků znamená pro jeho dodavatele, že jsou na maloobchodníkovi *ekonomicky závislí*, protože se nemohou vzdát takových dodávek (kritérium tzv. nepostradatelnosti).²⁶⁷ Podíly mezi 10% a 20% indikují silnou vyjednávací pozici maloobchodníka a teprve pod 10% se konstatuje neexistence asymetrické vyjednávací situace.²⁶⁸

²⁶⁴ HAUCAUP et al., op. cit., s. 949.

²⁶⁵ V takovém případě je ale přesnější hovořit nikoliv o kupní síle, ale o ekonomické závislosti.

²⁶⁶ Srov. SCHULZE, op. cit., s. 45 a násl.

²⁶⁷ V případě IV/M.1221 (3. února 1999), REWE/Meinl, bod 10, použila Evropská komise hranici 22% na „obrat s určitým zákazníkem“ dodavatele. V případě COMP./M.5047 (23. 7. 2008), REWE/ADEGK, prohlásila Evropská komise, že údaj 22 % se musí chápat ve vztahu k tržnímu podílu.

²⁶⁸ Britská Competition Commission definovala již v roce 2000 ve zprávě o potravinářství jako znak závislosti agregátní hranici 8% nákupů pro maloobchodní distribuci prostřednictvím určitého distribučního kanálu. Srov. PERA, A.; BONFITTO, V. Buyer Power in Anti-trust Investigations: A Review. *European Competition Law Review*. 2011, Issue 8, s. 415. Podle rozsudku řecké státní rady č. 3935/2013 může nedominantní podnik zneužít stav ekonomické závislosti dokonce i přes neexistenci smluvního vztahu mezi stranami. Srov. PANTAZIS, D. Anticompetitive Practices. National Reports. *European Competition Law Review*. 2014, Issue 6, s. N-45.

Někdy se tvrdí, že vlastníci silných značek mohou záviset na distribučních řetězcích s 10% podílem na trhu,²⁶⁹ a existují i názory, že velikost ve smyslu tržních podílů není ani nezbytná a ani dostačující pro existenci vyjednávací síly, a že za určitých podmínek dokonce mohou velcí distributoři skončit s nižšími cenami než jejich menší konkurenti.²⁷⁰

Nepostradatelnost (zboží nebo služeb, resp. toho, kdo je jako jediný s to dodávky pro jiného zajistit) je v praxi poněkud flexibilní kritérium, byť se z hlediska formální logiky pojmově nemůže odehrávat v jiné poloze než „ano/ne“. Přesto se v některých pramenech můžeme setkat s formulací „*stupeň nepostradatelnosti*“.²⁷¹ Znamená to, že jednoho či druhého partnera může jeho protějšek hodnotit jako „trošku nepostradatelného“ nebo „velmi nepostradatelného“? Spíše jde o vyjádření stupně *závislosti na konkrétním partnerovi*.²⁷² Pro sílu vyjednávací pozice je rozhodující nikoliv absolutní nebo relativní velikost partnera, ale reálná možnost příslušného partnera opustit.

Tato možnost optovat pro jiného partnera nebo pro jiné zboží je v oblasti maloobchodu komplikována skutečností, že velká část spotřebitelů nakupuje způsobem „vše u jednoho prodejce“ (*one-stop-shopping*). To znamená, že spotřebitel, pro něhož je výrobek (nebo třeba jen konkrétní značka zboží) nezastupitelný, se při jeho vyřazení z nabídky u konkrétního prodejce rozhodne pro nákupy u jiného prodejce, kde si ovšem nepořizuje jen kýžený výrobek, ale celý nákup (celý nákupní košík). Jde o jakýsi pákový efekt či negativní externalitu rozhodnutí obchodníka o změně sortimentu nebo obchodního partnera u výrobků, které je nutno mít (*must-stock-products*). Relativní velikost partnerů nehraje v tomto ohledu žádnou roli. Vyřazení dodavatele takového zboží (pro zákazníka nepostradatelného) ze seznamu dodavatelů může mít pro obchodníka závažné následky a bude je velmi zvažovat.

²⁶⁹ Tak GRIMES, 2005, op. cit., s. 580.

²⁷⁰ Tak např. CHEN, Z. Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy. In: ZERBE, R. O.; KIRKWOOD, J. B. (eds.). *22 Research in Law and Economics*. vol. 17, s. 31.

²⁷¹ „Grad an Unverzichtbarkeit“—srov. BUNDESKARTELLAMT. *Lebensmitteleinzelhandel—Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland*. 2014, s. 21, 16. Dostupné na: http://www.bundeskartellamt.de/Sektoruntersuchung_LEH.pdf#%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D7

²⁷² Srov. HAUCAUP, J.; HEIMENSCHOFF, U.; THORWATH, U.; WEY, Ch. Die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2015, no. 6, s. 608.

Podobný efekt má praxe nakupovat u jednoho dodavatele celý balíček výrobků nebo celé výrobní kategorie. Vypuštění jednoho produktu či několika výrobků by mohlo ohrozit množstevní a obrátové výhody spojené s existencí celého produktového balíčku.

Dobrá vyjednávací pozice (resp. dobrý výsledek vyjednávání) může být také důsledkem dobré obchodní nebo špatné výrobní strategie. To jsou čistě endogenní faktory vyjednávací pozice, které se dají měnit podnikatelskými rozhodnutími.

Naopak exogenním faktorem mohou být sektorová (odvětvová) specifika dodavatele. Nápadné a politicky brizantní je to v oblasti dodávek zemědělské produkce. Kromě lobbistických tlaků dobře zorganizované zemědělské lobby na výhodnější přerozdělení zisků mezi výrobcí a distributory nelze nevidět objektivní nevýhody, které dodavatelé zemědělské a zčásti i potravinářské produkce mají. Vyrábějí totiž zčásti velmi choulostivé a málo trvanlivé zboží (některé druhy zeleniny a ovoce podléhající rychlé zkáze). Nabídka tohoto zboží je proto velmi nepružná a k utlumení nárazů se nedají použít zásoby,²⁷³ a tak se tyto šoky tlumí jen prostřednictvím nízkých výkupních cen.²⁷⁴

4.2 Příčiny a možné projevy vyšší síly na straně poptávky

Poptávková moc je všeobecně v centru pozornosti veřejnosti i odborníků zejména kvůli rostoucí koncentraci a vertikální integraci na této straně trhu a kvůli možným dopadům na spotřebitelský blahobyt. Koncentrace velkoobchodní poptávky spolu se změnou nákupních návyků spotřebitelů učinily z velkých nákupních organizací (obchodních řetězců) velké hráče, bez jejichž prostřednictví se výrobci (zejména potravinářského sortimentu) sotva mohou dostat se svým zbožím ke spotřebiteli – přinejmenším v rozsahu nutném pro dlouhodobě efektivní prodeje. Hovoří se o postavení velkých distributorů jakožto hlídačů vstupu na trh (*gatekeepers*), k nimž neexistuje plnohodnotná alternativa.

²⁷³ Což třeba neplatí pro obiloviny, brambory a jiné trvanlivé zboží.

²⁷⁴ Srov. REY, P. Retailer buying power and competition policy. in HAWK, B. (ed.). *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, 2001, s. 499.

Závislost výrobců na tomto sektoru se dále posiluje tím, že distributoři mají popracován účinný systém logistiky, balení, dopravy a navíc prodávají stále více produktů pod vlastními obchodními značkami, což vedle úspor z rozsahu a vysokých nákladů na změnu distributorského partnera (existuje-li vůbec taková možnost) posiluje závislost výrobců na konkrétních distribučních kanálech.²⁷⁵

Poptávková moc odběratelů je vyšší i proto, že zboží je většinou málo diferencované (a vlastní obchodní značky k tomu přispívají); eventuální výpadek konkrétního výrobku odběratel vesměs ani nepocítí, zatímco ztráta velkoodběratele může být pro dodavatele fatální – jde o mocenskou asymetrii i v případě subdominance. K tomu přistupuje asymetrie informační – dodavatelé jsou totiž pro odběratele ekonomicky a technologicky docela transparentní, což v opačném směru neplatí. Transakční náklady na změnu dodavatele jsou přitom nepatrné, zpravidla na rozdíl od nákladů výrobce/dodavatele na změnu distribučního kanálu.

Větší moc na straně poptávky nelze paušálně spojovat se záporným nebo kladným znaménkem; protože může mít v různém kontextu řadu pozitivních i negativních dopadů, musí se posoudit vždy v konkrétní situaci. Je například možné ji chápat jako zbraň nepřímou působící ve prospěch spotřebitele tím, že tlak na snížení nákupních cen a na snížení cen spotřebitelských ovlivňuje i jiné prodejce. Transfer zisku z nízkých nákupních cen na spotřebitele závisí samozřejmě na intenzitě soutěže na konečném distribučním stupni (maloobchodní prodej konečným zákazníkům).

Soutěžní dopady vysoké poptávkové moci se spatřují zejména v dopadech označovaných²⁷⁶ jako:

- a) Efekt vodního lůžka:²⁷⁷ označuje se tak snaha výrobců kompenzovat si nižší marže dosahované vůči velkým odběratelům tím, že se pokoušejí prosadit tvrdší podmínky pro menší obchodní partnery. Je ovšem sporné, zda by tržně silnější výrobci čekali na zhoršení svého postavení a neprosazovali pro sebe výhodnější podmínky i bez toho. Tržně

²⁷⁵ Srov. obecně Hauptgutachten 2010/2011, no. XIX, Monopolkommission: *Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2012, s. 369 a násl.

²⁷⁶ Srov. Hauptgutachten op. cit., s. 372 a násl.; OECD, 2008, op. cit., s. 42 a násl.

²⁷⁷ Stlačení na jednom místě vyvolá pozdvih na jiném místě.

slabí výrobci si to nemohou dovolit vůbec. Předpokládá se pravděpodobnější dopad na zvýšení průměrných cen v případě, že se menší odběratelé již dříve museli ve větším rozsahu zříci svých tržních podílů. Obecně²⁷⁸ se tento efekt vodního lůžka pokládá za sice možný důsledek poptávkové moci, ale který je závislý na řadě okolností.

- b) Uzavírací efekt (*foreclosure*): může být důsledkem snahy jednotlivého obchodníka vyloučit zcela nebo částečně prostřednictvím zvláštních dodacích podmínek (třeba exkluzivity) svoje konkurenty nebo nějakého dodavatele. To je ovšem těžší kvůli sortimentu výrobků, je-li zajišťován vícero výrobci, poskytovajícími náhradní zdroj dodávek.
- c) Vytlačovací efekt: jde vlastně o variantu uplatňování bojových cen. Ten, kdo se pro ni rozhodne, by musel v první fázi nasadit konečné spotřebitelské ceny tak nízko, aby jim jeho konkurenti nedokázali čelit a opustili trh; v druhé fázi by si ztráty utrpěné ve vytlačovací fázi musel minimálně nahradit vyššími cenami. To je velmi drahá a riskantní strategie, která nemusí vyjít v případě, že neexistují výrazné překážky vstupu na trh – v oné druhé „zdražovací“ fázi totiž může tržně silnému odběrateli začít konkurovat bez významného rizika ztráty nový distributor i s poměrně vysokými cenami – stačí, když jeho ceny budou o něco nižší než přemrštěné „kompenzační“ ceny vytlačujícího distributora.
- d) Spirálový efekt: jde o metaforické vyjádření situace, v níž se obchodník s poptávkovou mocí snaží vylepšit svoje postavení vůči konkurentům tím, že získává lepší nákupní podmínky než oni. Tento proces může být i několikakolový. Roste-li poptávková moc s mocí nabídkovou na podřazeném maloobchodním trhu, hovoří se o spirálovém efektu. Dlouhodobě se mohou zvýšit ceny, pokud zbývající soutěžitelé nejsou kvůli sníženému soutěžnímu tlaku nuceni přenechávat podíl na výhodnějších nákupních podmínkách konečným spotřebitelům. Je to ovšem sporná strategie, která může ztroskotat na nově přichozích efektivnějších soutěžitelích a na výhodách z měřítka (z velikosti – *efficiencies of scale*), které také zlepšují nákupní podmínky.
- e) Zkreslení (*zadrženi*) investic a inovací: z dlouhodobého hlediska mohou nízké marže výrobců (omezované poptávkovou mocí obchodníků) snížit investice do inovací a do zdokonalování, zkvalitňování

²⁷⁸ Hauptgutachten, op. cit., s. 372.

a rozšiřování produkce. Vlastní obchodní značky výrobků používané obchodníky navíc zkracují etapu, v níž může výrobce čerpat tzv. inovační rentu. Tyto efekty se sice dají předpokládat, ale jen problematicky zjišťovat a kvantifikovat.²⁷⁹

- f) Snížení kvality je sice možno též považovat za jeden z důsledku poptávkové síly, ale jen za předpokladu, že cena je hlavním kritériem, které rozhoduje o úspěchu v soutěži; v tom případě může být taktika obchodníka nutícího výrobce ke snížení kvality úspěšná, byť nikoliv dlouhodobě. Je to navíc velmi riskantní postup, neboť takový obchodník může ztratit v soutěži se svými konkurenty přízeň zákazníka, který vesměs posuzuje *poměr* ceny a kvality, a nikoliv samotnou *výši* ceny.

Vesměs jsou tyto hypotetické *negativní* efekty poptávkové moci závislé na tolika vnějších okolnostech, že se dají zkoumat jen v jednotlivých případech a nelze je presumovat všeobecně, když navíc existují i podobně hypotetické *pozitivní* efekty poptávkové moci. Důkazy o skutečně negativních dopadech poptávkové moci se předložit nepodařilo.²⁸⁰

4.3 Zvláštní regulace subdominantní tržní síly na straně poptávky v podmínkách oligopsonu i polypsonu

Sporné je nejenom omezování ochrany před významnou tržní silou oborově (potravinářská velkoobchodní distribuce), ale principiální racionální zdůvodnění postrádá i ochrana jen odběratelů (kupujících) před dodavateli (prodávajícími), pokud ovšem za relevantní argument nepovažujeme, že si úpravu na ochranu dodavatelů před obchodními řetězci prosadila *lobby* zemědělských prvovýrobců.

²⁷⁹ Hauptgutachten, op. cit., s. 374. Výmluvný je ovšem úplně protikladný příklad zavedení čárového kódu na prodávaném zboží, což byla inovace vysokého řádu, která přinesla nebyvalou racionalizaci a zrychlení pokladničních služeb, ale i skladového hospodaření a logistiky v maloobchodu s velkými přínosy i pro spotřebitele. Tuto inovaci zavedli právě velcí obchodníci, kteří tím dosáhli průlomu kritického množství uživatelů a přispěli tak mj. i k efektivnosti menších konkurentů. Srov. HAUCAUP, J.; HEIMENSCHOFF, U.; THORWATH, U.; WEY, Ch. Die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel. *WuW*. 2015, no. 6, s. 610. Tvrzení, že zdrojem inovací jsou především malí a slabší dodavatelé, nemá s takovou skutečností nic společného a lze jej chápat snad jako ideové východisko, přání či předsudek.

²⁸⁰ Hauptgutachten, op. cit., s. 378.

Permisivní (liberální) soutěžní politika a z ní vycházející soutěžní právo deklarují vesměs jediný cíl, a to už ani ne vždy zachování soutěže a volných trhů, ale tzv. celkový blahobyt, překládaný neoliberalními zastánci tzv. chicagské školy jako spotřebitelský blahobyt.²⁸¹ To v praxi znamená důraz na ekonomickou efektivnost, zejména krátkodobou a v její alokativní podobě.²⁸²

Pokud by soutěžitel nedosáhl na trhu tržní moci, neměla by jeho snaze o dosažení efektivnosti bránit antitrustová regulace. Když už to tak je a veřejné právo do vztahů mezi partnery zasahuje, *obecně* akceptovatelný důvod pro odlišné zacházení podle sektorů (velkoobchodní distribuce potravin) a podle chráněné strany (jen odběratel) se sotva najde.

Snaha o snižování nerovnosti ve společnosti a o podporu menších a středních podniků jakožto základny a podhoubí pro fungování soutěžního prostředí je legitimním politickým (hodnotovým) cílem, byť samozřejmě nekonvenuje neoliberalním teorémům a hodnotám. Politické vůli prosazující tyto cíle odpovídají i snahy zapojit do sledování tohoto cíle disponibilní nebo nově konstruované právní nástroje.

Došel-li již zákonodárce k rozhodnutí systémově (tedy nejen individuálně) chránit slabší stranu nejen v oblasti práva soukromého, ale i práva veřejného, měla by se ochrana vztahovat na toho, kdo je (podle zákonem daných a judikaturou vyložených kritérií) slabší; oborová příslušnost „postiženého“ nebo jeho pozice v konkrétním vztahu (dodavatel nebo odběratel) sotva spolehlivě indikují jeho status slabšího nebo silnějšího. Proto byla v tomto kontextu pochopitelná snaha Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, pokud již trval na regulaci tzv. významné tržní síly, změnit zákon tak, že za její zneužití nebude odpovědný pouze odběratel, ale také dodavatel. Slabší smluvní stranou totiž může být i odběratel. Kromě toho se mělo upustit od zavádějící

²⁸¹ Tuto evropskou koncepci (zřetelně inspirovanou doktrínou a praxí USA) nezastávají však všechny členské státy EU. Německo třeba stále trvá na svobodě soutěže jakožto předmětu ochrany prostřednictvím soutěžního práva (srov. Monopolkommission: Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 384).

²⁸² Srov. KINGSBURY, 2013, op. cit., s. 250. Je však nutno přiznat, že dřívější nadšení pro tzv. *more economic approach* z rozhodovací praxe již notně vyprchalo. Srov. např. BRONETT, de G.-K. Der more economic approach bei der Anwendung des europäischen Kartellverwaltungsrechts und Kartellstrafrechts. *EWV*. 2013, No. 1-2; FRENZ, W. Abschied vom more economic approach. *Wettbewerb in Recht und Praxis*. 2013, no. 4, s. 428 a násl.

kasuističnosti a taxativnosti jednotlivých skutkových podstat ve prospěch obecnějších formulací.²⁸³

4.3.1 Nebezpečí poptávkové tržní převahy

Silná tržní nebo i vyjednávací pozice subjektu na straně poptávky se zdá být na první pohled výhodná z hlediska spotřebitelského blahobytu, protože výhodnější podmínky (zejm. nižší ceny) dosažené díky lepšímu mocenskému postavení (ať už na trhu nebo v konkrétním smluvním vztahu) se mohou transformovat v nižší konečné spotřebitelské ceny.²⁸⁴ Nemusí to ovšem také být pravda a silný odběratel si jen může zvýšit marži. To závisí mj. na intenzitě soutěže na podřazeném trhu (a ne na trhu předřazeném, na němž dosáhl výhodné nákupní ceny a na němž má silnou pozici).

Velká tržní síla, byť ne ve smyslu dominance, může vést k pouhému transferu bohatství od farmářů k silným odběratelům, aniž by spotřebitelé měli z kupní síly odběratelů užitek, což zavdává (při nepružnosti nabídky, jež je u zemědělských komodit častá) důvod k obavám.²⁸⁵ Monopsonista (ale i oligopsonista) si může dovolit cenově diskriminovat mezi svými dodavateli tak, aby každého udržel na spodní hranici jeho rentability a maximalizovat tak svůj oligopsonní prospěch, a přitom narušovat soutěž na nadřazeném dodavatelském trhu. Ti efektivnější dodavatelé jsou tak vlastně odběratelem penalizováni.

Navíc se dodavatelé mohou v podmínkách takové nejistoty vytvářené silným odběratelem zdráhat investovat či inovovat (resp. jim ani na to nezbyvají zdroje), takže z dlouhodobého hlediska jsou poškozeni nejen oni, ale i spotřebitelé. Kupní síla odběratele stlačuje nákupní cenu; nesnižuje přitom celkové množství nakoupeného zboží, ale vede paradoxně k nadprodukcí. Kupní síla se může přenést na podřazený (následný) trh a přerůst tam v dominanci se všemi možnými důsledky.²⁸⁶

²⁸³ Z důvodů povýtce politických tlaků se první záměr v novelizovaném znění ZVTS neprosadil a zákon se nadále vztahuje jen na odběratele s tzv. významnou tržní silou. Podrobnější analýzu obsahuje kapitola 7.

²⁸⁴ Srov. Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings (EC Horizontal Merger Guidelines), 2004, O.J. (C31), s. 11.

²⁸⁵ Jak konstatoval třeba kanadský soutěžní úřad ve svých Merger Enforcement Guidelines z r. 2011, cit. podle STUCKE, M. E. Looking at the Monopsony in the Mirror. *Emory Law Journal*. 2013, vol. 62, no. 6, s. 1519.

²⁸⁶ Srov. STUCKE, 2013, op. cit., s. 1519–1526.

Dovozuje se přitom,²⁸⁷ že pro identifikaci monopsonního či silného postavení na straně poptávky je důležitější zjišťovat nejen tržní podíl, ale řadu dalších navzájem propojených faktorů. Silní odběratelé samozřejmě nemusí spotřebitelům jen škodit – vyhrcožený poměr mezi cenou a kvalitou, na něž jsou prodávající ekonomicky nuceni přistoupit, se může koneckonců projevit i v nízkých konečných spotřebitelských cenách. Může však také vést k odchodu těch dodavatelských subjektů z trhu, kteří se nemohou přizpůsobit, a o nichž by se dalo „neoliberálně“ říci, že jsou to oběti spravedlivé konkurence coby procesu tvořivé destrukce, a že jejich odchod z trhu je v pořádku.

Posuzování by však mělo být komplexnější; jednak se může nadřazený trh nebezpečně koncentrovat, a jednak se může koncentrovat i trh poptávkový, z něhož budou odcházet konkurenti tržně silného odběratele, kteří neunesou tlak jím nasazených nízkých velkoobchodních cen. Snížení konkurence na jakémkoliv trhu může být pro spotřebitele z dlouhodobého hlediska nepříznivé.²⁸⁸

Škodlivé dopady může mít mono- i oligopsonie na spotřebitele i z řady dalších důvodů. Jedním z nich je možný dopad kupní síly na zhoršení kvality zboží.²⁸⁹ Jde samozřejmě jen o možný dopad, který by se musel důkladně prozkoumat a doložit a jeho pouhá potencialita neopravňuje k plošným regulatorním zásahům typu *per se*.

²⁸⁷ Tamtéž, s. 1533 a násl.

²⁸⁸ Srov. EU Horizontal Merger Guidelines, s. 11, kde se hovoří o výše již rozebíraném tzv. spirálovém efektu. Vzniká tím, že se posiluje tržní pozice kupujícího v důsledku vytlačení jiných kupujících z trhu, jenž se tím koncentruje se všemi z toho plynoucími důsledky. Možnost spirálového efektu se potvrdila i v rozhodnutí Evropské komise ve věci IV-N.1221 (3. únor 1999), REWE/MEINL, bod 54 a násl. V EU Horizontal Merger Guidelines se popisuje jiná teorie tzv. efektu vodního lůžka (*waterbed effect*), podle níž kupní síla sice zajistí některým podnikům nižší ceny nebo lepší podmínky (nákupní objemy a velikost silného kupujícího rostou), ale vede k vyšším velkoobchodním cenám pro slabší kupující, což vyvolá růst cen na následném trhu v neprospěch spotřebitele. Zmíněný dynamický efekt kupní síly spočívá v odrazení od investic do nových výrobků nebo od jejich zdokonalování. Redukce příjmů skutečně může snížit způsobilost prodávce investovat do inovací a snížit spotřebitelský blahobyt omezením spotřebitelského výběru (omezuje se výroková diferenciací). Podrobněji srov. kapitoly 4. 2. a 7. 3. 6.

²⁸⁹ Na tyto účinky upozorňují EZRACHI, A.; JONG, K. Buyer Power, Private Labels and the Welfare Consequences of Quality Erosion. *European Competition Law Review*. 2012, Issue 5, s. 257 a násl. Viz též předchozí bod (III/f) tohoto pojednání.

Monopsonní model předpokládá, že nižší vstupní náklady se nepřenesou do nižších cen pro spotřebitele, čímž vzniká alokativní neefektivnost a snížení blahobytu. Pokud má monopsonista tržní moc na následném trhu a produkce se sníží, zvýší se ke škodě spotřebitelů její cena. Jde-li jen o model odběratele s kupní silou (*bargaining power*), dosahuje se nižších cen pod hrozbou přesunu poptávky jinam. Jednání mezi stranami vede pravděpodobně ke snižování ceny pro každou dodatečnou jednotku nákupu.

Výsledek jednání závisí na řadě proměnných, jako jsou např. jiné vnější možnosti (obchodní alternativy) účastníků, náklady na změnu partnera, tržní síla, absolutní a relativní velikost partnera, apod. Mezi hodnotou jiných vnějších disponibilních možností partnerů (obchodních alternativ) a věrohodností přesunu poptávky nebo nabídky je přímá úměra.²⁹⁰

Za prospěšné z hlediska efektivnosti a blahobytu se pokládá uplatnění takové kupní síly, která dosud nepřerostla v monopson; tedy ještě neexistuje tržní moc *stricto sensu* a působí soutěžní prostředí, v němž by už nebyl žádný prostor pro snížení ceny, neboť prodávající by nešel pod marginální náklady. Jinými slovy: jakékoliv úspěšné vyjednávání o slevě z ceny znamená, že na straně prodávajícího existuje stále prostor ke snížení ceny a takto vzniknuvší alokační efektivnost se může přenést na spotřebitele v podobě nižších cen.

Prodávající však také může (pravděpodobněji u neznačkového zboží) snížit kvalitu, aby nízkou cenou vynucenou prodávajícím negeneroval ztrátu při dané výši vlastních nákladů. Zhoršení kvality tak může nastat nepozorovaně, nebo může jít i o výsledek dohody smluvních stran (v neprospěch spotřebitele). Tlak na snížení cen může vyvolat a v praxi také vyvolává tzv. bumerangový efekt.²⁹¹

Kupní síla tedy sice může napomoci ke zlevnění zboží ve prospěch spotřebitele, ale snížení kvality tento spotřebitelský benefit může zase vyloučit a znehodnotit. Zvláště náchylné k tomuto vývoji jsou potravinářské neznačkové produkty, jejichž kvalita se zjišťuje povětšinou smyslově, na rozdíl od většiny výrobků technických, chemických (a jiných nepotravinářských produktů), jejichž kvalita se dá objektivizovat technickými prostředky.

²⁹⁰ Tamtéž, s. 258.

²⁹¹ Tamtéž, s. 260–261, včetně konkrétní kasuistiky, která dokazuje, že nejde jen o pouhé teorie.

Subdominantní kupní síla tak eroduje kvalitu výrobků, za něž kupující kvůli jejich podřadné kvalitě zaplatí více, než se domnívali a než si sjednali. Tuto erozi kvality údajně usnadňují *soukromá označení* (obchodní značky), u nichž není záruka kontroly kvality jako u originálního značkového zboží, resp., u nichž sám tržně silný kupující nemá zájem kvalitu řešit.²⁹²

Odhaduje se, že mezi 25 %²⁹³ až 50 % veškerého potravinářského sortimentu se prodává pod těmito soukromými označeními.²⁹⁴ Soukromé obchodní značky (na rozdíl ochranných známek) nenutí kupujícího investovat do získání a udržení spotřebitelských preferencí.²⁹⁵

I prodejci značkového zboží mohou ovšem prodávat zaměnitelné zboží jiného výrobce pod vlastními značkami nebo dokonce mohou prodávat pod vlastními značkami i zboží dodávané výrobcem jinoznačkového zboží. Přitom si ovšem musejí být vědomi toho, že každé zavedení soukromého označení výrobku ohrožuje nebo snižuje hodnotu vlastního značkového výrobku, který se již na trhu za cenu vysokých nákladů zavedl.

Distributoři disponující vlastními obchodními značkami jsou tak vlastně (v pozici jakéhosi „dvojího agenta“) jednak přímými horizontálními konkurenty s dodavateli značkového zboží, jež soutěží o přízeň spotřebitele se zbožím soukromých značek (*own labels, store brands*), a jednak jsou v soutěžním vertikálním vztahu o zisk s těmito dodavateli. Nejsou tedy již pouhými zákazníkyně výrobců. To modifikuje jejich mocenské a vyjednávací poměry a vzájemné závislosti, jakož i možnosti vnějších opcí (změny obchodního

²⁹² Empirické studie na úrovni Evropské komise ovšem neprokázaly domněnku o tom, že by soukromé obchodní značky omezovaly inovace nebo výběr spotřebitelů – srov. následující odkaz, s. 8.

²⁹³ Tak ITALIANER, A. The Devil is in the Retail, European Commission. *Conference on the Study „the economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector“*. Brussels, October 2013, s. 7. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_theme_15.html

²⁹⁴ Srov. MÖSCHEL, W. Market Definition with Branded Goods and Private Label Products, *European Competition Law Review Journal*. 2013, issue 1, s. 31. V ČR je to kolem 13% - srov. cit. studii Cambridge Econometrics Ltd. Arcadia International, The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector, Final report, September 2014, [online], s. 165.

²⁹⁵ EZRACHI A JONG uvádějí (op. cit., s. 260), že pod soukromými obchodními značkami se prodávají ve velkých obchodních řetězcích desetitisíce výrobků a že rozřazení kvality u kteréhokoliv z výrobků, kterého si všimne spotřebitel, může ohrozit všeobecnou hodnotu takového soukromého obchodního symbolu.

partnera). Pokud distributor prodává zboží konečnému spotřebiteli pod vlastními soukromými obchodními značkami, je v zásadě jeho přímým konkurentem, i když o konečné ceně pro spotřebitele u všech výrobků rozhoduje distributor.

Distributor však samozřejmě zůstává distributorem i u zboží prodávaného pod soukromými značkami a výrobce značkového zboží zůstává jeho výrobcem, a ne distributorem. Nicméně distributor může podle nákladové a výnosové kalkulace preferovat na svých regálech zboží pod vlastními obchodními označeními před jiným zbožím (neznačkovým nebo značkovým, s výjimkou zboží prestižních značek, tzv. „které musí slušný prodejce mít“²⁹⁶). Situace může vyústit do rozdvojení nabídky na značkové zboží a na zboží pod vlastní značkou. Distributor se může zdráhat nabízet diskontní zboží, které by snižovalo ziskovost prodeje zboží pod soukromými značkami. Může se analogicky bránit i prodeji značkového zboží, pokud by konkurovalo jeho vlastním „prémiovým“ značkám oslovujícím náročnější zákazníky.

Soukromé obchodní značky mohou posílit i výše zmíněný vázací efekt nákupu „celého košíku“. Přitáhne-li distributor privátními značkami zájem spotřebitele a ten jich pravidelně více nakupuje, vydělají na tom i jiné neznačkové produkty, které patří do běžného složení nákupu. Cílené nasazování výrobků se soukromým označením je tedy i součástí soutěžní taktiky na úrovni a v rámci prodeje.²⁹⁷

Dopady používání soukromých obchodních značek mohou tedy mít na obchodní vztahy partnerů protichůdné dopady a mohou ovlivnit i soutěž na trhu, a to jak v její prospěch, tak i v její neprospěch. Neplatí automaticky, že zvýšená možnost spotřebitelského výběru díky zavedení vlastních obchodních značek vede k intenzifikaci soutěže a ke snížení spotřebitelských cen.²⁹⁸ Záleží mj. na tom, na jaké zákazníky se zboží orientuje, zda na ty,

²⁹⁶ Těchto „*must-have items*“ je ovšem jen kolem 6 % výrobků z reprezentativního vzorku (údaj podle německého průzkumu, srov. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Summary_Sector_Inquiry_food_retail_sector.pdf?__blob=publicationFile&v=3, s. 11).

²⁹⁷ Srov. SMITH, H. Store loyalty v product loyalty: the dynamics of consumer choice and competition. *Trends in Retail Competition: Private labels, brands and competition policy: report on the 2012 Symposium on Retail competition*. University of Oxford, 25. 5. 2012.

²⁹⁸ K tomu srov. DOBSON, P. W.; CHAKRABORTY, R. Assessing Brands and Private Label Competition, *European Competition Law Review*. 2015, issue 2, s. 78 a násl.

kterí dávají přednost kvalitě nebo na ty, kteří se při nákupech řídí hlavně cenou. Distributor stanovuje konečnou cenu jak u značkového zboží (*brand goods*), tak u zboží s vlastními soukromými značkami (*private labels*). Ceny tedy koordinuje a stanoví tak, aby dosáhl co nejvyššího prospěchu pro sebe;²⁹⁹ nezvyšuje se tedy jen výběr spotřebitele, ale spotřebitelé se pomocí různých značek mohou též třídit do skupin, na něž platí jiná cenová politika.³⁰⁰

Tyto skupiny značek konkurují rozdílným skupinám neznačkových nebo značkových výrobků, resp. jejich distributorům.³⁰¹ Napomáhají výrobkové diferenciaci a zvyšují možnosti spotřebitelského výběru v poměru kvality a ceny. V důsledku mohou spotřebitelé platit i vyšší průměrné ceny, takže po zavedení soukromých obchodních značek vlastně „větší výběr spotřebitele více stojí.“³⁰²

Soukromé značky vytvářejí alternativy ke stávajícím zavedeným značkám a mohou přispívat k silnější vyjednávací pozici distributora vůči dodavateli značkového zboží a posilovat tak soutěž s příznivým dopadem na konečného zákazníka.

Pokud však jde o vymezení relevantního trhu z hlediska ochrany hospodářské soutěže, domnívám se, že spadají všechny zastupitelné výrobky do jednoho věcně relevantního trhu bez ohledu na to, zda jde o značkové zboží nebo se prodává pod vlastními soukromými značkami.³⁰³

²⁹⁹ Dokonce se hovoří o druhu kartelu v rámci jedné prodejny (*in-store cartel*), který je rigován konkurenty - jinými distributory, takže se tento egoistický motiv nemůže plně uplatnit; nicméně jakmile se ocitnou výrobky v prodejně, již spolu nesoutěží. Jde spíše o soutěž, zda se do prodejny vůbec dostanou a v tomto směru distributoři plní funkci „dveřníka“ (*gatekeeper*).

³⁰⁰ Např. třístupňovým členěním zboží na „*economy*“, „*standard*“ a „*premium*“ (tedy dobré-lepší-nelepší) se míří na různé skupiny zákazníků podle jejich orientace na cenu či kvalitu nebo na kompromis. Někdy ostatně soukromé obchodní značky označují zboží dodávané tímž výrobcem, který pro „svoje“ zboží používá vlastní značky (*brands*).

³⁰¹ Výrobky z kategorie „*economy*“ jsou v konkurenci s diskontním sortimentem, „*standard*“ konkuruje zavedeným národním značkám, „*high quality*“ nebo „*premium*“ konkuruje špičkovým značkovým výrobkům nebo dokonce vytváří vlastní exkluzivní výrobovou skupinu.

³⁰² Tamtéž, s. 79 včetně odkazu na průzkumy empiricky dokazující tento efekt.

³⁰³ Opačné stanovisko zastává německý BKartA ve vztahu ke zkoumaným komoditám a tvrdí, že trhy pro obstarávání zboží pod soukromými značkami a trhy pro obstarávání značkového zboží jsou oddělené. Srov. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Summary_Sector_Inquiry_food_retail_sector.pdf?__blob=publicationFile&v=3, s. 6

Opačný dopad může mít schopnost privátních značek vytvářet či posilovat loajalitu konečného zákazníka a jeho neochotu změnit sortiment, na nějž je spotřebitel zvyklý, což naopak soutěž ztěžuje.³⁰⁴

Protože jsou soukromé značky často poskytovány malými středními podniky, může to posilovat jejich postavení a vyjednávací sílu.

Dopad soukromých značek na inovace může být dvousečný. Jednak sice může jejich používání motivovat výrobce zavedených značek k inovacím, ale na druhé straně vlastní obchodní značky mohou být napodobovány konkurenty distributora, který je používá (zejména pro výrobky pocházející od téhož výrobce), ale také distributoři mohou pod svými soukromými značkami snadno imitovat inovace zaváděné výrobcem znakového zboží (distributoři jsou jako nezastupitelný článek na cestě zboží k zákazníkovi o inovacích informováni v předstihu). Zkracuje se tak doba, po níž inovátoři mohou těžit ze svého inovačního předstihu, což může snížit inovační motivaci.³⁰⁵

Někdy se identifikuje nebezpečí tzv. *predátorského nakupování*,³⁰⁶ období uplatňování vylučovací taktiky tzv. predátorských cen ze strany tržně silného dominanta na straně nabídky či monopolisty. Predátorské nakupování je jeho zrcadlovým obrazem na straně poptávky. Jeho podstata spočívá v tom, že silný kupující určitého zboží platí vyšší nákupní ceny než by odpovídalo normálním soutěžním cenám na straně poptávky, a to proto, aby k sobě připoutal dodavatele (a tím je odlákal od svých konkurentů).

Tato taktika by mohla být nebezpečná v případě, že kupující má silné postavení na podráženém (následném) maloobchodním trhu. Analogicky k nízkým vytláčovacími predátorským cenám uplatňovaným na nabídkové straně trhu by se ovšem mělo zkoumat, zda predátorský kupující bude s to vynahradiť si ztrátu utrpěnou ve fázi uplatňování takových cen poté, co vytláčí

³⁰⁴ Ekonometrické studie dokazují, že když spotřebitel nakupuje více zboží opatřeného privátními značkami od jednoho obchodníka, že k němu nabývá vyšší loajalita a je jím více jat (*captivé*). Srov. OECD Policy Roundtables *Competition Issues in the Food Chain Industry*, DAF/COMP (2014) 16 z 15. 5. 2014, s. 416.

³⁰⁵ Vliv rozšíření soukromých značek na inovaci v sortimentu dobře zavedených, ale druhořadých značek (*second brands*) se podle empirické studie neprokázal (srov. OECD Policy Roundtables, 2014, op. cit., s. 417).

³⁰⁶ *Predatory buying*—srov. THOMAS, S. Ex-ante and Ex-post Control of Buyer Power. 1st version. *Contribution to ASCOLA Conference*. Tokyo, 2015, nepublikovaný rukopis, s. 36 a násl.

z poptávkového trhu svoje konkurenty.³⁰⁷ Pak by šlo o právně postižitelné nebezpečí pro fungování soutěže.

4.3.2 Rozdíly v působení monopsonu (oligopsonu) a monopolu (oligopolu) na trhu

Tvrdí se, že monopson, resp. poptávková tržní moc, převládá mnohem více, než by se na prvý pohled zdálo.³⁰⁸ Zneužití kupní síly představuje pro soutěž podobné (a dokonce mnohdy větší) nebezpečí jako zneužití monopolní moci, ale příslušné právní standardy pro přímé jednostranné monopsonistické zneužití kontroly podle soutěžního práva nebo soutěžní politiky se pokládají za snad ještě iluzornější než u kontroly nabídkové moci.³⁰⁹ Škodlivost jednostranného výkonu moci na poptávkové straně vyplývá mj. ze snížené schopnosti celkově méně integrovaného trhu reagovat na tuto moc.

Zatímco monopolista vykořisťuje své zákazníky zvyšováním cen, monopsonista využívá trh snižováním cen placených za vstupy, ev. jinými způsoby zvyšujícími náklady prodejců. Zatímco monopolistovo jednání kupující pozorují v podobě vyšších cen, snížení vstupních cen nemohou zákazníci monopsonisty přímo zaznamenat. Monopsonista³¹⁰ se může se zákazníky eventuálně podělit o nějakou část zisku, zejména existuje-li na podřazeném trhu (downstream market) soutěž. To ovšem může naopak vyvolat soutěžní vykořisťování dodavatelů z nadřazeného trhu. Konkurenti monopsonisty na podřazeném trhu působí tak, aby co nejvíce využili své dodavatele na nadřazeném trhu, aby tak snížili svoje náklady a zůstali konkurenceschopnými. To vede k permanentnímu tlaku na dodavatele, aby snižovali ceny, jenž je nepokrytě motivován snahou kupujících o zachování své vlastní konkurenceschopnosti.

³⁰⁷ Tuto analogii testu na monopolistické predátorské ceny uplatnil americký Nejvyšší soud v případě *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 609 U.S. 209 (1993). V EU se dosud podobný případ predátorského nakupování podle čl. 102 SFEU nevykytl. Podle THOMAS, 2015, op. cit., s. 36–37.

³⁰⁸ BLAIR, R.; HARRISON, J. *Monopsony in Law and Economics*. Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 1.

³⁰⁹ Srov. CARSTENSEN, P. C. Controlling the Abuse of Unilateral Buyer Power. *Presentation at the Law and Society Meetings (working paper)*. Honolulu, Hawaii, June 5, 2012 (nepublikovaný materiál poskytl a k citaci laskavě svolil jeho autor). Myšlenky v této subkapitole jsou shrnutím a parafrázemi myšlenek jeho, není-li uvedeno jinak.

³¹⁰ Pod monopolistou a monopsonistou se nerozumí striktně jediný soutěžitel na straně nabídky či poptávky, ale soutěžitel s nabídkovou či poptávkovou tržní mocí.

Tento cyklický tlak monopsonu kontrastuje s poněkud „samoopravnou“ povahou monopolu. Překročí-li totiž u monopolu cena náklady, může to vyvolat zájem o nové vstupy na trh a tvrdší vyjednávání s velkými zákazníky. Tím, že monopolista svůj monopol využívá, připravuje destrukci svého vlastního postavení, pokud na příslušném trhu nejsou nepřekonatelné překážky vstupu. Antitrustové právo se zaměřuje na chování, které zvyšuje bariéry vstupu nebo jinak ohrožuje soutěž. Úspěšné působení na monopsonním trhu na rozdíl od toho snižuje výnosy dodavatelů monopsonisty a nutí je snižovat zaměstnanost a omezovat veškeré další investice. Tento negativní dopad omezených zisků na straně dodavatelů může mít až makroekonomický rozměr, pokud ovšem jde – což dovozuji i níže – o monopolisty a monopsonisty *stricto sensu*, a nikoliv o subdominanty nedisponující tržní mocí. Nízká ziskovost dodavatelů podvazuje i jejich schopnost jakožto kupujících na jiných trzích (snižuje se tím jejich poptávka), což působí na ekonomiku negativně a snižuje to i počet konkurenceschopných dodavatelů. Může se omezit ekonomický růst a všeobecně rozvoj trhu.

Pokud ovšem monopsonista rozděljuje dosažený (transferovaný) zisk z využívání (vykořisťování) svých dodavatelů, tak bohatství z ekonomiky nezmlizí a celkový blahobyt se nesníží, jen se jinak redistribuuje; soutěžněprávní regulace takových transferů se nepovažuje za potřebnou. Dopad na vítěze a poražené ovšem nemusí být stejný. Farmáři mohou skončit s nižšími mzdami a příjmy, jejichž většinu utratí a může to vést k čisté ekonomické ztrátě z tohoto zdroje. Ani ev. rozptýlení zisků monopsonisty mezi jeho zákazníky pravděpodobně nevyrovná z makroekonomického hlediska újmu způsobenou konkrétním obětem monopsonisty. Zneužití monopsonu tak může přímo ovlivnit blahobyt výrobců a jejich způsobilost nakupovat zboží a služby. Úspěšný monopsonista stlačuje ceny pod soutěžní úroveň a ovlivňuje tak nepříznivě příjmy výrobců a dlouhodobě i jejich soutěžeschopnost. Kupující může často navrhnout transakci typu „všechno nebo nic“, tedy stanovit si absolutní objemy nákupů. Prodávajícímu nezbývá, než za stanovenou cenu prodat požadovaný kontingent, nebo neprodat vůbec nic (a tedy za žádnou cenu). Kupující tak může stlačit konečnou cenu pod marginální náklady prodávajícího a z dlouhodobého hlediska jej přinutit k podcenění investic a dynamické efektivity a v důsledku až k ukončení činnosti kvůli

nerentabilitě. I když prodávající udržuje stálé náklady nebo mu náklady dokonce klesají, pohrůzka monopsonisty zrušit objednávku nebo neobjednat vůbec působí vůči prodávajícímu jako hrozba, že ztratí úspory z rozsahu a měřítko, kterých předtím mohl dosahovat.

Jakmile kupující získá díky nakupovaným objemům zboží důležité postavení, má v rukou významnou páku. Může totiž po prodávajícím požadovat pod pohrůzkou ukončení nebo omezení spolupráce zvláštní ceny, speciální služby, apod.³¹¹

Dopady monopsonu jsou pravděpodobně méně patrné z krátkodobého a střednědobého pohledu, protože se z řady důvodů zmírňují - na rozdíl od zneužití postavení monopolisty, které dává jasné tržní signály.³¹²

Další faktor na straně tržně silného kupujícího ohrožující soutěž je rozhodovací prostor kupujícího a potenciál diskriminovat prodávající. V zásadě totiž právě prodávající rozhoduje o tom, co a od koho nakoupí. To mu poskytuje převahu nad prodávajícím, zejména nad těmi, jejichž produkce je vzhledem k poptávce kupujícího skromná.

Takoví prodávající velmi pravděpodobně prodají celou svoji produkci tomuto jedinému kupujícímu a dostanou se tak do jednostranné závislosti na něm – pro ně je totiž kupující strategickým partnerem, zatímco pro kupujícího je takový prodávající jen jedním z řady zastupitelných zákazníků. To poskytuje kupujícímu faktickou možnost domáhat se zvláštního zacházení a ústupků, a to i v případě, že nemá nijak zvláště silné tržní postavení z hlediska objektivního.³¹³ Náklady prodávajícího na změnu partnera mohou být značné, zatímco náklady kupujícího jsou zanedbatelné nebo doslova symbolické.

Je zároveň na uvážení kupujícího, aby si určil objem zboží podle marže odpovídající poptávce a jeho odhadu hodnoty zboží na podřazeném trhu.

³¹¹ Výše jsem komentoval tzv. efekt vodního lůžka, který se dá vysvětlit vykořisťovatelskou způsobilostí silného kupujícího. Aby prodávající tuto sílu kompenzoval a pokryl svoje celkové náklady, musí zvýšit ceny ostatním (slabším) kupujícím. Z dlouhodobého hlediska to není racionální cenová strategie, protože cenový rozdíl není založen na nákladech a staví menší kupující do nákladově nevýhodnějšího postavení, v němž mají soutěžit s dominantním kupujícím. Nicméně krátkodobě nebo střednědobě to může být pro prodávajícího schůdná cesta, i kdyby vedla k zániku některých kupujících.

³¹² CARSTENSEN, 2012, op. cit., uvádí jako důkaz dlouhodobého vlivu monopsonu v zemědělském sektoru stárnutí populace farmářů v USA. Na ně ovšem mohou působit i jiné podstatné vlivy a těžko je splněna podmínka *ceteris paribus*.

³¹³ Děje se to typicky u zemědělských komodit, zejména kvůli infrastrukturním problémům, dopravním vzdálenostem, ale i možná i kvůli tradici a konzervatismu prodávajících.

Lepší vyvažování nabídky a poptávky je tak možné zejména u zboží, jehož cena se velmi často mění (denně nebo i častěji). Tato diskreční volnost se dá snadno zneužít v neprospěch soutěžního procesu – kupující může odmítnout nákup i od stejně efektivních výrobců.

Závislost výrobce na prodeji podstatné části zboží prostřednictvím konkrétního prodejce může výrobcí bránit v hledání jiných potenciálních odbytišť. Případná diverzifikace prodejců, která je v zájmu výrobců, může vést k odvetě velkého prodejce či velkých prodejců a výrobce může přijít o požadované úspory z měřítka (*economies of scale*).³¹⁴ Je zřejmé, že v případě převahy nabídkové moci – pokud nejde o silnou dominanci nebo čistý monopol dodavatele – mají kupující více reálných možností hledat náhradní dodávky a dodavatele nebo vyvolat vstup nového soutěžitele na trh. Odkazuje se na větší zranitelnost monopolu dostředivými a odstředivými tržními silami (nahraditelnost konkurenceschopnějším rivalem), zatímco monopson je méně rizikový.³¹⁵

Elasticita poptávky umožňuje zákazníkům dominantanta³¹⁶ obstarat si náhradní zboží nebo služby. Elasticita nabídky je v řadě případů (typicky u zemědělských komodit) obtížná nebo prakticky iluzorní. Monopolní nebo dominantní nabídková moc se též částečně kompenzuje opatřeními na ochranu spotřebitele před vykořisťováním, zatímco institucionální odpověď na velkou kupní sílu ve smyslu ochrany druhé strany byla tradičně mnohem slabší.

Problematická jsou též nápravná opatření vůči monopsonu. Na rozdíl od nápravy monopolu formou zákazu nelegálních překážek vstupu na trh jsou výrobci mnohem méně způsobilí sponzorovat nebo podpořit nový vstup na poptávkově silnou (monopsonní) stranu trhu. Podnikatelé v tomto novém vstupu také často nevidí perspektivu.³¹⁷

³¹⁴ Tento scénář je podle mého názoru v zásadě možný v případě tržní moci na straně poptávky, ale nikoliv v situaci, kdy mezi prodejci panuje soutěž (není-li zkreslena koluzivními praktikami v neprospěch výrobců). Popisovaná diskrece prodejců může naopak působit ve prospěch spotřebitelů.

³¹⁵ CARSTENSEN, 2012, op. cit., s odkazem na případ *United States v. Standard Oil*, 211 U.S. 1, (1911).

³¹⁶ Nejedná-li se o zákazníky na dominantanta vázané, tzv. *locked-in customers*.

³¹⁷ CARSTENSEN, 2012, op. cit., s odkazem na americkou praxi, která pro takové případy neposkytuje empirickou oporu. Situace v ČR i v zemích EU se zdá tento předpoklad potvrzovat. Na poptávkově straně dochází u nás od roku 2005 spíše k odchodům stávajících účastníků trhu a ke koncentraci převzetím celé obchodní sítě bývalého konkurenta někým ze stávajících účastníků trhu (srov. případy Delvita, Edeka, Tesco, Julius Meinl, Carrefour, Interspar).

Potíž spočívá v odlišení mezi zneužívající nepřiměřeně nízkou požadovanou nákupní cenou a řádným výsledkem tvrdého vyjednávání, z něhož může koneckonců profitovat konečný spotřebitel. Za podmínek existence soutěže (při subdominantním postavení kupujícího) je obtížné stanovit specifická pravidla pro posouzení závadného chování tržně silné (ale stále nikoliv tržně dominantní) protistrany. Vyrovnat se s podmínkami na trhu a optimalizovat svoje náklady je v takových případech prvořadou starostí výrobce, a nikoliv subdominantního kupujícího.

Úprava vykořisťovatelského zneužití monopsonu naráží na neochotu a někdy faktickou nemožnost určit, jaká cena je vlastně vykořisťovatelská, když vznikla jako výsledek vyjednávání a obě strany s ní „dobrovolně“ souhlasily.³¹⁸ Problematické je stanovení účinných a transparentních pravidel, takže se řešení hledá spíše v pravidlech *procedurálních* (zapovídajících především nejrůznější formy diskriminace umožněné vyšší vyjednávací silou kupujícího), a nikoliv výsledkových.³¹⁹

Strukturální opatření používaná při kontrole fúzí se dají použít jen preventivně v případě, že by zamýšleným spojením kupujících byla podstatně narušena hospodářská soutěž, ale nikoliv jako nástroj k disciplinaci a nápravě chování subdominantních kupujících, na něž se nevztahují antitrustové předpisy. Otázkou soutěžně politickou je možnost přitvrzení či uvolnění přístupu k fúzím na straně poptávky.

Náhrada tržních procesů vytvořením cenového veřejnoprávního pseudoregulátora není v podmínkách subdominance kupujícího řešením. Prevence strukturální (kontrola fúzí) by byla řešením; jakmile se však tato prevence promešká, efektivní nápravná opatření behaviorální povahy ji nezastoupí a budou vždy velmi kontroverzní a nevyhnou se námitkám jako možné intervence škodící tržní autoregulaci.

³¹⁸ V české a evropské rozhodovací praxi se takové případy ojediněle vyskytují; v praxi USA se monopolní vykořisťovatelské ceny neuznávají a vysoká cena se pokládá za právo dominanta na zužitkování předchozího úsilí a investic vynaložených na dosažení dominance.

³¹⁹ Zabývá se jimi především 6. a 7. kapitola.

4.4 Ekonomická závislost

Nevyvážený smluvní vztah formuje spíše než vyjednávací síla tzv. ekonomická závislost. Tento běžně používaný pojem s povýtce intuitivním obsahem je naneštěstí pojmově velmi rozbředlý a má schopnost podle „potřeby“ téměř libovolně expandovat či se smršťovat. Ekonomická závislost je obsažena i ve zneužití dominantního postavení, kvůli němuž u slabšího ona ekonomická závislost na dominantovi vznikne. V některých případech fatální relativní ekonomické závislosti může být tržní síla zcela podružná. Narušení hospodářské soutěže na trhu a ochrana slabší smluvní strany spolu vůbec nemusejí souviset.

V konkrétním případě nemusí být odběratel ekonomicky závislý ani na partnerovi v dominantním postavení, a v jiném případě může být jiný odběratel ekonomicky závislý i na partnerovi subdominantním. Proto je vhodné „ekonomickou závislost“ zjišťovat a zkoumat vždy podle okolností jednotlivého konkrétního případu. Ať už by „definice“ ekonomické závislosti byla obsažena v zákoně nebo (raději) byla ponechána doktríně, judikatuře a principu legitimního očekávání (podobně jako pojmy „dobrých mravů“ nebo „dobrých mravů soutěže“, „pocitivého obchodního styku“, apod.), poskytovala by východisko a mohla by sloužit jako jistá „záložní“ možnost pro veřejnoprávní větev vynucování pocitivého obsahu obchodních smluv tam, kde by soukromoprávní ochrana z různých důvodů selhávala.

Podstatou institutu významné tržní síly je právě skutečnost, že odběratel má takové postavení na trhu, v němž *obecně* (!) pro dodavatele představuje významný distribuční kanál pro dodávku jejich výrobků spotřebitelům, a tohoto postavení by mohl zneužít. Domnívám se, že se dá pro tento objektivizující přístup k významné tržní síle použít přílehlavý termín „*kvantifikovaná subdominancé*“.

Řešením by mohlo být i zakotvit ekonomickou závislost jako konkrétní relativní vztah, který však není předurčen ani sektorově (potravinářství a zemědělství), ani strukturálně (omezení jen na dodavatele), ba ani stanovitelný

absolutními údaji o obratu či relativními údaji o tržním podílu. Ekonomickou závislost (a ani ekonomickou sílu) nelze vyjádřit ani jen procentním podílem na trhu, ani absolutním obratem.³²⁰

Zahraniční právní úpravy, které stanovují zvláštní pravidla pro nedominantní soutěžitele, vycházejí zpravidla buď z jejich tržní (kupní) síly (což činí i český zákon o významné tržní síle) nebo z tzv. ekonomické závislosti jiných soutěžitelů na nich.³²¹

Nespecifická právní úprava, která není zaměřena speciálně na subdominantní soutěžitele, se uplatňuje v Německu - tamní zákon o ochraně soutěže³²² do konceptu dominance kvůli ochraně dodavatelů před obchodními řetězci nezasahuje, ale prohlašuje (formou velmi obecné generální klauzule), že vůči malým a středním soutěžitelům nesmí podniky využívat svoji větší tržní moc k tomu, aby takové soutěžitele nespravedlivě omezovaly. Takovým omezováním je zejm. situace, kdy se od malého nebo středního soutěžitele požaduje u potravin nižší prodejní cena, než za niž ji podnik dále prodává nebo u jiného zboží a služeb nikoliv jen příležitostně, nebo kdy podnik požaduje od malého a středního soutěžitele, s nímž soutěží na podřazeném trhu, cenu za dodávku zboží nebo služeb, v nichž si konkurují, která je vyšší

³²⁰ Tak např. italská úprava proti zneužití ekonomické závislosti (zákon o subkontraktaci, č. 192/1998, § 9) zakazuje (poněkud „kaučukovou“ a tautologickou formulaci), aby jeden nebo více podniků zneužilo situaci ekonomické závislosti zákazníka nebo dodavatele. Taková situace nastane, ocitne-li se podnik v postavení, v němž je s to využít excesivní nerovnováhy v právech a povinnostech týkajících se obchodních vztahů s jiným podnikem. Tento stav ekonomické závislosti nepředpokládá nezbytně předchozí obchodní vztah (např. v případech odmítnutí prodeje nebo nákupu). Srov. FALCE, V. The Italian Regulation against the abuse of economic dependence; zatím nepublikovaný příspěvek (draft) na 10th ASCOLA Conference, Tokyo 21. 5.–23. 5. 2015, s. 2, 5. Podle judikatury (SIAT v. FIAT, 2010) se za takový případ excesivní nerovnováhy pokládá situace dealera aut, který musí vynaložit investice specificky vázané na určitého výrobce, zatímco výrobce takovou srovnatelnou povinnost nemá. Povolení výrobce otevřít pobočku jiného dealera v bezprostřední blízkosti dealera původního se pokládalo za zneužití *prima facie*, které negativně ovlivnilo prodejní potenciál stávajícího dealera a znemožnilo mu návratnost investic vázaných na určitého výrobce. Srov. ARENA, A. Abuse of economic dependence in Italy: Protecting competition or competitors? Zatím nepublikovaný příspěvek (draft) na 10th ASCOLA Conference, Tokyo 21. 5.–23. 5. 2015, s. 5–6.

³²¹ Srov. POKORNÁ, A. Specifické veřejnoprávní regulace odběratelskododavatelských vztahů ve státech Evropské unie a zákon o významné tržní síle. *Informační list ÚOHS*. 2013, č. 2, s. 7. Podrobněji o nich pojednává kapitola sedmá.

³²² § 20 GWB, novelizované odstavce 3 a 4 s účinností novel od 1. ledna 2013.

než cena, za niž on sám dodávku na takovém trhu nabízí, není-li k tomu objektivní důvod.³²³

Obecnost německé úpravy a rozšíření její působnosti z dominantních sou-těžitelů na všechny (tedy bez ohledu na jejich velikost) by měla vést podle vůle zákonodárce k ochraně před zvýhodňujícími obchodními podmínkami pro všechny, kteří jsou na soutěžiteli požadujícím takové podmínky závislí.³²⁴ Šlo o reakci na změnu v mocenských poměrech mezi dominantními průmyslovými podniky a vysoce koncentrovaným obchodem, které se měnily již od 80. let minulého století. Kromě obecnosti dosahu ani obecnost formulace přitom nevyvolává v Německu obavy, že by se nespravedlivé smlouvy nedaly ze strany malých a středních podniků napadnout.

Tento obecný přístup v podobě generální klauzule naplňované zejména judikaturou je vhodnější než těžkopádná „pojmoslovná akrobacie“³²⁵ nebo nesmyslná kasuistika.³²⁶ Má v sobě ovšem dvousečný prvek rozumnosti, spravedlivého uvážení, přiměřenosti... zkrátka diskrece. Tento trend nastoupil ovšem i nový občanský zákoník. Diskreci od arbitrárnosti odlišuje především předvídatelnost spojená s ustálenou judikaturou prověřenou soudními přezkumy, včetně prověřování ústavněprávní konformity.

³²³ Zajímavá je tendence (asi ne dlouhodobá), která se prosadila v Německu od konce r. 2007. Podniky s poptávkovou mocí měly od té doby zakázáno v obchodním styku vyžadovat podmínky, které jim bez věcně ospravedlnitelného důvodu zajišťují výhody, nejen od malých a středních podniků, ale od kohokoliv bez ohledu na velikost. I velcí výrobci požívali tedy výhod právní ochrany vůči nositelům poptávkové moci. Tento přístup německá Monopolní komise kritizovala (viz Hauptgutachten 2010/2011, s. 380), neboť velké podniky jsou na rozdíl od malých a středních s to bránit se samy proti neospravedlnitelným požadavkům.

³²⁴ Srov. RITTER, S. Regierungsentwurf zum Gesetz zur Bekämpfung vom Preismisbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2008, no. 2, s. 143.

³²⁵ Ve stávajícím zákoně o významné tržní síle nebo i v dříve navrhované úpravě významného ekonomického postavení (v návrhu demonstrativních skutkových podstat) se např. rozvíjí rádoby sofistikovaná hra s mysteriózními pojmy „nepřiměřený“, „zjevně nepřiměřený“, „zjevně nepřiměřený ve vztahu k hodnotě“, „zjevně nepřiměřený bez objektivního ospravedlnění“...

³²⁶ Jako např. v § 4 slovenského (již zrušeného a jiným zákonem 140/2010 Z. z. nahrazeného) zákona č. 172/2008 Z.z., který obsahoval tak zjevné ekonomické nelogičnosti, jako je zákaz plateb za využití distribuční sítě odběratele, za umístění zboží na určitém místě v provozovně odběratele, za spotřebitelský a tržní průzkum prováděný odběratelem; dále předepisoval nejvýše třicetidenní lhůtu splatnosti faktury, zakazoval financování propagačních akcí odběratele dodavatelem, provedení vzájemného zápočtu pohledávek z obchodního vztahu bez předchozího písemného souhlasu dodavatele, atp. Nový předpis aspoň některé podmínky poněkud zmírnil a zprávnil.

4.5 Využití a zneužití tržní moci, vyjednávací síly a ekonomické závislosti

Určitá (!) nerovnost je v tržní ekonomice nutná jako zdroj konkurenčního tlaku, boje o výhodu, střetávání motivace a předpoklad možnosti poměřovat výsledky až na trhu. Je očividné, že odstranění jakékoliv nerovnosti mezi stranami není žádoucí a ani možné; znamenalo by to atak na hnací sílu konkurence a rezignaci na samoregulační možnosti trhu i tam, kde jsou nesporné. Zatímco faktická nerovnost je přirozený stav, fikce rovnosti a korekce nerovnosti pomocí rovnoprávnosti představují stav umělý.

Hranice mezi využitím a zneužitím (čehokoliv, tedy i vyjednávací či tržní síly nebo ekonomické závislosti) je neostrá a v čase pohyblivá, protože záleží především na hodnotovém a morálním soudu (co je ještě „správné“ a „přípustné“ či „spravedlivé“). Tento předěl se může měnit a posouvat nejen následkem účinného tlaku lobbistických skupin na znění právních předpisů, ale i v důsledku „měkkých“ změn společenské atmosféry, modelace veřejného mínění (taktéž neresistentního vůči tlakům zájmových skupin), změn judikatury (podmíněných mj. změnami v osobách soudců vrcholných instancí), dále vlivem hodnotových východisek evropského „*soft law*“³²⁷, atp.

V regulovaných oblastech (a obecně tam, kde by negativa přílišné disparity mezi stranami převážila nad jejími výhodami) není možno zrušit nerovnost jako kategorii faktickou (a zčásti i nahodilou), ale je možno zabránit jen jejímu zneužívání. Po právu nelze chtít, aby zajišťovalo stejnou vyjednávací moc nebo dokonce stejnou tržní sílu.³²⁸ Alternativou je umělá „rovnost“ spojená s direktivní ekonomikou nedostatku.³²⁹

³²⁷ Srov. např. Zelenou knihu o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinářského a nepotravinářského zboží (op. cit.), podle níž se za nejběžnější formu nekalých obchodních praktik pokládají nejednoznačné smluvní podmínky, jež umožňují ukládat doplňkové závazky slabším smluvním stranám.

³²⁸ Viz TREBILCOCK, M. *The Limits of Freedom of Contract*. 1993, s. 148 a násl. a jinde.

³²⁹ Ani ta se ostatně důsledně neuplatňovala, protože i v reálném socialismu se prosazovaly určité společenské (ekonomické) priority a více práv (silnější postavení) měla ta strana, která ztělesňovala vyšší zájmovou integraci a mohla si např. na slabší straně vynutit kontraktní povinnost (srov. např. § 115 zákona č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník).

Jak jsme dovodili výše, obchodní transakce mezi rovnými neexistují – jde jen o idealizovanou fikci a nerealistický model.³³⁰ Vyjednávací síla partnerů je vztahová záležitost a liší se případ od případu. Jde o legitimní nástroj konkurenčního boje. Ekonomická závislost jedné strany vztahu na druhé je úplně normální a námitky vznikají zejména v případě, že je trvalá. Odhaduje se spíše intuitivně. Pokusy pojem legálně vymezit³³¹ zatím nebyly úspěšné. Snad i proto (kromě vytrvalé snahy lobbistů ze zemědělské prvo- a druho-výroby) byl tento pojem opuštěn a namísto něj se zavedl pojem „významné tržní síly“ jakožto *de facto* druhu jakési „dominance menšího významu“. Jeho

³³⁰ Blíže viz BEJČEK, J. Obchodní řetězce a právní problémy jejich činnosti. *Obchodní právo*. 2000, č. 1., s. 9 a násl.

³³¹ Jako vztah soutěžitelů, v jehož rámci vyjednávací pozice jednoho z nich mu umožňuje vstupovat do smluvního vztahu s ekonomicky závislým soutěžitelem za podstatně výhodnějších podmínek, než by tomu bylo bez takové vyjednávací pozice (srov. PETR, M. Právní úprava tzv. ekonomické závislosti. *Právní zpravodaj*. 2007, č. 5, s. 5). Je evidentní, že „definice“ je tautologická a nevymezuje vlastně vůbec nic; nicméně „relační“ charakter tzv. ekonomické závislosti (že záleží konkrétně na tom, mezi kým má existovat) je zřejmý. Slovenský pokus definovat tržní moc absolutními údaji o obratu řetězce (v zákoně o obchodných reťazcoch č. 358/2003 Zb.) narazil na odmítavé stanovisko Evropské komise kvůli diskriminačnímu vlivu na mezinárodní řetězce a Slovensko muselo svůj zákon upravit. Komise vyčítala zákonu omezování hospodářské soutěže zejména, že zákon definoval „ekonomickou sílu“ překročením určitého ročního obratu (tedy podobně jako v českém ZVTS), což bylo podle Evropské komise diskriminační hlavně vůči velkým obchodním řetězcům a vytvářelo to překážky volnému pohybu zboží a služeb. Po novelizaci se na Slovensku „ekonomická síla“ vymezovala kvalitativně, ale nic neříkajícími slovy jako „pozícia prevádzkovateľa obchodného reťazca vo vzťahu k jej dodávateľovi.“ Srov. Vláda novelizovala zákon o obchodných reťazcoch. *Trend.sk* [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné na: <http://ekonomika.etrend.sk/ekonomika-slovensko/vlada-novelizovala-zakon-o-obchodnych-retazcoch.html>

Zákonem č. 172/2008 Zb., o neprimeraných obchodných podmienkach v obchodných vzťahoch byl zrušen zákon o obchodných reťazcoch z r. 2003. Zákonem č. 140/2010 Zb. o neprimeraných obchodných podmienkach v obchodných vzťahoch medzi odberateľom a dodávateľom tovaru, ktorým sú potraviny (sektorovost namísto dřívější průřezovosti) byl zrušen zákon č. 172/2008 Zb. Dne 28. 6. 2011 byl zákon o nepřiměřených obchodních podmínkách bez náhrady zrušen s účinností k 1. 8. 2011, a to zákonem č. 207/2011 Zb. (za mohutných protestů zemědělsko–potravinářské lobby). Nová slovenská politická reprezentace usilovala o jeho znovuzavedení. Srov. Směr-SD avizuje aj znovuzavedení zákona o obchodných reťazcoch. *Sita.sk* [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné na: <http://video.sita.sk/videoservis/smer-sd-avizuje-aj-znovuzavedenie-zakona-o-obchodnych-retazcoch/24836-play.html>

Jde zcela evidentně o politický, tedy zájmový, a nikoliv právní problém. Právní argumenty slouží jen jako nástroj legitimizující či delegitimizující protichůdné hospodářsko-politické skupinové zájmy. Záměr se nakonec na Slovensku politicky prosadil a kodifikoval, byť v poněkud zúžené podobě–srov. zákon č. 362/2012 Z. z., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch, ktorých predmetom sú potraviny.

vymezení objektivizujícími kritérii³³² převzatými z vymezení dominance podle zákona o ochraně hospodářské soutěže a doplněnými o absolutní obratovou hranici (ale vztaženou jen k prodeji vágně naznačených zemědělských a potravinářských produktů) o mnoho více právní jistoty nepřineslo. Navíc³³³ ona tržní síla má být relevantní jen v onom nejasně vymezeném sektoru prodeje potravinářských a zemědělských produktů.

Jeden (liberalisticko-fundamentální) úhel pohledu je ten, že smluvní svoboda umožňuje samozřejmě silnějším partnerovi vynutit si výhodnější podmínky pro sebe a pro své odběratele (spotřebitele). Je omezena obecnými soukromoprávními korektivy dobrých mravů, poctivého obchodního styku (obchodní slušnosti) a zákazu zneužití práva. Zákaz zneužití tzv. významné tržní síly umožňuje chránit slabšího (a mnohdy asi i méně způsobilého) soutěžitele a poškodit tak soutěž jako instituci (vyloučit její selekční funkci), jakož i spotřebitele, který na nižší způsobilost dodavatele může doplácet zbytečně vyššími cenami. Je obtížné právně politicky a ekonomicky zdůvodnit, proč právě v sektoru zemědělských a potravinářských dodávek je nutno podchycovat výchyly smluvní rovnováhy (zneužití smluvní síly partnerem, který není dominantem na trhu).

Stát se tak snaží plošně zasahovat do soukromoprávních vztahů mezi obchodními partnery, aniž je to motivováno obavou o funkční soutěž. Tato velmi hrubá kontrola obsahové vyváženosti soukromoprávních smluv nahrazuje paternalistickým zásahem přirozený vývoj, potenciálně může škodit spotřebiteli a diskriminovat ty zdatnější dodavatele řetězců, kteří jsou schopni podílet se na úspěšném konceptu uspokojování potřeb spotřebitelů v nákupních řetězcích a podílet se na nákladech za účast na této možnosti.

Z opačného hlediska je argumentace smluvní svobodou považována za pokryteckou a iluzorní, pokud se používá v podmínkách jakéhosi „faktického“ dominantního postavení jedné smluvní strany, byť toto postavení není

³³² Která neberou ohled na subjektivní úvahy, neboť „konceptce tržní síly není založena na zkoumání každého jednotlivého smluvního vztahu, k nimž mezi dodavateli a odběrateli dochází, ale na objektivní skutečnosti vyjádřené v zákoně obratem ve výši miliard korun.“ (ÚOHS. Výsledky šetření odboru kontroly tržní síly. [cit. 12. 3. 2012]. Dostupné na: www.compet.cz).

³³³ Na rozdíl např. od ustanovení § 20 odst. 2 - 4 německého GWB, který je pojat jako obecný nástroj ochrany malého a středního podnikatelského stavu, a nikoliv jako sektorová (odvětvová) pozitivní diskriminace.

dominantní *de iure* (ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže). Výzva k tomu, aby se slabší účastníci dožadovali ochrany před soudy, se z tohoto hlediska pokládá za potměšilou, ne-li přímo škodolibou, protože obchodní řetězce by v takovém případě mohly beztrestně změnit dodavatele, a stěžovatelé by tak riskovali nejen dílčí hospodářskou ztrátu, ale mnohdy přímo svůj ekonomický zánik. Fakticky tedy dodavatelé, pokud chtějí i nadále dodávat řetězcům, nemohou jejich zneužívající praktiky odmítnout, a nemají reálnou alternativu, protože takové praktiky uplatňují všechny obchodní řetězce.³³⁴

4.6 Dílčí závěry

Zdá se, že panuje společenská shoda na potřebnosti „nějaké“ úpravy,³³⁵ účinně čelící agresivitě obchodních řetězců, podobně jako v řadě jiných států EU (Německo, Francie, Itálie, Španělsko, Portugalsko³³⁶). Česká platná úprava narazila na dosti všeobecný odpor³³⁷ a setkávají se s ním i současné snahy o její změny.

Principiálně není mezi posuzováním tzv. významné tržní síly³³⁸ a tržní síly³³⁹ rozdíl jiný než kvantitativní. „Významná tržní síla“ nedosahuje dominance a dominant nemá ve smyslu platné úpravy „významnou tržní sílu“. Tržní

³³⁴ Tato argumentace je ovšem poněkud alibistická, protože v případě žaloby na nekalé soutěžní praktiky vedené vůči řetězci kolektivně (sdružením na ochranu soutěžitelů) by se nápravy dosáhnout dalo. Pohodlnější je ovšem mlčet a očekávat, že mlčení resp. pasivita dodavatele v případě žaloby někoho jiného přinese mlčícímu výhodu; tedy „nepálit si prsty“ a „schovat se“ raději ev. až za kýžený zákon, za nějž žádný jednotlivý dodavatel přece „nemůže“.

³³⁵ Což uznávají i britští kritici úrovně stávajícího zákona—srov. PELIKÁN, R. Zákon o významné tržní síle—legislativní „Dada“ směřuje do praxe. *Antitrust*. 2009, nulté číslo, s. 34.

³³⁶ Blíže se mezinárodním srovnáním přístupu k významné tržní síle ev. k ekonomické závislosti zabývá kapitola sedmá.

³³⁷ Srov. LUŇÁKOVÁ, Z. Zákon proti řetězcům nepomůže. Naopak. *Hospodářské noviny*. 3. 12. 2009, s. 1 (konstatuje se, že zákon o významné tržní síle bude mít úplně opačný efekt—zavádějí se nové tzv. fixní či růstové nezakázané poplatky, řetězce přímo vyřazují menší dodavatele). LUŇÁKOVÁ, Z. Řetězce drtí dodavatele víc než dříve. *Hospodářské noviny*. 7. 4. 2010, s. 17 (nepovolené poplatky jsou nahrazeny jinými, tlak na cenu je vyšší než před zavedením zákona). MARIK, M. Regulace obchodu je totální propadák. *Hospodářské noviny*. 3. 11. 2010, s. 16 (mj. se konstatuje, že prodej ve slevě—za podnákladovou cenu—je legitimním marketingovým nástrojem, který zákon o významné tržní síle nezakazuje; jde o formu výdaje na reklamu, funkčně rovnocennou případu, kdy obchodník použije část z tržby za výrobek prodaný drah na reklamu, aby přilákal zákazníky; nižší cena zboží přímo na regále to splní rovněž). Slovenské peripetie, které zřejmě budou pokračovat, jsou popsány výše.

³³⁸ Viz § 3 ZVTS.

³³⁹ Podle § 10 ZOHS.

síla nezávisí na tom, zda nese přídomek „...kupujícího“ nebo „...prodávajícího“, resp. navíc ještě „oborovou“ či „sektorovou“ kvalifikaci („při prodeji zemědělských produktů“). Tržní síla nedosahující dominance není s to ohrozit, narušit nebo vyloučit soutěž, a proto je její regulace mimo působnost a mimo účel platného zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Role klasicky pojatého antitrustového práva nespočívá v regulaci asymetrických vyjednávacích pozic profesionálních obchodníků a v paternalistické apriorní ochraně jedné z nich.³⁴⁰ Otázka dnes však zní už jinak: zda není přece jen přednější změnit rigidní „klasické“ schéma dělby práce mezi zákony³⁴¹ či odvětvími tak, aby hlavně sloužily odůvodněným společenským potřebám, nežli trvat na tom, že konkrétní zákon má jaksi vyhrazený „svůj účel“ a že není vhodné jej kontaminovat jinými „cizorodými“ účely, pro jejichž sledování by bylo vhodnější vytvořit zákon jiný.³⁴² Není až takový problém zákonný účel (třeba právě předmět ochrany) rozšířit či posunout; v případě potřeby na to stačí i doktrína a judikatura.

Skepse k rozšíření nového druhu arbitrární regulace bez jasných hranic je založena především na tom, že není k dispozici spolehlivá teoretická základna ekonomické závislosti; neví se, kde končí a kde začíná, což vyvolává pochybnosti o legitimitě jakýchkoliv opatření v této oblasti a vede to mj. též k tomu, že se jí regulátoři soutěže snaží vyhnout, seč mohou.³⁴³

³⁴⁰ Podobně SCHEELINGS, R.; WRIGHT, J., „Sui generis“? An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union. 05-30 [online]. *Social Science Research Network*. s. 17 [cit. 23. 11. 2009]. Dostupné z: http://ssrn.com/abstract_id=800886

³⁴¹ Německý GWB úpravu subdominantní, ale významné tržní síly obsahuje a nevyvolává to problémy.

³⁴² K tomu srov. též BEJČEK, J. Může být účelem zákona samoučel? *Právní rozhledy*. 2003, č. 11, s. 533 an.

³⁴³ Srov. SCHEELINGS; WRIGHT, op. cit. Jako *pars pro toto* může svou jednoznačností a vyhoceností sloužit odmítnutí takové regulace bulharskou komisí pro ochranu soutěže z 13. 7. 2010 v reakci na Sdělení Komise Evropskému parlamentu COM (2009)591 z 28. 10. 2009 o lepším fungování potravinářského řetězce v Evropě. Konstatuje se v něm, že jde o otázky mimo ochranu soutěže, a tedy mimo působnost komise. Koncept významné tržní síly zavedený v řadě států EU se v praxi podle tohoto prohlášení ukázal jako docela neefektivní. I zvláštní zákony o takové regulaci nesou s sebou riziko opačného účinku na malé dodavatele, které by měly chránit—totiž že supermarkety odkloní svoji poptávku do sousedních zemí s mírnější regulací, a že budou preferovat větší dodavatele. Východisko vidí ve zvláštních zákonech o poctivé soutěži, v informačních kampaních a prosazování etického kodexu, jakož i v utváření profesionálních sdružení drobných dodavatelů chránících jejich kolektivní práva a pravidla soutěže (srov. Bulgaria: The Commission on Protection of Competition (CPC) analyses the Pros and Cons of a Law in view of regulating Supermarket Chains/Suppliers Relations. [cit. 15. 3. 2012]. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/bg_supermarket.pdf).

Domnívám se, že tzv. významná mocenská asymetrie mezi podnikateli by měla být předmětem regulace jen v případě, že ohrožuje fungování soutěže jakožto instituce a společenského statku (to je zajištěno v zásadě zákazem zneužití tržní moci a testem podstatného omezení soutěže v rámci posuzování fúzí).

Tzv. významná tržní síla není rovna tržní moci ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže. Jde jen o jakousi „kvalifikovanou subdominanci.“ Chápat ji v objektivním konceptu jako jakousi „tržní moc v menším“ znamená *de facto* zužování relevantního trhu (aby se mohla dovodit „tržní moc“ na takto zúženě vymezeném trhu), byť se to explicitně nepřiznává. Objektivní koncept významné tržní síly prosazovaný českým antimonopolním úřadem potlačuje či vyřazuje kontextualitu a *de facto* snižuje hranici pro určení tržní síly. Česká právní úprava v podstatě mechanicky přejímá koncepci zneužití tržní moci včetně opatření k nápravě.³⁴⁴ Umožňuje chránit proti významné tržní síle i silného (ba i dominantního) dodavatele.

Vyjednávací síla je čistě subjektivní a kontextuální pojem, jenž má smysl jen ve vztahu ke konkrétnímu partnerovi. Je neodůvodněné zakazovat v takových situacích určitá ujednání mezi podnikateli (profesionály) se stejnou mechanickou logikou, s níž se jako *per se* nepřipustné zakazují určitá ujednání ve vztahu mezi obchodníkem a spotřebitelem.³⁴⁵ Tím se omezují disponibilní možnosti i v neprospěch toho tzv. slabšího, který má být chráněn třeba i proti své vůli a proti svým ekonomickým zájmům. Jakkoliv kasuistické zákonem zakázané formulace lze přitom obejít a skutečná rovnováha sil se mezi partnery prostě opět nastolí, ovšem jen jinými prostředky a skrytě. Žádný zákon *per se* zákazem určitých formulací nevyřeší nekonečnou pružnost obcházení, která spolehlivě překoná veškeré zákonné výčty. Řešení není v „soudně jistých“ formulacích, ale v náročnějším a nejistějším posouzení všech souvislostí konkrétního případu.

Podstata věci je podobná i u tzv. kodexů správného chování, jejichž přínos je sporný. Buď jsou totiž nezávazné a hrají jen roli právně nevynutitelného

³⁴⁴ Předpokládá se i zavedení tzv. opatření k nápravě, resp. závazků analogicky k § 11 odst. 3, 4 ZOHS.

³⁴⁵ Srov. nedávný pokus v Zelené knize o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinového a nepotravinového zboží: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0037:FIN:CS:HTML>

„morálního směrníku“, nebo závazné jsou, a pak by ovšem měly být doplněny účinným mechanismem kontroly a donucení. Vyslovují se dokonce i obavy, že pokud takové kodexy nebudou vyžadovány veřejnoprávními orgány, mohly by vyvolat riziko, že se budou pokládat za potenciálně restriktivní dohody podle antitrustových předpisů.³⁴⁶

Náklady spojené s dodržováním vnějších pravidel mohou vést ke snaze kodexy obcházet třeba formou vertikální integrace partnerů; navíc mohou zkreslovat ekonomické i jiné podněty smluvních stran a mohou vést ke sjednocování obchodních podmínek, a tím i k oslabování soutěže.³⁴⁷

Požadavek po důkladném posouzení každého jednotlivého případu se týká např. i zákazu vyžadovat po „slabší straně“ cenu, jež je pod pořizovací (nákupní) cenou, za niž zboží pořídil prodejce. Není jednak jasná ani definice pořizovací ceny (méně zdatní obchodníci nakupující draho, by byli zvýhodněni vůči svým nakupujícím „silnějším“ partnerům a přenášeli by tak na ně důsledky své vlastní obchodní neschopnosti), a jednak lze tuto podmínku obejít tak, že se sice formálně naplní, ale sjednají se jiné platby či povinnosti, které vynucenou „ztrátu“ vykompenzují.

Tato oblast by měla být doménou soukromoprávní ochrany (kontroly obsahové správnosti smlouvy). Námitka, že by se projevil tzv. paradox „jezdce a koně“ (z obavy o další pokračování spolupráce se slabší strana nebude dovolávat soukromoprávní ochrany proti nevyváženým smlouvám) nepůsobí věrohodně, neboť zavedením veřejnoprávní ochrany se problém neodstraní.³⁴⁸ Jednání o cenách a dalších podmínkách je významným parametrem soutěže mezi podnikateli; veřejnoprávní „záštita“ může působit i demoralizačním opačným efektem a nepřímou motivovat výrobce k tomu, aby se raději spolehli na „vztahově nekonfliktní“ zásah soutěžního úřadu, než aby vyvinuli veškeré úsilí k diferenciaci prodejní politiky a k minimalizaci vztahů závislosti od samého počátku.³⁴⁹

Na rozdíl od tržní moci uplatňované vůči soutěžitelům nebo spotřebitelům není poptávková moc či vyjednávací síla pravidelně spojena s negativními

³⁴⁶ PERA; BONFITTO, op. cit., s. 423.

³⁴⁷ Hauptgutachten 2010/2011, op. cit., s. 389.

³⁴⁸ Podobně jako se neodstraní zavedením programu shovívavosti; zachování anonymity oznamovatele je iluze.

³⁴⁹ Srov. podobně v Hauptgutachten 2010/2011, op. cit., s. 386.

dopady na soutěž nebo na spotřebitelský blahobyť, ale naopak může soutěž zintenzivnit a zostrít a přispět k její kreativní destruktivitě.³⁵⁰ Přitom může zvýhodněné nákupní podmínky ve značném rozsahu přenést na spotřebitele.

Excesy v jednotlivých případech jsou lépe řešitelné soukromoprávní cestou kontroly obsahové správnosti smluv³⁵¹ nežli těžkopádnou veřejnoprávní úpravou zneužití tzv. významné tržní síly, resp. ekonomické závislosti, která může v důsledku poškodit soutěžní prostředí i spotřebitele.

Kupní síla se totiž nevztahuje jen ke spotřebitelskému blahobytu, resp. přebytku. Týká se též poctivosti a ekonomické svobody. Při zacházení s ní a snahách o regulaci či námitkách proti ní se nevyhneme hodnotovým postojům, které ostatně v civilizovaných zemích jsou součástí právních standardů jak ve veřejném, tak v soukromém právu.³⁵²

³⁵⁰ Pojem zavedený pro charakteristiku konkurence jakožto procesu Josefem Aloisem Schumpeterem.

³⁵¹ Pomocí institutů jako nátlak (*duress*), hospodářský tlak (*economic pressure*), adekvátnost protiplnění (*consideration*), neúměrné zkrácení (*laesio enormis*), lichva, obecná ochrana slabšího atp.

³⁵² STUCKE, 2013, op. cit., s. 1562, kde cituje i japonského antitrustového úředníka (Kazuhiko Takeshima), jenž při zdůrazňování role poctivosti prohlásil, že „vylučovat poctivost znamená chránit velké hráče“.

5 OBSAHOVÁ A PROCEDURÁLNÍ KONTROLA SPRÁVNOSTI SMLUV

Různé mocenské konstelace mezi smluvními stranami, jimž se věnovaly předchozí úvahy, mohou modifikovat nejen samotnou kontraktační *proceduru*, ale především rovnováhu (vyváženost) vzájemných práv a povinností. Tzv. *obsahová* správnost smlouvy, resp. její *spravedlnost*, se v doktríně i v judikatuře uplatňuje jako korektiv čistě mocenské výslednice jednání, vznikající jako jakýsi „vektorový součet“ sil smluvních stran využívajících smluvní svobody. Neregulovaná smluvní svoboda každého kontrahenta se ovšem zásadně uplatňuje jen s omezeními danými smluvní svobodou druhé strany. Neregulovaná smluvní svoboda je jen jiným vyjádřením vyjednávací moci. Vesměs se koriguje požadavkem na spravedlnost smlouvy.³⁵³ Nepřiměřená nevyváženost smlouvy se v Evropě běžně uznává jako důvod neplatnosti smlouvy či nevymahatelnosti nároků z ní,³⁵⁴ ale pro vztahy mezi podnikateli se uplatňují liberálnější měřítka než ve spotřebitelských smlouvách. Zásada obchodní poctivosti a zákazu zneužití práva umožňuje i v oboustranně podnikatelských vztazích podřadit zásadu smluvní volnosti tomu, aby se naplnila funkce a účel smlouvy a aby smlouva byla v souladu s nějakou formou spravedlnosti, pokud ji nedokáže zajistit tzv. volná hra hospodářských a tržních sil.

5.1 Spravedlnost a ochrana slabší smluvní strany

V té oblasti práva, která se konvenčně a zjednodušeně označuje jako právo soukromé (a kam se řadí i právo obchodní), jsme přivykli tomu, že o tzv. spravedlnost se starají strany právního vztahu samotné a že se při tom nespolehají na státní moc. Jde o tzv. spravedlnost vyrovnávací či korektivní (*iustitia commutativa*), která se tvoří v interakci zájmů obou stran a dá se charakterizovat jako indiferentní průsečík *jejich* zájmů a hodnot; jde o stav, který jim oběma ještě vyhovuje a s nímž jsou spokojeni.³⁵⁵ Tohoto stavu lze

³⁵³ Srov. SALAČ, J. Smluvní svoboda nebo smluvní spravedlnost? *Právní rozhledy*. 1998, č. 11, s. 11 a násl.

³⁵⁴ Tamtéž, s. 12.

³⁵⁵ Pojetí smluvního práva jako říše svobody stran. Srov. okřídlený výrok liberála Fouillého: *kdo říká smluvní, říká spravedlivý*.

ovšem dosáhnout v situaci, kdy strany jsou s to projevit svoji autentickou a nezkreslenou autonomní vůli, kdy tedy jsou v pozici abstraktní rovnosti. Korektivní spravedlnost rezignuje na existenci a poznání individuálních rozdílů mezi stranami.³⁵⁶

Právě proto, že tato rovnost je a může být jen abstraktní a žádné dva subjekty si nemohou být ve všech ohledech rovny fakticky, dochází ke zkreslení soukromé autonomie vůle a jedna strana se musí přizpůsobit více zájmům partnera; extrémem je faktický diktát silnější strany pouze skrytý pod hávem smlouvy.³⁵⁷ Hovořit o smluvní svobodě v takové situaci je urážkou slova „svoboda“, neboť neponechává slabšímu prostor pro vlastní rozhodování.³⁵⁸

V takových případech trpí pocit spravedlnosti, rodící se v jiné sféře nežli jen v zájmovém střetu stran: totiž ve společenském vědomí a obecněji sdílených etických představách o tom, co je správné a únosné. Tak se zjistilo, že v určitých situacích vyjednávací nerovnováhy proti sobě stojí dvě soukromé autonomie – té silnější a té (výrazně) slabší strany, které se navzájem vyruší v jednoznačný prospěch té výrazně silnější strany. Pak se uplatňuje jiné hledisko spravedlnosti v podobě distributivní (rozdělovací).

Zatímco korektivní (komutativní, vyrovnávací) spravedlnost si strany zajišťují svou interakcí samy (a je doménou práva soukromého), distributivní (rozdělovací) spravedlnost vyžaduje prostředníka externích hodnot a zájmů (a zabezpečuje ji stát či z jeho pověření jiná moc veřejná).³⁵⁹ Je proto doménou práva veřejného.

Korektivní spravedlnost je výrazem vnitřního a aktuálního bipolárního kontextu zájmů partnerů, kdežto spravedlnost rozdělovací zahrnuje širší a z vnějšku vnášená společenská měřítko poctivosti. Na rozdíl od spravedlnosti korektivní, která nebere ohled na zvláštnosti osoby účastníka právního

³⁵⁶ Odkazují v dalším textu na svoje dřívější publikované úvahy—BEJČEK, J. Podnikatel jako slabší smluvní strana. In: SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J. (ed.): *Právo. Obchod. Ekonomika*. IV. 1. vyd. Košice: UPJŠ Košice, 2014. s. 27-47.

³⁵⁷ Podle Stammera je právo silnějšího největším bezprávím.

³⁵⁸ Srov. ZÖLLNER, W. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1996, s. 28 a násl. Cit. podle CHEREDNYCHENKO, O. H. *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*. München: Selier European Law Publishers GmbH, 2007, s. 284.

³⁵⁹ Podle G. Radbrucha (*Rechtsphilosophie*, § 4) je vyrovnávací spravedlnost spravedlností soukromého práva a rozdělovací spravedlnost je spravedlností práva veřejného, jak uvádí CHEREDNYCHENKO, 2007, op. cit., s. 36.

vztahu, spravedlnost *distributivní* k ní přihlíží. Je vlastně implicitním vyjádřením skutečnosti, že soukromí účastníci vztahu nejsou schopni prosazovat svoje vlastní cíle, resp. nikoliv v souladu s širšími společenskými cíli a hodnotami, na nichž se trvá. Korektivní spravedlnost nehledí na zvláštní osobnostní znaky a charakteristiky, je slepá k nerovnostem a pokládá účastníky za sobě (abstraktně) rovné a za spravedlivý považuje každý výsledek dosažený jako funkce střetu individuálních zájmů.

Zatímco korektivní spravedlnost je výronem bezprostřední interakce stran v určitém aktuálním kontextu, *distributivní* spravedlnost je zprostředkována; na rozdíl od spravedlnosti korektivní vnáší do hodnocení *vnější hledisko* poctivosti a respekt ke všem relevantním zvláštnostem každého účastníka vztahu a bere zřetel na různé objektivní i subjektivní okolnosti, které na tuto poctivost výsledku mohou mít vliv. Vnáší do hodnocení sociální standardy poctivosti, které se mohou dost odchylovat od výsledku zájmového střetu stran, pokud by nebyl nijak korigován. Právo v tomto pojetí není „rovným měřítkem na nerovné“, ale „nerovným měřítkem na nerovné.“

Distributivní spravedlnost klade (jakožto na sociální cíl a hodnotu) důraz na *materiální* rovnost, a nikoliv na rovnost pouze formální. Smluvní svoboda takto pojímaná má daleko od liberální představy smlouvy jako říše svobody. Naopak se jako součást smluvního práva často prosazuje požadavek na materiální (a nikoliv pouze formální) spravedlnost jakožto odraz požadavku na materiální rovnost.

Počet a selektivnost specifických dodatečných hledisek při posuzování podle distributivní spravedlnosti mohou být v různých odvětvích a pro různé subjekty velmi odlišné. Smluvní svoboda se však z hlediska typového vždy nějakým způsobem suspenduje, a to typicky s ohledem na porušení autonomie vůle a svobody vůle v důsledku výrazné mocenské nerovnováhy ve smluvním vztahu³⁶⁰ nebo také kvůli konfliktu s nadřazenými veřejnými zájmy, jimž musí zájmy smluvníků ustoupit.³⁶¹

³⁶⁰ Srov. ochranu zaměstnanců, dětí, spotřebitelů, antidiskriminační regulaci apod. Tak např. konstitutivní ochranná role pracovního práva a jeho převážně zákazový obsah založený na vnějších hlediscích spravedlnosti v podobě ochrany zaměstnanců z něj činí spíše součást práva veřejného nežli soukromého.

³⁶¹ Srov. např. zákaz určitých smluvných jednání trestním zákonem, zákonem o ochraně hospodářské soutěže, daňovými zákony, zákony na ochranu životního prostředí, atp.

Materiální spravedlnost v soukromoprávním vztahu může být ohrožena či dokonce vyloučena kvůli pouze procedurálnímu charakteru spravedlnosti korektivní vycházející z formální rovnosti stran, jež není s to materiální spravedlnost zajistit.³⁶² Dochází tedy ke strukturální změně soukromého práva, jež již není konstitutivně nutně spojeno jen se spravedlností komutativní, ale prosazuje i „veřejnoprávní“ hlediska spravedlnosti distributivní.³⁶³

Tzv. ochrana slabší smluvní strany (resp. i zvýšený důraz na ochranu *slabší strany*, resp. *malých a středních podnikatelů*, jenž vnáší do práva externí a stěží definovatelná hlediska), jejímž technickým projevem je i ochrana proti zákazu *zneužití významné tržní síly*, může být jedním z příkladů aplikace *distributivní* spravedlnosti a patří do kategorie těchto změn. Formulace jejich blanketního obsahu se *de facto* přenáší na judikaturu, která je ovšem mohla vzít v úvahu již dříve rámci korektivu dobrých mravů či zásad poctivého obchodování, apod. Povinný ohled na ochranu (jakkoliv definovaného či nedefinovaného) slabšího je vlastně dekompozicí obecné mravní zásady a omezuje přílišnou diskreci liberálního soudce.

Veřejnoprávní zásahy do smluvní autonomie s cílem ochránit slabší stranu by měly být omezeny na výjimečné a všeobecně či velmi většinou akceptovatelné případy typu ochrany nezletilých, zaměstnanců, nájemníků, spotřebitelů apod. Silnější vyjednávací pozice stran v obchodním vztahu je přirozená a obchodníci o ni usilují a dosahují ji za cenu nemalých investic. Jen její excesivní zneužití ke zřejmě nepoctivému výsledku by mělo být předmětem veřejnoprávních či soukromoprávních korekcí.

Pokud např. omezení vnášená do smluvního práva mají za cíl zlepšit informovanost stran a odstranit informační asymetrii, mohou i tato omezení procedurální nespravedlnosti zvýšit efektivnost.³⁶⁴ Redistribuční spravedlnost

³⁶² Srov. CANARIS, C. W. *Die Bedeutung der iustitia distributiva*. München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1997, s. 46 a násl., cit podle CHEREDNYCHENKO, 2007, op. cit., s. 44. Klasické soukromoprávní individualizační hledisko se týkalo vad vůle účastníka (úprava důsledků omylu, nátlaku, tísně) ale dala se pozorovat expanze i do obsahové kontroly správnosti smlouvy (srov. § 49 ObčZ z r. 1964 upravující důsledky kontraktace nápadně nevýhodných podmínek, ovšem spojené s tísní, jakožto vadou svobodné vůle).

³⁶³ Blíže viz BEJČEK, 2008-A, op. cit., s. 101-131.

³⁶⁴ Srov. AGHION, P.; HERMALIN, B. Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency. *Journal of Law, Economics, and Organization*. 1990, vol. 6, no. 2, s. 381-404.

by však v oboustranně obchodních vztazích neměla spočívat jen v zájmu jisté skupiny dosáhnout redistribuce zisku.

I při samozřejmé nutnosti používat neurčitých pojmů by takové výjimky neměly vést k nepředvídatelnosti a právní nejistotě v obchodních vztazích, které potřebují jasná a ustálená pravidla. Přitom se dá dosáhnout rovnováhy mezi předvídatelností a pružností velmi účinně za pomoci soudního uznání obchodních zvyklostí, aniž by se tedy vytvářela sada podrobných strnulých pravidel.³⁶⁵

5.2 Některá hlediska obsahové spravedlnosti v distribuci prostřednictvím obchodních řetězců

Zřejmá nerovnováha vyjednávací síly zejména mezi výrobcí zemědělské a potravinářské produkce a distributory - obchodními řetězci - se vyskytuje běžně, byť v různých konstelacích.³⁶⁶ Přesvědčení o tom, že obchodní řetězce likvidují malé podnikatele, ničí rozmanitost nabídky a zneužívají kupní sílu, sdílí patrně stále více spotřebitelů,³⁶⁷ o dodavatelích zemědělských výrobců nemluvě.

³⁶⁵ Srov. AHDAR, R. Contract Doctrine, Predictability and the Nebulous Exception. *Cambridge Law Journal*. 2014, vol. 73, no. 1, s. 52–53.

Jasnost zákonů neznamená zavrňovat pomocná pravidla používající kritéria „dobré víry“, „náležité péče“, apod. V obchodním právu mohou například požadavky slušnosti nebo spravedlnosti nabýt přesného významu na základě obchodní praxe a principů chování sdílených v obchodní komunitě. *Desideratum* jasnosti je tou nejpodstatnější komponentou legality. Srov. FULLER, L. *Morálka práva*. Praha, Oikoymenh, 1998. s. 63–64. Z toho důvodu jsou tak významné dobrovolné kodexy chování, které fakticky nejsou vůbec dobrovolné, neboť normují pravidla chování jakožto formalizované zvyklosti i proto, kdo se k nim formálně nepřipojí. Vytvářejí nad to i pro soudy důležitý interpretační zdroj a hodnotové měřítko. Proto se i v této práci příkláním k jejich co nejširšímu používání jakožto jednoho z nástrojů použitelných k řešení problémů spojených s využíváním a zneužíváním významné tržní síly. Přitom se nemusí trvat na akademicky možná přitažlivé, ale prakticky nedosažitelné absolutní pojmové a terminologické definiční jistotě.

³⁶⁶ Jinak se projevuje v ČR, v níž žádný řetězec nemá vyšší než 12% podíl na trhu, a jinak třeba ve Finsku, kde je trh distribuce potravin z 80 % rozdělen mezi dvě obchodní skupiny. Srov. OINONEN, M. The new 30% rule: a viable solution to detrimental buyer power in the Finnish grocery retail sector? *European Competition Journal*. 2014, vol. 10, Iss. 1, s. 97–121. Vycházím též ze studie BEJČEK, J. Úprava tzv. významné tržní síly: přirozený krok k ochraně spotřebitele a slabšího nebo „papírový tygr“ (a škůdce soutěže a spotřebitele)? *Bulletin advokacie*. 2012, č. 7-8, s. 15 a násl.

³⁶⁷ Srov. Evropská unie se postaví supermarketům. *Literární noviny* z 25. února 2008.

Tento názor se projevuje i v politických prohlášeních, a to i na úrovni Evropského parlamentu,³⁶⁸ který se zavázal přijmout odpovídající právní opatření. Již v září 2010 se Evropský parlament usnesl o opatřeních proti šíření nekalých obchodních praktik v dokumentu nazvaném „O spravedlivých příjmech pro zemědělce: lepší fungování potravinového řetězce v Evropě“.³⁶⁹ Konstatuje se v něm mj., že od r. 1995 do r. 2005 klesl podíl zemědělců na přidané hodnotě z 31 % na 24 % oproti trvalému růstu zisku zpracovatelů, velkoobchodníků, maloobchodníků a subjektů mimo potravinový řetězec.³⁷⁰

Komise poukazuje na závažné problémy, jako např. zneužívání rozhodující kupní síly, nekalé smluvní praktiky (včetně pozdních plateb), jednostranné změny smluvních podmínek, platby poskytované předem za připuštění k jednání, omezený přístup na trh, nedostatek informací o utváření cen a rozdělování ziskových marží v rámci potravinového řetězce.

Evropský parlament proto vyzval Komisi a členské státy, aby podpořily spravedlivé uzavírání smluv mezi všemi aktéry potravinového řetězce.

Dále vyzval Komisi, aby zajistila, že právní předpisy EU o hospodářské soutěži nebudou obcházeny zneužíváním kupní síly v potravinovém řetězci, například v podobě pozdních plateb zemědělcům nebo menším zpracovatelům, dodatečných změn smluvních podmínek, nucených slev, dalšího

³⁶⁸ Srov. Sdělení Komise Evropskému parlamentu COM (2009)591 z 28. 10. 2009 o lepším fungování potravinářského řetězce v Evropě.

³⁶⁹ Srov. usnesení Evropského parlamentu č. 2011/C 308 E/04 ze dne 7. září 2010 o spravedlivých příjmech zemědělců: lepší fungování potravinového řetězce v Evropě

³⁷⁰ Za pozornost stojí, že se deklarují i rostoucí zisky zpracovatelů, byť ty jsou dodavateli obchodních řetězců.

Česká realita nebude asi z jiného světa, nehledě na to, že údajně žádný maloobchodní trh v Evropě není tak konkurenční, jako v ČR. Na silnou konkurenci už v r. 2005 doplatil Julius Meinl (převzat Aholdem), v r. 2006 Edeku a Carrefour převzalo Tesco, v r. 2007 skončila Delvita, v r. 2008 diskontní prodejny Plus převzalo REWE—srov. LUŇÁKOVÁ, Z. Ztráty řetězce odnesl další šéf. *Hospodářské noviny* z 21. října 2008. Je jasné, že „zahušťování“ trhu může větší subjekty vyvést ze ztrát, ale že také vede ke zvýšení tržní síly a k větší nerovnováze mezi těmito velkými odběrateli a jejich dodavateli. Kontroverznost konceptu významné tržní síly ilustruje skutečnost, že akvizici české Delvity skupinou REWE (Euro-Billa Holding) schválila Evropská komise se zdůvodněním, že spojený soutěžitel bude i poté čelit silné maloobchodní konkurenci na českém národním trhu. I přesto, že na místních trzích kombinovaný tržní podíl stran přesahoval 25 %, negativní dopady spojení na soutěž Komise pokládala za nepravděpodobné (srov. Mergers: Commission approves proposed acquisition of Delvita by REWE group. *European Commission Press Release*, 26/04/07).

prodeje se ztrátou, nepřiměřených velkoobjemových požadavků a neoprávněných zaváděcích poplatků, a aby případně předložila příslušné právní předpisy. Naléhavě žádal Komisi, aby navrhla rozšíření působnosti evropských předpisů o hospodářské soutěži nad rámec stávajícího úzkého zaměření na spokojenost spotřebitelů a snahu o dosažení nízkých cen potravin. Parlament se mj. domnívá, že na úrovni Unie je nutné zakázat prodej za nižší cenu, než je nákupní cena zemědělských produktů.

Nesystematické pokusy vyrovnat se s tímto jevem, motivované zřejmě tlakem výrobců a dodavatelů na redistribuční spravedlnost, mívají projev katalogu kasuistických úprav některých zvláště četných praktik nežádoucích z hlediska prodávajících.³⁷¹ Zejména jsou předmětem kritiky obvyklé požadavky silnějších kupujících rozdělitelné do několika okruhů.

5.2.1 Poplatky za „zalistování“ společnosti (listing fees)

Obchodní řetězce vedou velmi tvrdý boj s dodavateli zejména o co nejnižší nákupní ceny, které by dovolily přilákat na co nejnižší ceny konečného spotřebitele a získat ho do vlastního „zákaznického kmene“ na úkor konkurenčních, podobně jednajících řetězců. Běžně se např. jen za to, aby se výrobcovo zboží dostalo na pulty do obchodního řetězce, požaduje zaplatit statisícové částky. Tento nelítostný boj vede pak dodavatele k uzavírání dohod o společném postupu výrobců proti takovým odběratelům, které se však mohou dostat do rozporu s protikartelovými předpisy.

Po otevření nového supermarketu musí mnozí dodavatelé přispět tzv. aktivačním poplatkem v řádu statisíců korun. Pokud některá společnost zahajuje činnost ve více městech, požaduje příspěvky znovu pro každé z nich. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže již před léty např. zjistil,³⁷² že některé obchodní řetězce požadují vstupní poplatky ve výši 10 % ročního obrátu.

³⁷¹ Zabývá se jimi blíže zejména sedmá kapitola. Srov. též BEJČEK, 2000, op. cit., s. 9 a násl. Slovenská kasuistická úprava obsahové kontroly správnosti praktik obchodních řetězců se kriticky hodnotí v knize CSACH, K. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2009, s. 258 a násl.

³⁷² Vlastní šetření, všechny údaje o výši úhrad v této subkapitole jsou podle zdroje cit. v předšlé poznámce.

5.2.2 Zpoplatnění účasti na tzv. promočních akcích

Za účast na promočních akcích velkých obchodních domů, které uvádějí určité zboží a propagují je mezi zákazníky, jsou dodavatelé nuceni platit v řádu desítek tisíc, od 10 tisíc do 60 tisíc korun. Oprávněnost takového požadavku do určité výše a v závislosti na okolnostech může být zdůvodněna, neboť výrobce tímto způsobem ušetří jisté náklady, které by na propagaci svého výrobku jinak sám vynaložil.

5.2.3 Zpoplatnění nově zavedeného výrobku (zaváděcí ceny)

U nových výrobků se často vyskytuje požadavek, aby na ně výrobce poskytl nad rámec sjednaných nákupních cen dodatečnou slevu. V průměru se jedná o slevu v řádu procent až desítky procent na několik měsíců. Většina dodavatelů legitimnost takového požadavku odmítá uznat (a nebo by se s ním smířila, ale pokud by byl nižší). Přitom i při přímém prodeji se zaváděcí ceny mnohdy používají jako běžný marketingový nástroj k ulehčení vstupu nového produktu na trh a k získání zájmu zákazníků. Problematický může poplatek být v případě dvojí platby za totéž – pokud se riziko neúspěchu nově zaváděného výrobku snižuje rozsáhlými promočními kampaněmi, na něž dodavatelé již ve formě jiného poplatku přispěli.

5.2.4 První dodávka zdarma

Velké řetězce často vystupují s požadavkem, aby jim první dodávka výrobků byla poskytnuta zdarma v celém objemu nasmlouvaného zboží, nebo alespoň v rozsahu naplnění příslušné regálové plochy nebo boxu, nebo částečně zdarma. Velmi častý je požadavek ze strany řetězců na dodávku zdarma do nově otevírané prodejní jednotky. K těmto požadavkům se dodavatelé staví vesměs negativně a jejich legitimnost neuznávají, pokud nejde jen o velmi omezenou dílčí slevu.

5.2.5 Nejlepší nákupní ceny a množstevní bonusy

Snaha o minimální nákupní cenu je sama o sobě zcela legitimní u každého obchodníka. U odběratele velkého rozsahu, jakým typicky obchodní řetězec je, je tento požadavek ospravedlněn objemem odebíraného množství

(princip množstevního rabatu).³⁷³ Obchodní řetězce však někdy požadují, aby další dodatečná sleva byla poskytnuta při každém překročení nasmlouvaného objemu. Průměrná sleva požadovaná odběratelem se pohybuje v rozmezí 12 - 14 %, byly ovšem zaznamenány i požadavky na rabaty v řádu desítek procent. Prodávající vesměs akceptují tyto požadavky řetězců jako adekvátní do výše průměrně 7 - 10 % ceny podle ceníku, přičemž se vcelku úspěšně daří prosazovat, aby se takto snížená cena promítla do konečné prodejní ceny spotřebiteli.

5.2.6 Splatnost faktur

Řetězce dříve požadovaly podle informací ÚOHS dodatečné slevy z fakturované ceny po dodání zboží v rozmezí od 5 do 21 % a v platebních podmínkách obchodních smluv si vynucovaly lhůty splatnosti faktur 75 - 90 dnů. Ojedinelé nebyly ani požadavky na stodvacetidenní lhůty splatnosti. Většina dodavatelů bývala nucena akceptovat třiceti až pětáctýřicetidenní lhůtu splatnosti, a to i u vysokoobrátkového zboží přesto, že se takový požadavek pokládal za nelegitimní vynucování bezúročného úvěrování obchodních řetězců. Praktika excesivních lhůt splatnosti (přesahujících šedesát dnů) byla již v podnikatelských vztazích plošně vymýcena díky implementaci evropské Směrnice o postupu proti opožděným platbám.³⁷⁴

5.2.7 Umístění výrobku

Dodatečné finanční požadavky uplatňují obchodní řetězce též v souvislosti s umístěním zboží v regále nebo na jiném místě v prodejnách. Platí se obvykle za umístění výrobku podle jím obložené plochy v jedné provozovně za určitou dobu, dále za umístění výrobku ve všech prodejnách řetězce a natrvalo, zvláštní platba je vyžadována při umístění výrobku do zvláštního samostatného displeje. Platby za umístění zboží dodavatelé považují za nespravedlivé

³⁷³ Nicméně se empiricky prokázalo, že kauzální souvislost mezi velikostí odběratele, jeho poptávkovou mocí a nákupními obchodními podmínkami neexistuje. S odkazem na výsledky sektorového šetření německého BKartA o poptávkové moci v maloobchodu s potravinami to konstatuje HAUCAP, et al., 2015, op. cit., s. 605, 616.

³⁷⁴ Srov. Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2000/35/ES ze dne 29. června 2000 o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích a její novelu Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2011/7/EU ze dne 16. února 2011 o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích. Projevily se již v § 369a ObchZ a v § 1963 a 1964 ObčZ.

s výjimkou platby za privilegované umístění do zvláštního displeje. Každý prodejce totiž organizuje prodej podle pravidel *category managementu* podle *obrátkovosti zboží* a jeho postavení na trhu. Z dlouhodobého hlediska se chová neracionálně ten prodejce, který zboží umístí jen podle toho, kdo více zaplatí.

5.2.8 Dodatečné jednostranné změny a úpravy obchodních podmínek a další sporné požadavky

Může jít o jednostranné požadavky na dodatečné slevy, dodatečné bezplatné dodávky, na prodloužení záruční doby, na dobu reakce na odběratelovy operativní požadavky apod. Podobné jednání nepřichází v úvahu u partnerů o stejné síle, resp. existuje-li možnost změny partnera, který takový nekorrektní požadavek na jednostrannou změnu vztahu prosazuje. U dominantního nebo monopolního partnera lze použít úpravy zákazu zneužití monopolního nebo dominantního postavení. Při stávající právní úpravě se však tento postup nedá použít vůči obchodnímu řetězci, který je v postavení subdominantním.

Kromě těchto nejčastějších sporných požadavků existují i další podmínky, jejichž posouzení může být ponecháno v rámci soukromoprávní úpravy, nebo se přímo podřizují veřejnoprávnímu zákonu.³⁷⁵ Jsou to např.

- platby za zařazení zboží do evidence výrobků předávaných odběratelům a úhrada za provoz elektronických zařízení;
- platby za využití distribuční sítě odběratele, platby za časově omezené umístění dodavatelova zboží v provozovně odběratele;
- různé platby za obchodní aktivity odběratele nebo jiné osoby;
- požadavky na provádění kontrol prostor výrobců anebo dodavatelů odběratelem;
- oprávnění kupujícím vrátit bez právního důvodu dodavateli na jeho náklady zboží;
- dokonce i jednostranné snížení ceny zboží zaplaceného před lhůtou splatnosti (jehož zákazem se vlastně předpokládá bezplatné poskytnutí bezúročného úvěru kupujícím prodávajícím);

³⁷⁵ Jak tomu bylo v případě již zrušeného slovenského zákona č. 172/2008 Z.z., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch, ktorý ovšem uplatňoval metodu taxativního výčtu takových zakázaných praktik a klauzulí, podobně jako ZVTS ve znění z r. 2009 ve svých přílohách.

- (již jen pouhé) vyžadování dodatečného nepeněžitého plnění účastníkem obchodního vztahu po odevzdání a převzetí zboží;
- právně nedůvodné přenesení sankcí uložených kontrolními orgány účastníkovi obchodního vztahu na druhého účastníka tohoto vztahu;
- omezení v možnostech postoupit pohledávku;
- dodatečné snížení dohodnuté ceny dodaného zboží odběratelem na náklady dodavatele bez zvláštní písemné dohody o důvodu a rozsahu takového snížení;
- plnění za neposkytnuté služby.³⁷⁶

Běžně se např. uznává oprávněnost jistého tlaku při cenových vyjednáváních, který nemusí být sám o sobě protisoutěžní ani z hlediska ochrany proti nekalé soutěži,³⁷⁷ natož pak z hlediska existenční ochrany soutěže. Hospodářská nerovnováha mezi stranami může být jedním z mnoha skutkových předpokladů pro protisoutěžní (nekalosoutěžní) jednání, ale nikoliv kritériem při rozhodování soutěžněprávních sporů.³⁷⁸ Kasuistické úpravy, které se pokoušejí v typově vymezených vztazích (předpokládajících automaticky významnou mocenskou nerovnováhu stran) upravovat nejen férový a informovaný vyjednávací proces, ale i konkrétní obsah smluv, míří opačným směrem.³⁷⁹ Vycházím z předpokladu dostatečnosti obecných korektivů soukromoprávní ochrany obsahové správnosti právních jednání mezi stranami, z nichž žádná nemá tržní moc. Tato ochrana je velmi široká a vztahuje se nejen na obsah tzv. smluv standardních uzavřených adhezním způsobem, ale i na smlouvy individuálně sjednané.³⁸⁰

³⁷⁶ Kriticky komentuje tato ustanovení CSACH, 2009, op. cit., s. 258–279. Podrobný rozbor těchto a jiných požadavků podle platné české úpravy obsahuje kapitola 7.

³⁷⁷ Srov. JUNGG, R. D. *Die Ausübung wirtschaftlicher Macht als unlauterer Wettbewerb?* Berlin: Duncker & Humblot, 1997, s. 26, 167 a tam citovaná německá judikatura (BGH GRUR 1982, s. 737 a násl., OLG Düsseldorf, BB 1980, s. 1341), řešící rabat za otevření filiálky, který poskytli dodavatelé maloobchodníkovi, jenž vůči nim měl silnější vyjednávací pozici.

³⁷⁸ Tamtéž, s. 176.

³⁷⁹ Příkladem může být slovenský zákon č. 140/2010 Zb., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch medzi odberateľom a dodávateľom tovaru, ktorým sú potraviny. Ten obsahuje velmi podrobný a navíc uzavřený výčet zakázaných ujednání ve vztazích mezi dodavateli a obchodními řetězci.

³⁸⁰ K tomu srov. výše citovanou analytickou monografii CSACH, 2009, op. cit., zejm. s. 29 a násl., s. 139 a násl. Ve specifické oblasti a komparativním způsobem srov. ADELMANN, N. *Die Grenzen der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 2008.

5.3 Asymetrie v obchodních vztazích jako důvod obsahové kontroly smluv

Ať už je názor na to, že ve vztazích mezi obchodními řetězci a jejich dodavateli něco nefunguje tak, jak by mělo, spíše intuitivní a možná i ideologicky předpojatý, nebo je založen na tvrdých datech, panuje většinová shoda na tom, že výrazná nerovnováha ve vyjednávací síle partnerů je živnou půdou pro uplatňování neférových obchodních praktik, které nutí slabší smluvní stranu ke spolupráci na hranici rentability, zbavuje ji prostředků k inovacím³⁸¹ a ohrožuje i kvalitu zboží a zdraví spotřebitele. Neprůhlednost trhu, rozdíly ve vyjednávací síle stran a protisoutěžní praktiky již narušily podle Komise trh s potravinami jako celek a konkurenci na něm.³⁸²

Snaha „něco s tím udělat“, podpořená zájmovými skupinami prvovýrobců a zpracovatelů³⁸³, kteří jsou dodavateli řetězců, se setkává spíše s pochopením široké veřejnosti, ale problém, který si uvědomuje zejména veřejnost odborná, je charakter a rozsah eventuálních regulatorních zásahů. Jde o to, zda by regulace tržní síly na straně poptávky měla přesahovat stávající veřejnoprávní regulaci zneužití dominantního postavení podle ZOHS, resp. zneužití tržního postavení podle zákona o cenách, či soukromoprávní regulaci splatnosti faktur a úpravu nekalé soutěže podle ObčZ. Obchodní řetězce se pohybují v jakési „šedé zóně“ mezi absencí tržní síly a dominantním postavením na trhu. Je jich dost na to, aby dominantního postavení nenabýly, ale na druhé straně málo na to, aby se jejich dodavatelé mohli ubránit diktátu obchodních podmínek ze strany kupujících tím, že by přešli k jinému odběrateli.

³⁸¹ Tento lineární vztah mezi škodlivou poptávkovou silou a snižováním motivace výrobců k motivacím je však spíše jen účelovým konstruktem odůvodňujícím silové postupy proti odběratelům. Nepotvrzuje jej ani evropská studie *The Economic Impact on Modern Retail on Choice and Innovation in the EU Food Sector* z roku 2014 (op. cit.). Pokud může výrobce typicky dodávat své zboží více odběratelům, neuplatní se tvrzený problém a nebezpečí tzv. *hold-up*, ale výrobce má naopak o motivaci k inovacím více právě proto, aby si zlepšil svoje možnosti vnější volby (*outside options*). Srov. též HAUCAP, et al., 2015, op. cit., s. 609.

³⁸² Srov. výše cit. Sdělení Komise Evropskému parlamentu COM (2009)591 z 28. 10. 2009 o lepším fungování potravinářského řetězce v Evropě, s. 13.

³⁸³ Je těžké zhodnotit, zda jde o prvoplánový skupinový lobbismus nebo objektivní zájem, nebo o obojí (nebo zda se jen férově lobbuje za objektivní zájem?). V oně podpoře totiž může být obsaženo všechno a v různém poměru.

V podobných „šedých zónách“ hrozí nebezpečí falešných pozitiv i falešných negativ regulace. Standardní a původně opodstatněné klíše o tom, že Evropská unie více chrání spotřebitele a malé a střední podniky a že ve světě (zejména pak v USA) panuje liberálnější trh a ostřejší konkurence ve prospěch spotřebitelů, dostává trhliny.

Tzv. „přirozená pravidla“ obchodu, která vycházejí z přirozeného rozdílu ve vyjednávací síle jakýchkoliv partnerů, jsou atakována ohledy na ochranu slabší strany. Na oněch pravidlech není samozřejmě nic přirozenějšího než na jakýchkoliv jiných konsenzuálních normách, takže součástí oné „přirozenosti“ se mohou během delší doby stát i ochranné hodnoty. I Kongres USA již zkoumal, jak by se mělo postupovat prostředky antitrustového práva proti agresivním nákupním praktikám používaným silnými kupujícími v potravinářském sektoru.³⁸⁴

Problém významné (ačkoliv subdominantní) tržní síly se však netýká jen potravinářství, jakkoliv je v této oblasti nejozřejavější kvůli vazbě na ochranu spotřebitele a jeho blahobytu, kvůli strategickému významu potravinářství a zejména domácí produkce. Maloobchodní trh prochází výraznou proměnou a koncentruje se uvnitř národních trhů i přeshraničně. Tradiční národní diverzifikované trhy plné nezávislých samostatných maloobchodníků se již delší dobu přetvářejí v odvětví ovládaná malým počtem hráčů³⁸⁵ působících v řadě zemí. Tento trend je výrazně patrný i v ČR.³⁸⁶ S rostoucí koncentrací a tržní silou roste přirozeně i možnost jejích nabyvatelů vynucovat si – touto silou podmíněné – výhodnější cenové a další podmínky.

Jakmile se zanedbala *ex ante* kontrola koncentrací v sektoru maloobchodu (s argumentem, že po spojení nedosáhnou tržní dominance), vrací se problém v dlouhodobém tlaku dodavatelů na *ex post* kontrolu oné významné

³⁸⁴ Srov. NIHOUL, P.; LÜBBIG, T. The Next Big Question in Competition Law: How do we Treat Buyer Power? *Journal of Competition Law and Practice*, 2011. vol. 2, no. 2, s. 107.

³⁸⁵ Srov. LÜCKING, J. *Retailer Power in EC Competition Law*. New York: Fordham Corporate Law Institute, 2001, s. 467, 473.

³⁸⁶ Podíl maloobchodních řetězců na tržbách se odhaduje na více než 60 % (srov. LUŇÁKOVÁ, 2012, op. cit., s. 17). „Již v r. 2006 jsme s dvaceti superobchody na milión obyvatel předběhli všechny [...] z postkomunistického bloku“. Maďarsko jich mělo polovic, Polsko třetinu, blížilo se nám Slovensko – srov. TREŠŇÁK, P. Den, kdy zvítězil hypermarket. *Respekt*. 2006, č. 33, s. 113.

(nikoliv však dominantní) tržní síly kupujících, která nevedla při povolení koncentrace.³⁸⁷ Protože tržní moci ve smyslu antitrustových předpisů kupující nedosáhli, jejich kontrola se účelově chce vztahovat k jakési významné tržní síle (jež ovšem není tak významná, aby se vůbec dala zneužít ve smyslu ZOHS). Účel takové ochrany je však evidentně individuálně ochrannářský (ochrana malého a středního dodavatele), a nikoliv institucionálně ochrannářský (ochrana soutěže jako veřejného statku).

Právně politický problém spočívá v konkurenčním postavení této *individuální* ochrany malých a středních dodavatelů na jedné straně, a depersonifikované (institucionální) ochrany *soutěže* mezi těmito dodavateli navzájem, ochrany soutěže mezi velkými distributory navzájem a ochrany spotřebitele na straně druhé. Regulace obchodů, v nichž na straně poptávky vystupují tzv. velké řetězce, narušuje soutěžní boj mezi nimi samotnými a zkrsluje soutěž i na straně nabídky. Přesun zisku od prodávajících ke kupujícím (označovaný též mnohdy jako vykořisťování prodejců velkoobdoběrateli) umožňuje kupujícím přenést jeho část na spotřebitele v podobě nižších cen. Je tedy takový přesun, který vytváří až mezní tlak na efektivitu dodavatelů, v zájmu spotřebitelů, pokud se nižší nákupní cena na ně přenesou v podobě snížené maloobchodní ceny. Cenový tlak odběratele na prodávajícího samozřejmě může vést i ke snížení kvality zboží při stanovené ceně, což v zájmu spotřebitele naopak není.³⁸⁸

Protiargumentem je možná redukce dodavatelů, kteří tak náročné podmínky ekonomicky neunesou, likvidace domácí potravinářské produkce, dopady na zaměstnanost, zvýšení závislosti na dovozu potravin, tlak na snížení kvality potravin v zájmu udržení ceny, atp. Máme tedy co do činění s typickým konfliktem krátkodobého a dlouhodobého hlediska. V něm je přirozeně to dlouhodobé hledisko ve slabší pozici, neboť se opírá o teoretické konstrukce, dohady a modely, zatímco krátkodobé hledisko argumentuje okamžitými výhodami pro spotřebitele.

³⁸⁷ Srov. SCHMIDT, I. Verschärfung der Preissmissbrauchsaufsicht im Handel. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2007, no. 6, s. 563.

³⁸⁸ Klíčové je zjištění, zda nákupní síla vede ke snížení nákupních cen, které se odrazí v nižších spotřebitelských cenách, nebo ve zvýšení kvality, a nebo zda kupující prostě jen získá zboží za minimální cenu a poté konečnou cenu pro spotřebitele zvýší a/nebo kvalitu sníží. Srov. BLOCH, BROWN, 2008, op. cit., s. 37.

5.4 Obsahová kontrola smluv a adaptace prodejců na nové podmínky distribuce

Změna spotřebního chování lidí a změna stylu života spojená s rozvojem obchodních řetězců poskytujících nejen nákupní možnost, ale i alternativu trávení volného času druhu „*homo consumens*“, je nepopiratelná. Nic na tom již nezmění, že nás konzervativní myslitelé již před nástupem tohoto druhu distribuce varovali, byvše poučení neblahými zkušenostmi ze svých zemí.³⁸⁹

Do nákupních zón se postupně stahují typické „městské funkce“ (restaurace, banky, kina, sportoviště, ordinace lékařů apod.) a spirála závislosti spotřebitele na těchto centrech se tak dále roztáčí³⁹⁰ a „tlaku systému“ podlehou nakonec i ti, kteří jej původně chtěli bojkotovat.³⁹¹

Rozvoj obchodních řetězců je evidentně jedním z projevů autonomního civilizačního samopohybu, jenž se vymkl kontrole a na nějž se konzumní společnost jej generující již adaptovala. Pokud přináší spotřebitelům výhody a ti již vyžadují a preferují nový způsob prodeje (*one-stop-weekly-shopping*) a stojí o další s ním spojené společenské funkce, nelze předepisovat (podle jakých kritérií?), že nejde o tzv. spotřebitelský blahobyt, jímž operují i doktrína a judikatura o ochraně spotřebitele a o ochraně soutěže.

Malí střední dodavatelé se musejí tomuto trendu prodeje přizpůsobit; těžiště jejich ekonomiky se již dávno přesunulo do dodávek super- a hypermarketům a tito dodavatelé jsou na nich mnohdy životně závislí. To platí zejména v sektoru potravinářského zboží, kde z povahy věci nemá reálnou protiváhu konkurence virtuálních internetových obchodů, jako je tomu u trvanlivějšího spotřebního zboží. Hypotetický racionální spotřebitel zcela

³⁸⁹ Roger Scruton např. pesimisticky konstatuje, že „*cenou za levné potraviny je ztřeštější svět, v němž se nedá žít*“ (SCRUTON, R. Globální ohrožení. *EURO*. 1998, č. 8, s. 40). Obchodní řetězce, které se původně orientovaly na větší města, již před léty (po jejich obsazení) zaměřily k městům pod 5 tisíc obyvatel (srov. KUČERA, J. Přetopený kotel: komerční nemovitosti—expanze supermarketů. *Hospodářské noviny*. 22. 1. 2006, komerční příloha, s. 18).

³⁹⁰ Zatímco v r. 2001 fungovalo u nás 20 442 původních prodejen, v roce 2010 již jen 14 706. Zavřeny byly zejména malé obchody s plochou do 50 metrů čtverečních. „Český tradiční trh postupně vymírá. V poslední době v důsledku tlaku moderního obchodu, ale také vietnamských podnikatelů“ (srov. Český tradiční trh vymírá, drtí ho obchodní řetězce a podnikaví Vietnamci. *Novinky.cz* [online], publikováno 2. 2. 2012, dostupné na <http://www.novinky.cz/ekonomika/257951-cesky-tradicionni-trh-vymira-drti-ho-obchodni-retezce-a-podnikavi-vietnamci.html>). Od té doby došlo k další redukci.

³⁹¹ Srov. Třešňák, 2006, op. cit., s. 15.

logicky hledá laciné a kvalitní zboží v optimálním poměru a prodávající se snaží takové zboží nabídnout a nutí svoje dodavatele k odpovídajícím obchodním podmínkám, z nichž těží jak distributoři („maloobchodní“ velcí prodejci), tak zprostředkovatelé i spotřebitelé. Soutěž na straně nabídky se vyhrcoje na samotnou hranu rentability dodavatelů; substituce prodejních cest je prakticky vyloučena nebo je možné přejít jen k jiným řetězcům s podobnými podmínkami. V právní rovině nelze řešit sociologicko-filozofické problémy orientace spotřebního chování,³⁹² ani činit právo nástrojem ideologie.³⁹³ Právní politika je jedním z reflexů boje mezi různými skupinovými zájmy.

Dílčí závěr nemůže odhlížet od toho, že se i při obsahové kontrole tzv. správnosti smluv jedná především o zájmové konflikty a vyvažování (či někdy spíše „přetahování“ a „přetlačování“). Výsledek bude záviset především na politické (lobbistické) síle zájmových skupin spotřebitelů, malých a středních dodavatelů a maloobchodních řetězců. Nejméně organizováni jsou tradičně spotřebitelé (o jejich lobby lze sotva hovořit a volební podpora jednou za čas se od této regulace určitě neodvívá). Půjde tedy o silové poměry mezi politickými proponenty a zastánci zemědělců a potravinářů, a na druhé straně velkých řetězců.

³⁹² Viz ironické konstatování, že „*cesta ke spáse vede jen skrz rozmach spotřeby*“, resp. programatická naděje, že se „*zřekneme fetišismu neustálého růstu komerčních potřeb*“, a že „*hyperkonzumní společnost dožije a ustoupí novým prioritám, novým představám o společenské existenci a o kvalitě života*“. (srov. LIPOVETSKI, G. Paradoxní štěstí. *Prostor*. 2007, s. 22–23).

³⁹³ ŠTROPNICKÝ, M. Malá pomoc malým. *Literární noviny*. 2009, č. 12, s. 9, vyjadřoval v souvislosti s tehdy navrhovanou úpravou v zákoně o významné tržní síle naději, že „*kerocení kapitalismu pozvolna začíná i u nás*.“

6 NEKALÉ OBCHODNÍ PRAKTIKY MEZI PODNIKATELI JAKO FORMA ZNEUŽITÍ SILNĚJŠÍ VYJEDNÁVACÍ POZICE

Problémy spojené s informační, mocenskou a kognitivně racionální asymetrií smluvních stran se tradičně a docela konsenzuálně řeší v té nejostřejší konstelaci, jež se projevuje v tzv. spotřebitelských smlouvách (ve vztazích B2C). Faktická nerovnost stran jako jinak zcela přirozený jev hospodářského života v nich nabývá takové míry, jež se většinou pokládá za disfunkční a ohrožující principy spravedlnosti a ekvivalence. Masovost těchto smluv a snadná zneužitelnost očividné asymetrie vyvolala sociální tlak na regulaci ochrany slabší strany nejen prostředky práva soukromého, ale práva veřejného.

Tyto okolnosti silně ovlivnily oblast tradičního liberálního smluvního práva, a projevíly se jak v jeho doktríně, tak i v legislativní činnosti; ochránářská ustanovení proti neférové kontraktační proceduře a neférovému obsahu spotřebitelských smluv se stávají stále významnější součástí smluvního práva.³⁹⁴ Konstatuje se někdy dokonce až extaticky, že klasická teorie smlouvy je ve vztahu ke spotřebiteli a k jeho racionalitě mrtvá, a že se soudy musejí přeorientovat z tradičního posuzování pouhé *procedurální* spravedlnosti na prosazování spravedlnost *materiální*.³⁹⁵

Hledisko férovosti a její kritéria jsou klíčová, neboť i v podmínkách nerovnováhy vyjednávacích sil by měly smlouvy plnit funkci nástroje alokační efektivity, stimulovat výrobní a dynamickou (inovativní) efektivnost a skrze soutěžní tlak podporovat blahobyť. Tyto podmínky ovšem nejsou splněny vždy a některé mocenské konstelace smluvních stran naopak mohou blahobyť snižovat i v případě, že silnější partner nedosáhne tržní dominance, ale jen výrazné relativní „dominance“ ve vztahu k druhému partnerovi.³⁹⁶

³⁹⁴ Jde o jev celosvětový. Srov. TOKELEY, K. New Zealand Moves to Prohibit Unfair Terms: A Critical Analysis of the Current Proposal. *The University of Western Australia Law Review*. 2013, Issue 1, vol. 37, s. 109 a násl.

³⁹⁵ Tak SIMS, A. Unfair contract terms: a new dawn in Australia and New Zealand? *Monash University Law Review*. 2013, vol. 39, no. 3, s. 739 a násl. Zdá se, že jde o trend i v právu evropském—srov. komentář k zásadnímu rozhodnutí SD EU v případě *RWE* z 21. 3. 2013 (C-92/11) - MICKLITZ, H. W.; REICH, N. Von der Klausel- zur Marktkontrolle. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2013, s. 457.

³⁹⁶ Srov. CHENG, GAL, 2015, op. cit.

Poněkud stranou se odsouvá nelogičnost funkčního kritéria neférové praxe jakožto takové, která dostává chráněný subjekt do situace výrazné nerovnováhy ve vztahu k druhé straně. *Kauzalita* a *rozumná zdůvodnitelnost* takové praxe by měly být zkoumány přísně individuálně a v reálném kontextu. Samotná soutěž a tržní „mechanismus“ samozřejmě nezajišťují všeobecný blahobyt; někoho naopak uvrhnou do bída nebo jej existenčně zničí. Právo a soutěžní politika mohou přispět k tomu, že se tak neděje nepoctivými a morálně nepřijatelnými (nekalými³⁹⁷) způsoby.

6.1 Dopad vyjednávací převahy na trh, konkurenty a spotřebitele

Jednostrannost a zájmová stranickost ve prospěch ochrany slabšího, ať už je to spotřebitel, nebo třeba malý a střední podnik (podnikatel), nebo o prostě jen „obecně slabší strana“, může vést k „pozapomenutí“ skutečnosti, že jde o optimalizaci zájmového konfliktu. To zpravidla znamená, že jedné hodnoty se docílí částečně nebo zcela na úkor hodnoty jiné. Uznání legitimitu jednoho zájmu neznamená, že jiné zájmy či hodnoty legitimitu ztratily. Poměřovat se musí i hledisko časové - nesporná krátkodobá hodnota a prospěch nejsou rovnocenné jiné hodnotě nebo prospěchu dlouhodobému, jenž byl potlačen nebo obětován kvůli krátkodobému prospěchu.

Hodnotami konkurenčními k ochraně slabší smluvní strany, požadované kvůli nerovnováze vyjednávací síly, mohou být zejména svoboda smlouvy, svoboda obchodování, svoboda soutěže, ale také třeba efektivní fungování některých odvětví.³⁹⁸

³⁹⁷ Nekalostí rozumím morální nepřijatelnost v *oboustranném* obchodním vztahu v nejširším slova smyslu, bez ohledu na vymezení nekalých obchodních praktik ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách nebo na zákonné vymezení skutkových podstat nekalé soutěže.

³⁹⁸ Konstatuje se např., že pokud by spotřebitelé nebyli ochotni akceptovat „jednostranné“ smlouvy, některá odvětví by nemohla fungovat, aspoň ne v dosavadní podobě. V tomto směru se podobají spotřebitelé zaměstnancům nebo učňům. Srov. HEVRON, A. Legitimate Interests and Unfair Terms: The other threshold test. *The University of Western Australia Law Review*. 2013, Issue 1, vol. 37, s. 259–260; odkazuje se na vyšetřovací zprávu australské Komise pro produktivitu z roku 2008. Svoboda se ostatně vždy dá pozorovat a hodnotit ze dvou úhlů pohledu: jednak jako *svoboda ke* aktivní činnosti, ale také jako *svoboda od* něčeho zabráňujícího. Srov. WOITTONOVÁ, B. *Plánování a svoboda*. Praha: Jan Laichter, 1947, s. 18.

Ve prospěch funkčního obchodu jakožto ekonomického pojiva společnosti se mohou některé hodnoty ohrožovat nebo obětovat, přinejmenším částečně. Vždyť např. i u hospodářské soutěže jakožto základu pro fungování tržní ekonomiky se připouští legální omezení za určitých zákonem daných předpokladů, které zahrnují zlepšení výroby, distribuce (výrobní a alokační efektivnosti), technického a hospodářského rozvoje (dynamické efektivnosti); pokud je dodržena proporcionalita vzhledem k rozsahu a stupni narušení soutěže a pokud se na výhodách z toho plynoucích přiměřeně podílejí spotřebitelé.³⁹⁹

Vyjednávací převaha v důsledku mocenské asymetrie mezi stranami je přítomna i v případě, že jedna ze stran má dominantní postavení na příslušném relevantním trhu, a ne tedy jen ve dvoustranném vztahu a v jednotlivé dílčí transakci. Takové postavení se musí zjistit pomocí zákonných (judikatorně upřesňovaných) testů na dominanci. Pokud se chování takové dominantní strany právně omezuje, pak nikoliv z důvodu ochrany jejího slabšího partnera, ale kvůli ochraně soutěžního prostředí.

Významná vyjednávací síla se dá zneužít i bez dopadu na soutěž nebo na blahobyt spotřebitele a může mít vykořisťovatelský charakter. Slabší partner je na spolupráci se silnějším (byť subdominantním partnerem) odkázán podobně, jako jsou partneři závislí na dominantovi disponujícím tzv. podstatnými zařízeními (*essential facilities*), bez nichž není možný přístup na trh, přičemž ale pro zneužití pouze vyjednávací síly uzavření trhu jako celku není nutné.

Při tvrzeném zneužití silnější vyjednávací pozice pouze ve dvoustranném právním vztahu není údajně zneužívající subjekt v postavení, kdy by mohl ohrozit existenci nebo funkčnost hospodářské soutěže jakožto veřejného statku. Proto se zájmový střet se slabší stranou dovolává „jen“ argumentu neférovosti procedury vyjednávání nebo docíleného obsahu smlouvy.

Podobně jako u posuzování legitimacy případného omezení soutěže spojeného s kompenzací ve formě vyšší efektivnosti a přínosů pro spotřebitele by se i zásahy do svobody smlouvy a smluvní autonomie měly hodnotit podle toho, zda přinášejí nějaký prospěch obecně či spotřebitelům, a nikoliv jen těm, kteří si na údajné neférové podmínky a neekvitu stěžují a touto cestou chtějí dosáhnout toho, co se jim v rámci negociace nepodařilo prosadit.

³⁹⁹ Srov. § 3 odst. 4 ZOHS, čl. 101 odst. 3 SFEU.

Zájmový střet si nelze uměle odmyslet od řádné právní regulace, a to ani od úpravy tzv. nepoctivých obchodních praktik. Chránit se dá technicky vzato téměř cokoliv a téměř cokoliv se dá také potřebou ochrany nějakých zájmů zdůvodnit; otázka je jen, zda a v jakém rozsahu ona ochrana přináší makroekonomický nebo jen mikroekonomický prospěch.

Nejistota o tom, zda vůbec existuje silnější vyjednávací pozice a o tom, zda ji silnější strana prostě korektně využila nebo již zneužila, může vést ke zvýšení právní nejistoty a k růstu transakčních nákladů na úkor smluvních stran a v důsledku i spotřebitelů. I proto jsou pochopitelné snahy tuto nejistotu nějak strukturovat a stanovit jasnější až kasuistická pravidla, podle nichž lze identifikovat nepoctivé obchodní jednání jakožto důsledek silnější vyjednávací pozice i mezi podnikateli.

Směrnice o nekalých obchodních praktikách⁴⁰⁰ usiluje o harmonizaci postupu vůči nekalým obchodním praktikám v EU a přitom argumentuje tím, že míří na vyšší ochranu spotřebitele, na lepší fungování vnitřního trhu a na zdokonalení soutěže na trhu. Jde tedy o variaci na téma obecného blaha a užitku. Měřítkem pro vnímání nekalosti je tzv. průměrný spotřebitel. Přitom se poukazuje na to, že toto kritérium neodráží dostatečně přesně reálné chování spotřebitelů, kteří nejsou racionálními a standardizovaně se chovajícími bytostmi podle teoretických předpokladů.

Dovozuje se, že by bylo vhodnější zaměřit se na určité zvláště zranitelné cílové skupiny diferencovaných spotřebitelů typu teenagerů nebo dětí, nežli na mnohem abstraktnějšího průměrného spotřebitele. Měřítka průměrného spotřebitele je totiž pro takové skupiny nedostatečné. Jde o kompromisní řešení, které ovšem předpokládá, že se ony skupiny musejí přesně definovat tak, aby to bylo rozumně předvídatelné i pro obchodníky.⁴⁰¹ Jedná se o výjimku z přístupu pokládajícího za hlavní hledisko měřítko

⁴⁰⁰ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách)

⁴⁰¹ Srov. DUIVENWOORDE, B. B. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. Springer International Publishing, 2015, s. 230.

tzv. průměrného spotřebitele. Průzkumy ovšem dokázaly, že některé skupiny (malé děti) jsou *obecně* zranitelnější než průměrný spotřebitel, ale jiné (starší lidé) jen v *závislosti* na řadě okolností.⁴⁰²

Pokus o extrapolaci přístupů směrnice o nekalých obchodních praktikách - formou Zelené knihy o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinářského a nepotravinářského zboží - i na vztahy mezi podnikateli (B2B) již tak přímočaré zdůvodnění veřejným zájmem nemá a postrádá i přesné vymezení chráněných osob.⁴⁰³ Sofistikovanost a diferencovanost hodnocení zranitelnosti chráněných spotřebitelů nemá zatím při pokusu o zmíněnou extrapolaci postupu proti nekalým obchodním praktikám mezi podnikateli (při výrazné vyjednávací převaze obchodních řetězců vůči dodavatelům) paralelu. Spíše než na ochranu podprůměrného spotřebitele se míří na ochranu spotřebitele průměrného a neklade se důraz na povinnost silnější strany nechovat se nepoctivě, ale spíše na bdělost a ostražitost teoreticky racionálního spotřebitele.

Plošně chránit některé podnikatele jen kvůli jejich strukturálnímu postavení v dodavatelsko - distribučním řetězci, předpokládat jejich omezenou racionalitu z téhož důvodu nebo kvůli jejich nedostatečné ekonomické velikosti nebo síle, jež se projevuje v menší síle vyjednávací, a zavádět tak odlišné a různě stupňovatelné ochranné režimy - to vše by mohlo být ve vztazích B2B velmi kontraproduktivní. Narušilo by to podmínky rovné soutěže, vytvářelo by to kategorie zvláště chráněných (a méně odpovědných) podnikatelských subjektů a diskriminovaných konkurentů nechráněných. Tato přehnaná ochrana je druhem přeregulace s řadou falešných pozitiv.

Nelze rozumně nic namítat proti tomu, aby se v každém jednotlivém případě kdokoliv bránil proti zneužití práva a nepoctivosti individuálně a prostředky soukromého práva; umělá kategorizace privilegovaně chráněných podnikatelů na základě vágních kritérií však může poškodit soutěž a v důsledku i spotřebitele.

Pokud je subjekt s vyšší vyjednávací silou současně tržně silný, lze jej omezovat strategicky a strukturálně v dalším růstu prostřednictvím *kontroly fúzí*; je možno kontrolovat jeho chování podle pravidel o *zákazů zneužití*

⁴⁰² Tamtéž, s. 237.

⁴⁰³ Podrobněji se otázkou zabývá v subkapitole 6. 4.

dominantního postavení; dá se případně uplatnit i *cenová kontrola*; využít se dají prostředky ochrany proti *nekalé soutěži* a v případě vztahů mezi podnikatelem a spotřebitelem i právní nástroje *ochrany spotřebitele*; roli hrají i odvětvové etické kodexy, které mohou velmi selektivně specifikovat jednotlivé nekalé obchodní praktiky a podmínky, jež se na úrovni zákona dají zachytit jen velmi obecně prostřednictvím (přirozeně a nutně rozmlžených) generálních klauzulí.

Snaha menších a méně efektivních soutěžitelů a dodavatelů efektivních distribučních řetězců zavést nová přesnější pravidla určující, co je a co není obchodně slušné a přípustné, může být vedena čistými úmysly a snahou o prosazení ekonomicky podloženého principu slušnosti, ale také pouhým zklamáním z toho, jak z jejich hlediska nepříznivě dopadá výsledek soutěžního procesu, který chtějí touto cestou a pod záminkou prosazování „poctivosti“ lobbisticky korigovat.⁴⁰⁴

6.2 Využití a vykořisťovatelské zneužití silnější vyjednávací pozice

Rozdíl mezi využitím a zneužitím čehokoliv v právu je rozdílem kvalitativního hodnocení, a je tedy dán tedy především vymezením *kritérií* hodnocení a míry *diskrece* při jejich aplikaci, jakož i *hodnotovým nastavením* hodnotitele a situačním a dobovým *kontextem* (zvyklostmi a očekáváním). Ani využití silné tržní pozice (dominance) nelze zakázat, pokud je rozumně ospravedlnitelné. Tzv. zvláštní odpovědnost dominantního soutěžitele a ještě vyšší odpovědnost superdominanta samozřejmě nevyklučuje sama o sobě jeho „korektní“⁴⁰⁵ jednání, jež je ekonomicky a manažersky rozumně odůvodnitelné a není předurčeno dominantní pozicí (jiný nebo tentýž soutěžitel by se v takové situaci zachoval stejně, i kdyby byl v subdominantní pozici).⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Podobně FELS, A.; LEES, M. Unconscionable conduct in the context of competition law with special reference to retailer/supplier relationships within Australia. Dosud nepublikovaný referát na *10th ASCOLA conference*, Tokyo, 21. 5.–23. 5. 2015.

⁴⁰⁵ Již to je hodnotové hledisko.

⁴⁰⁶ Srov. rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 6. října 1994 ve věci T-83/91 *Tetra Pak Rausing v Commission*, bod 115. Tvrdí se tam, že zvláštní odpovědnost spočívající na dominantním soutěžiteli je nutno posuzovat podle specifických okolností každého jednotlivého případu a vzhledem k oslabené soutěži, jak ji potvrzuje analýza konkrétního případu.

Analogie platí i v případě ev. tvrzeného zneužití silnější vyjednávací pozice – jen s tím rozdílem, že kritéria pro identifikaci takového postavení samotného a jeho zneužití jsou ještě neurčitější nežli u dominantního postavení.

Přestože jsou hranice mezi vylučovacím a vykořisťovatelským zneužitím dominance plynulé a nezřídka se důsledky zneužití tržní pozice funkčně překrývají, u *zneužití vyšší vyjednávací síly* je - vzhledem k bilaterálnímu charakteru deliktu a k nedostatku tržní moci způsobilé někoho vyloučit z trhu - možné uvažovat jen o ev. zneužití *vykořisťovatelském*.

V této souvislosti je nutno připustit, že ani zákaz tzv. vykořisťovatelského zneužití dominantního postavení na trhu nemusí směřovat především k ochraně soutěže, jako spíše k ochraně soutěžitelů nebo spotřebitelů. Vede-li vykořisťování dominantem či monopolistou k odchodu vykořisťovaného z trhu, proto, že nastal problém tzv. *hold-up*,⁴⁰⁷ jednalo by se již o zneužití vylučovací, a nikoliv pouze vykořisťovatelské.

Rovněž argumentace, že vykořisťování dodavatelů s nižší vyjednávací silou poskytuje vykořisťujícím soutěžní výhodu oproti konkurentům, kteří svoje slabší partnery nevykořisťují,⁴⁰⁸ je jistě možná a mnohdy pravdivá, ale neodůvodňuje veřejnoprávní zásah do poctivosti soutěže – o ni totiž v takovém případě jde, a nikoliv o veřejnoprávní ochranu soutěžního prostředí, které jako celek jednáním vykořisťujícího existenčně ohroženo není.

Nepřímá újma soutěži v její *kvalitativní* stránce neznamená přímé *existenční* ohrožení, zkresení, narušení nebo vyloučení soutěže. Tvrzené vykořisťování vůči vícero dodavatelům nebo dokonce tvrdý plošný (nediskriminační) tlak vůči všem v určitém sektoru (jaký se odehrává třeba právě v oblasti potravinářské distribuce), který mohou jeho adresáti subjektivně pokládat za vykořisťovatelský, může naopak soutěž mezi dodavateli zostřit, může

⁴⁰⁷ Označují se tak situace, kdy je jeden partner závislý na druhém partnerovi proto, že kvůli spolupráci s ním ve specializované oblasti (specifické výrobky či transportní a skladovací technologie apod.) musel provést specifické investice, které se nedají umoit jinak, než dlouhodobější spoluprací právě s tímto partnerem. Tzv. zapuštěné náklady nutí tohoto investovavšího partnera setrvat ve vztahu s druhou stranou i za podmínek, které by bez vynaložení oněch investic (za normálních podmínek) neakceptoval. Svoboda vůle a flexibilita (možnost přejít k jinému partnerovi) investora jsou výrazně ovlivněny.

⁴⁰⁸ Tak FUCHIKAWA, K. Legal Analysis of the Japanese Subcontract Act: Focus on the Grocery Industry, dosud nepublikovaný příspěvek na *10th ASCOLA Conference*, Tokyo, 21. 5.–23. 5. 2015, s. 8.

je vést k inovacím a úsporám a může zvýšit spotřebitelský blahobyt. Oba scénáře, resp. různé modifikace, se mohou v hospodářství vyskytnout a je nutno posoudit možné dopady vždy v konkrétním případě.

Vykořisťování⁴⁰⁹ prostřednictvím zneužití vyšší vyjednávací síly předpokládá, že druhá (zneužívaná) strana utrpí nějakou obchodní nevýhodu, kterou by z hlediska tzv. normálních obchodních praktik neměla.⁴¹⁰ Nejasnost metodologická a definiční je evidentní – vykořisťování silnějším smluvním partnerem pomocí neférových praktik se vymezuje jako negace praktik normálních, a ty se zase vymezují jako absence vykořisťování, či vykořisťování „nerozumné.“ Standard posuzování praktik je velmi subjektivistický, a proto se kvůli jeho neurčitosti, nepředvídatelnosti a nedostatku právní jistoty leckde a leckdy přikračuje ke kasuistickým výčtům nepoctivých či neracionálních vykořisťovatelských praktik.⁴¹¹

Nespravedlivost či nepřiměřenost *obchodních podmínek* se dá rozlišovat podle toho, zda se týká *procedure* vyjednávání, nebo jejího výsledku a podstaty – *obsahu* obchodních podmínek. Ze samotného deficitu obsahové spravedlnosti nelze přitom dovozovat nedostatky v procesu kontraktace, ale ani naopak: nedostatky v procedurální rovině nemusí být v kauzální souvislosti s případnou obsahovou nepoctivostí obchodních podmínek.

⁴⁰⁹ Někdy se pro ještě větší komplikovanost hovoří o „nerozumném vykořisťování“, jako by se tedy přípouštěla míra vykořisťování rozumná. K tomu srov. TAKIGAWA, T. Regulating Abuse of Bargaining Position through the Competition Law: Japanese Regulation in Comparison with the EU's Exploitative Abuse Regulation; dosud nepublikovaný příspěvek na *10th ASCOLA Conference*, Tokyo, 21. 5. – 23. 5. 2015, s. 4. Pak bychom ovšem museli přijmout východisko, že vykořisťování protistrany je normální a běžnou podstatou každého obchodního vztahu, ale jen nesmí překročit nejasné hranice „rozumnosti“. Přitom je v každém normálním obchodě (nejde-li o diktát monopolisty) zřejmé, že žádná ze stran nedostane vše, co by si přála, ale že se mezi nimi musí dosáhnout zájmového kompromisu. Proto expanzi pojmu „vykořisťování“ nepokládám za terminologicky vhodnou bez ohledu na podstatu. Pojem „vykořisťování“ v sobě totiž tradičně zahrnuje již odsuzující negativní hodnotový prvek, a je-li ekonomické využití druhé strany „rozumné“, jako „vykořisťování“ se prostě neoznačuje.

⁴¹⁰ Přitom by se muselo brát v úvahu, jestli v celkové obchodní bilanci mezi parametry obchodního vztahu nebyla tato nevýhoda kompenzována vyšší mírou výhody jiného druhu.

⁴¹¹ Tak např. v návodech japonského antitrustového úřadu ke zneužití nadřazené vyjednávací síly se mj. za takovou praktiku pokládá jednostranné vynucování požadavku (bez dostatečné *discuse*–sic), aby druhá strana sbírala bez náhrady průmyslový odpad, pokud k tomu není povinna podle zákona–srov. TAGIKAWA, 2015, op. cit., s. 6.

Procedurální nespravedlnost je ovšem podle některých názorů předpokladem toho, aby se ev. substantivní nespravedlnost dala vůbec namítat. Procedurální spravedlnosti se dává přednost před spravedlností, pokud se spoléhá na sílu vlastního zájmu jednatelky osoby.⁴¹² Nestojí-li v cestě k prosazení těchto zájmů neinformovanost, netransparentnost a vady vůle, nemělo by se podle těchto názorů zasahovat do samotné podstaty ujednání. Právo by nemělo intervenovat do obsahu smlouvy bez důkazu o vadnosti vyjednávacího procesu; bez procedurální nepoctivosti by tedy neměla vůbec existovat substantivní nepoctivost.⁴¹³ Jestliže tedy smluvní strana špatně vyjednala smlouvu, aniž přitom byla jakkoliv krácena na svých procesních právech a aniž se projevila jakákoliv nepoctivost ve vyjednávání, neměla by být kompenzována za později tvrzenou obsahovou nepoctivost, ledaže by byla naprosto zřejmá vyjednávací nerovnováha.⁴¹⁴ To je třeba případ spotřebitelských smluv, pokud v nich nastane výrazná nerovnováha mezi právy a povinnostmi stran.

„Infekční nakažlivost“ tohoto přístupu i na vztahy mezi profesionály se ovšem někdy přiznává. Jevově mohou takové regulace vzbuzovat dojem, že upravují proceduru (zákaz sjednávat nebo usilovat o sjednání určitých podmínek), ale podstata je právě v tom, *co* se zakazuje, tedy v *substantivních* omezeních. Tak se např. ve francouzském obchodním zákoníku od r. 1996 sankcionuje odpovědnost za výraznou nerovnováhu práv a povinností smluvních stran; klauzule, které ji ztělesňují, by měly být podle navrhované změny *Code civil* dokonce ze smlouvy na žádost soudně odstranitelné.⁴¹⁵

Jde o taková ujednání (a dokonce o pouhou snahu o taková ujednání), která znamenají jednostrannou výhodu jasně disproporcionální vzhledem k poskytnuté službě; zakládající výraznou nerovnováhu mezi právy

⁴¹² *Self-interest/reliance* - srov. WILLET, Ch. Transparency and Fairness in Australian and UK Regulation of Standard Terms. *The University of Western Australia Law Review*. 2013, Issue 1, vol. 37, s. 73.

⁴¹³ Srov. BOSCO, D. Abuse Regulation in Competitin Law: Past, Present, Future. Dosud nepublikovaný příspěvek na *10th ASCOLA Conference*, Tokyo, 21. 5.–23. 5. 2015, s. 18.

⁴¹⁴ Tamtéž. Autor tu ovšem implicitně připouští výjimku—jako by zřejmá nerovnováha ve vyjednávací síle, přestože nevedla k procedurální nepoctivosti, byla sama procedurální nepoctivostí na straně silnějšího partnera. Tím by se zakládala jakási „zvláštní odpovědnost“ silnějšího za obsah ujednání (nikoliv jen za korektní negociační proceduru), byť by onen silnější partner nedosahoval dominantního postavení.

⁴¹⁵ Srov. francouzský *Code de commerce*, § L 442-6, I; *Projet de réforme du droit des obligations*, *Code civil*, § 1169, podle BOSCO, 2015, op. cit., s. 13–14.

a povinnostmi stran; získání výhody předem (nebo snaha o to ji získat) jakožto předpokladu vyřizování objednávky bez písemného potvrzení o poročním závazku na objem nákupů nebo požadovaných služeb; dosažení (nebo snaha o dosažení) jasně zneužívajících podmínek týkajících se ceny plnění, termínů plnění, prodejních nebo servisních podmínek nespadaajících mezi povinnosti kupujícího nebo prodejce, pokud je spojeno s hrozbou částečného nebo úplného ukončení obchodních vztahů; náhlé přerušování zavedeného obchodního vztahu bez předchozího písemného upozornění úměrného délce trvání obchodního vztahu a souladného s minimální výpovědní lhůtou podle odvětvových dohod a se standardní obchodní praxí.

Jedná se o kontroverzní ochranný přístup, jehož uplatnění není přitom závislé na statusu slabší strany, ale který se má uplatnit i pro všechny vztahy mezi profesionály, v nichž má ambice nastolit substantivní spravedlnost. Ovšem za pomoci velmi neurčitých pojmů (tautologického typu „zneužívající klauzule“), které se musejí vyložit kontextově, což může vést k velmi rozdílným výsledkům. Závislost pouze na okolnostech právní jistotu neposiluje.⁴¹⁶

Jiné hledisko trvá na nezávislosti a oddělenosti procedurální a substantivní spravedlnosti (tvrdí se tedy, že substantivní nespravedlnost nemusí být důsledkem nespravedlnosti procedurální, a že není pravda, že bez procedurální nespravedlnosti se o substantivní nespravedlnosti vlastně nedá hovořit). Zdůvodňuje se to malou vyjednávací silou některých partnerů, kvůli níž nejsou s to donutit silnější protistranu ke změně obchodních podmínek nebo k jejich větší férovosti, pokud navíc není pravděpodobné, že by ti slabší partneři vůbec mohli na trhu najít alternativní a férovější podmínky, které by nabízeli jiní obchodníci.⁴¹⁷ V takových případech se trvá na podřízenosti obchodních podmínek i substantivní kontrole.

⁴¹⁶ O jisté akademičnosti a pouhé symboličnosti takové regulace svědčí i to, že se téměř neuplatňuje (jak konstatuje BOSCO, 2015, op. cit., s. 16). Je to vyvoláno tím, že oběti podobných praktik bývají v překerní situaci a raději strpí zneužití, než by riskovaly žalobu na těžko nahraditelného partnera, která by mohla znamenat jeho ztrátu. Proto se ve Francii podle obchodního zákoníku (§ L. 442-6-III) zmocňují některé veřejné orgány včetně ministra hospodářství, aby zneužívající stranu žalovaly, a to i když se žalobou oběť zneužití nesouhlasí.

⁴¹⁷ Srov. WILLET, 2013, op. cit., s. 75.

Tento přístup je pochopitelnější u vztahů B2C, ale snahy o jeho rozšíření v rámci konceptu jednotného smluvního práva i na vztahy B2B lze také pozorovat.⁴¹⁸ Je přitom očividné, že požadavek „normálnosti“ či „rozumnosti“ ujednaných podmínek, s nimiž obě strany souhlasily, ale jedné z nich se pouze líbí méně, ačkoliv s nimi souhlasila, přičemž nebyla při jednání o nich porušena žádná pravidla procedurální spravedlnosti, je v podstatě zbaven jakéhokoliv zákonného obsahu překračujícího obecné limity dobrých mravů.

Obsah takových zdánlivých – formálně zákonem stanovených – bariér bude formován subjektivním výkladovým úsudkem. Při zachování procedurálních férových pravidel se těžko právně politicky a filosoficky zdůvodňuje zásah do sjednaného obsahu smlouvy a do některých jejích ujednání, která – tak jako celá smlouva v takovém případě – vznikla zájmovým kompromisem jejích účastníků v rámci autonomie nezkresené vůle a smluvní svobody.

Pokud by se dala použít analogie k úpravě zneužití dominantního postavení podle čl. 102 SFEU, muselo by se vyjít z toho, že ani evropské psané právo pojem zneužití nedefinuje; pokud jde o vykořisťovatelské zneužití dominance, vymezuje jej především judikatura evropských soudů a doktrína.⁴¹⁹ Soudy jsou přitom u vykořisťovatelského zneužití dominance velmi zdrženlivé – ve vztazích se *subdominantem* údajně zneužívajícím své silnější *smluvní* (tedy relativní) postavení se dá proto čekat rezervovaný přístup tím spíše.

Judikatorní test „rozumnosti“ podmínek má původ v případě *Tetra Pak II*⁴²⁰ a vyjadřuje se jako „rozumná nezbytnost z hlediska předmětu smlouvy“⁴²¹ a parafrázuje se jako „test nezbytnosti.“ Nejde opět o objektivní a operationalizovatelný standard, ale dá se nahradit alespoň v excesivních případech testem „disproporční nevýhodnosti“, byť i ten je založen na subjektivním hodnocení.

⁴¹⁸ Srov. zejm. kapitolu 8 a prameny tam uvedené.

⁴¹⁹ Srov. JONES, A.; SUFRIN, B. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 5th Ed. Oxford University Press, 2014, s. 367.

⁴²⁰ Rozhodnutí Komise ze dne 24. 6. 1991 ve věci *Tetra Pak II*, OJ 1992, L 72/1, odvolání: rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 6. října 1994 ve věci *T-83-91 Tetra Pak Rausing v Commission*. Ref. viz TAGIKAWA, 2015, op. cit., s. 10 a násl.

⁴²¹ Srov. DONOGHUE, R. O.; PADILLA, 2006, op. cit., s. 652. Ve sporu se jednalo o zneužití dominantního postavení výrobce strojů na obalové kartony v podmínkách pro kupující těchto strojů. Přitom způsoby využívání strojů byly omezeny dlouhodobými leasingovými a jinými závazky.

Potlačování podmínek, které se nelíbí malým a středním podnikům, je pochopitelné z hlediska ochrany malých a středních podnikatelů, ale nikoliv již z hlediska soutěžně politického, které má jiné priority – ochranu soutěže a v důsledku ochranu spotřebitelského blahobytu. Řada tzv. *nefěr* podmínek totiž fakticky vede k *přínosům*, neboť *zostřuje* soutěž mezi malými a středními konkurenty a zvyšuje jejich efektivnost, která se může přenášet na spotřebitele.⁴²²

Zatímco ochrana před zneužívajícími podmínkami uplatňovanými dominantním soutěžitelem má ekonomické a soutěžní opodstatnění (monopolista nebo i dominant je nenahraditelným obchodním partnerem⁴²³), nebývá to tak u subdominantů obviňovaných z téhož druhu vykořisťování domněle slabšího partnera. Požadavky na substantivní spravedlnost obchodních podmínek by byly zdůvodnitelné, pokud by strana namítající jejich neférovost byla v obdobné tržně „uzamčené“ (*locked-in*) pozici jako vůči dominantovi nebo monopolistovi. To by se ovšem mělo rigorózně dokazovat v každém jednotlivém konkrétním případě, a nejen tvrdit jako axiom (například ve vztahu mezi výrobcí zemědělské produkce a jejich distributory údajně vykořisťovatelsky zneužívajícími svoje postavení vynucováním neférových podmínek). Velkoryse uvolnění a plošná presumpce „uzamčení“ na trhu bez opory v důkazech o realitě může vést k nadregulaci na úkor spotřebitelského blahobytu.

Obecná hlediska substantivní spravedlnosti by se měla používat velmi zdrženlivě a restriktivně a jako *ultima ratio* pouze v excesivních případech. Jinak by popírala podstatu soukromého práva, autoregulační funkci soutěže (včetně soutěže v oboru obchodních podmínek) a koneckonců i deklarovaný důraz na blahobyt spotřebitelů. Musí se zejména vyjasnit (resp. mocensko-politicky rozhodnout), zda a v jakém poměru se mají chránit spotřebitelé, soutěžitelé (a to navíc třeba diferencovaně podle jejich velikosti), slabší smluvní partneři, nebo soutěž. Chránit stejně „dobrověrně“ vše dohromady totiž nejde, neboť jde o cíle kontradiktorní, konkurenční.

⁴²² Srov. TAKIGAWA, 2015, op. cit., s. 11–12. Ochrana malých a středních podniků je podle těchto zkušeností též pod vlivem populisticky zaměřeného veřejného mínění, jež je nakloněno ochraně slabších malých a středních podniků a nepřihlíží přitom k vlastní podstatě a podmínkám funkčnosti soutěže.

⁴²³ V rozsudku Soudního dvora ze dne 13. února 1979 ve věci C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG proti Komisi Evropských společenství*, se konstatovalo, že „podnik s velmi vysokým podílem na trhu držejícím po určitou dobu zaujímá díky tomuto podílu na trhu pozici síly, která z něj činí nepostradatelného obchodního partnera“ (*unavoidable trading partner*).

Tendence zasahovat masivněji do obsahu smluvních vztahů i v případě, že nebyla narušena procedurální spravedlnost a korektnost vyjednávání, je popíráním smluvní svobody a autonomie vůle stran. Poskytuje příliš mnoho prostoru pro vnášení vnějších měřítek spravedlnosti a vyřazuje tzv. spravedlnost komutativní ve prospěch z vnějšku vnášených hledisek a měřítek spravedlnosti distributivní.

Přitom se nelze vyhnout dvojí regulační pasti – na jedné straně úskalí volných a tautologických generálních klauzulí nepoctivých obchodních podmínek subjektivně naplňovaných skutečným obsahem až při subjektivním úsudku soudce; na druhé straně je „řešení“ kasuistickým výčtem jednotlivých nekalých ujednání, který sice oproti první „pasti“ zvyšuje právní jistotu, ale snižuje obchodní a vyjednávací flexibilitu a stigmatizuje ujednání, která v jistém kontextu a při kompenzaci jinými ujednáními vůbec nemusí být nemravná a zneužívající. Jde o další variaci cílového konfliktu právní regulace, jehož řešení není formálně-logické, ale právně politické a konsenzuální.

6.3 Zdánlivý cílový konflikt mezi ochranou soutěže, spotřebitelským blahobytem a blahobytem malých a středních podniků

Ochrana soutěže jako instituce a „nejlepšího přítele spotřebitele“ má v konečném důsledku za cíl maximalizaci spotřebitelského blahobytu; ochrana malých a středních podniků se zpravidla zdůvodňuje podobně, protože tyto subjekty zajišťují optimálně spotřebitelský výběr a rozvíjejí inovace. Hodnotová axiomatická východiska jsou v podobných sporech ideologickou překážkou při hledání optimálních (konsenzuálních) řešení; ideologická (hodnotová) nadstavba přitom často jen zahaluje „vznešenějšími“ motivy evidentně materiální zájmy a redistribuční snahy.⁴²⁴ Snaha o dosažení různě definované spravedlnosti může být protichůdná úsilí o maximální efektivnost a produktivitu, ale může být i v rozporu s cílem dosažení individuálního blahobytu.⁴²⁵

⁴²⁴ Přitom to nemusí být snaha uvědomělá, ale i pouze intuitivní a instinktivní. Srov. KAPLOW; SHAVELL, 2006, op. cit., s. xix-xx. Tamtéž se konstatuje, že původ pojmu spravedlnosti se dá vysvětlit pomocí analýzy blahobytu.

⁴²⁵ Srov. tamtéž, s. 465 a násl.

Úsilí o tzv. spravedlivější rozdělení nadhodnoty mezi výrobcí a distributory by nemělo být na úkor spotřebitelského blahobytu. Snaha o normativní podporu zemědělských výrobců a zpracovatelů zaměřená k tomu, aby distributoři museli akceptovat vyšší nákupní ceny, je typickým příkladem takového konfliktu. Stejně se však musí posuzovat snaha distributorů o co nejvýhodnější nákupní podmínky, pokud nejsou takto získané výhody přeneseny na spotřebitele. Základní rámec smluvní svobody a komutativní spravedlnosti by měl být zachován i ve vztazích, kdy jedna ze stran je ve slabší vyjednávací pozici.

„Správná“ smlouva předpokládá přibližnou rovnováhu moci ve vztahu mezi partnery. Ta je ovšem v některých oblastech oslabena či výrazněji narušena. Čím má například výrobce potravin vyšší zájem na uzavření smlouvy s konkrétním obchodníkem a čím nižší je zájem obchodníka na konkrétním smluvním vztahu, tím více je výrobce potravin závislý na obchodníkovi, jenž disponuje tím větší mocí ve vzájemném vztahu. Taková nerovnováha se koriguje nejen prostřednictvím eventuální zvláštní veřejnoprávní regulace, ale i pomocí výkladu soukromého práva zahrnujícího hodnocení poctivosti podmínek.⁴²⁶

Postih monopolistických praktik se obecně pokládá jak za (ekonomicky) efektivní, tak i za spravedlivý nejen proto, že chrání spotřebitele, ale že vyjadřuje všeobecnou averzi ke straně, která využívá svého silnějšího postavení k tomu, aby druhou stranu připravila o její majetek. To se dá vyložit jako transfer majetku, jenž je jen sofistikovanějším vyjádřením podstaty loupeže.⁴²⁷

Tento postoj se pochopitelně projevuje nejen v hraničních případech, kdy není jasné, zda zneužívatelem pozice je dominant či nikoliv, ale kdy je jasné, že se nejedná o objektivní dominanci, ale jen o dominanci subjektivní či relativní (ekonomickou závislost). Morální oprávnění čerpají zastánci spravedlivého zacházení se slabším z práva na vlastnictví a na smluvní svobodu. Silnější strana se ovšem může dovolávat týchž hodnot, ale naopak v zájmu ochrany a rozvoje svých práv. Jejich omezování může pociťovat i ona jako analogii vyvlastňování.

⁴²⁶ Podobně SCHULZE, 1998, op. cit., s. 253.

⁴²⁷ Srov. AYAL, 2014, op. cit., s. 78, 88 a násl.

Takto subjektivizovaná koncepce spravedlnosti je nepoužitelná – obchodní vztah je vždy vztahem, kdy jeden druhého vždy o něco připraví, a něco získá.⁴²⁸ Jen extrémní hodnotová neekvivalence plnění a protiplnění spojená s porušením smluvní svobody znemožňujícím tržní autokorekci opravňuje vnější zásah do svobody smlouvy. Opačný přístup znamená rezignovat na tržní autoregulaci využíváním svobody smlouvy a vlastnických práv, vnější přidělování spravedlnosti a podřízení se externímu distributorovi spravedlnosti. Proto se při posuzování vztahu mezi asymetrickými partnery sleduje především spravedlnost *procedurální* a při jejím dodržení se do podstaty ujednání v zásadě nezasahuje. Všechny preference jsou při procedurální férovosti pokládány za stejně hodnotné. Na soutěžním trhu nemá nikdo právo na určitou cenu, neboť má právo obchod odmítnout, pokud cenu pokládá za neatraktivní. Nezkreslené soutěžní prostředí ztělesňuje takovou procedurální spravedlnost.

Malé a střední podniky nejsou jacísi „neprofesionální spotřebitelé“, kteří potřebují ochranu před kýmkoliv silnějším. Jde spíše o medializovanou představu veřejnosti nežli o fakt. Naopak ochranný „deštník“ před monopolistickými cenami umožňuje menším (a obvykle méně efektivním) malým podnikům, aby vzkvétaly spolu s monopoly, protože mohou uplatňovat ceny nad svoje vlastní náklady.⁴²⁹

Ekonomizace pojmu spravedlnosti a jeho redukce na pouhý příspěvek k individuálnímu blahobytu je pokusem zbavit poctivost její normativní síly. Ona tuto sílu však bez ohledu na tuto ambici některých teoretiků má, a to díky svému zakotvení v právních předpisech v podobě sice neurčitého pojmu, ale nicméně zákonného pravidla chování (dispozice právní normy). Toto pravidlo je dokonce hlavním nástrojem obsahové kontroly správnosti právních jednání, který má i přes svoji obecnost přednost před formálním dodržováním konkrétnějších ustanovení zákona nebo smlouvy. Poctivost je jedním ze základních příkazů soukromoprávního styku⁴³⁰ a výrazně se překrývá

⁴²⁸ Vyjadřuje to bonmot, že každý má rád spravedlnost, zejména když jde o druhé.

⁴²⁹ Srov. AYAL, 2014, op. cit., s. 121. Konstatuje se, že se mnohdy větší prodejci (nikoliv monopolisté) paradoxně dostávají do situace, kdy požadují ochranu prostřednictvím antitrustových předpisů, aby mohli vstoupit na trh do center měst. Brání tomu právě malí a střední obchodníci za pomoci místních zastupitelstev.

⁴³⁰ Srov. § 6 ObčZ.

s dobrými mravy; rozpor s dobrými mravy je důvodem neplatnosti právního jednání. Někjaký „nezávislý“ význam při hodnocení zákonných pravidel poctivost samozřejmě nemá.⁴³¹

Požadavek poctivosti je zakotven i v jiných než právních sociálních normách a funguje jako nástroj ke zvýšení individuálního blahobytu i při každodenním chování obchodníků, mj. tím, že odrazuje od oportunistického chování. To se může projevat různě ve třech stádiích obchodního vztahu. *Před uzavřením* smlouvy na soutěžním oligopolním nebo polypolním trhu, kde existují možnosti volby jiného partnera, je oportunní chování zneužívající silnější vyjednávací pozici sotva možné, protože by vedlo k odlivu zájemců o uzavření smlouvy. *Po uzavření* smlouvy se oportunní a nátlakové chování silnějšího partnera, které může překračovat hranice poctivosti a dobrých mravů, může projevit častěji v závislosti na transakčních nákladech slabší strany na eventuální změnu partnera.⁴³² Při *obnovení* smluv na příští období jsou případný oportunismus silnějšího a ochota slabší strany jej strpět opět nepřímo úměrně závislé na specifických investičních i obecných neinvestičních transakčních nákladech slabší strany spojených se změnou partnera, ev. na stupni umožnění investičních transakčních nákladů.

Při konfliktu různých „individuálních“ blahobytů v rámci skupin s různými a někdy protichůdnými zájmy (jako je typický případ vztahu dodavatelů zemědělské produkce a distributorských řetězců) se nedá spoléhat na instinkty a pocity o spravedlivém rozdělení nadhodnoty, ale je nutno brát ohled především na dlouhodobé sociální důsledky.

Žádná teorie spravedlnosti není čistě vědecká a neposkytuje exaktní kritéria pro posuzování něčeho, co ani přesně posouzeno být nemůže, a co je hodnotově zakotveno v podobě axiomů, které se zdůvodnit ani nedají. Takto pojatá intuitivní poctivost je sice jako pojem v podstatě primitivní a neuchopitelná vědecky, ale nikoliv aplikačně a v konkrétním kontextu. Ustálená judikatura vytváří sociálně akceptovatelná měřítká, ev. limity a dostatečně přesně aproximuje a činí sociálně předvídatelnými hranice mezi poctivým (spravedlivým) a nepoctivým (nespravedlivým) jednáním.

⁴³¹ Tuto „nezávislost“ tak kritizují poněkud zbytečně autoři. Viz AYAL, 2014, op. cit., s. 469.

⁴³² Např. na specifických zapuštěných („utopených“) investicích vložených slabší stranou do její spolupráce s partnerem.

Pokud jde o spravedlivost nebo nespravedlivost právní úpravy, nelze ji posuzovat bez vztahu ke způsobu, jakým se *interpretuje a aplikuje*. To, nač v jedné zemi stačí obecné právní pravidlo a společensky akceptovaná uvážlivá a „spravedlivá“ rozhodovací činnost soudů či jiných právně aplikačních orgánů, nemusí v jiné zemi zvládnout ani podrobný výčet zakázaných „nepoctivostí“, pokud zákonné příkazy a zákazy nejsou důsledně vymáhány. Vzhledem k různému stupni vývoje a stavu právní tradice, obchodních zvyklostí a podnikatelské a justiční kultury se jako východisko z problémů spojených s různými standardy obchodní poctivosti volí metoda kasuistických výětů těch nejčastějších prohřešků proti poctivosti, a to zejména v její procedurální formě.

Velké rozdíly v těchto představách a zákonných požadavcích by mohly ovlivnit nejen spotřebitelský blahobyt, ale mohly by mít i dopad na obchod mezi členskými státy EU a na kvalitu hospodářské soutěže (zkreslení). Mj. proto se v rámci EU dlouhodobě věnuje pozornost explicitním konkretizacím nepoctivým ujednáním, podmínkám a nekalým obchodním praktikám ve spotřebitelských smlouvách.⁴³³

V Zelené knize o zavedení evropského smluvního práva pro spotřebitele a podnikatele z 1. 10. 2010 se již objevily úvahy o tom, zda se ochranná smluvní instrumentárium má kromě spotřebitelů vztahovat i na podnikatele (B2B), ale tento záměr Komise se nesesetkal s kladnou odezvou a doporučovalo se omezit působnost jen spotřebitelské smlouvy;⁴³⁴ nicméně v Zelené knize o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinářského a nepotravinářského zboží z 31. 1. 2013⁴³⁵ se již prohlašují nekalé obchodní praktiky v distribuci zboží za problém *bez ohledu na strany* smlouvy. Ochrana si podle tohoto dokumentu zaslouží i podnikatelé, zejména ti malí a střední ve vztahu k silnějším protistranám.⁴³⁶

⁴³³ Srov. směrnici Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách; směrnici Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu.

⁴³⁴ Srov. TONNER, K. Das Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer—Zur Rolle des Verbrauchervertragsrechts im europäischen Vertragsrecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2012, s. 767 a násl.

⁴³⁵ COM(2013) 37 final.

⁴³⁶ Srov. tamtéž, s. 7.

6.4 Zákonné standardy nekalosti obchodních praktik používaných vůči spotřebitelům a vůči podnikatelům

6.4.1 Spotřebitel a podnikatel jako objekt paternalismu

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 spotřebitel⁴³⁷ se totiž pohybuje v „silovém poli“ různých ekonomických, sociálních, etických, ekologických, psychologických a dalších motivů, jež ani často racionálně nezvažuje a objektivně zvážit nemůže a vědomě je často ani nezpracovává; jeho rozhodnutí je mnohdy intuitivní.⁴³⁸

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 pomohou⁴³⁹ 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.

⁴³⁷ K pojmu srov. např. HAJN, P. Oslabená ochrana spotřebitele? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Obchodněprávní revue*. 2009, č. 2, s. 44 a násl. SELUCKÁ, M. *Ochrana spotřebitele v soukromém právu*. Praha: C.H.Beck, 2008.

⁴³⁸ 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, rutině 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, vol. 30, s. 21–38.

⁴³⁹ SMITH, KING, 2007, op. cit., s. 412 a násl. V této kapitole využívám a rozvádím příspěvek BEJČEK, J. Nekalé obchodní praktiky mezi podnikateli a smluvní svoboda. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2015, č. 1, s. 3–8.

Zákazem nekalých protispotřebitelských obchodních praktik⁴⁴⁰ 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 aplikacně mnohem náročnější a jsou spojovány spíše až s křiklavým (hrubým) rozparem s představou slušného chování.

Ochrana zájmů spotřebitelů prospívá i oprávněným soutěžitelům, neboť je chrání před soutěžiteli, kteří pravidla nedodržují – přispívá se tím k existenci nezkráslené soutěže.⁴⁴¹ Možnost zmírnění informačního deficitu spotřebitele nebo jeho klamně představy o rozhodovací situaci nezajistí dokonalou 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 realitaci profesionální existence, druhé straně slouží k ryze soukromým účelům.⁴⁴² 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*,⁴⁴³ tedy o standardní modelové situaci, která má také *standardní* řešení, jež nepřihlíží ke *konkrétní* individuální situaci stran.⁴⁴⁴ Situace strukturálně podřízeného spotřebitele není ovšem kompatibilní se zásadou občanskoprávní rovnosti.⁴⁴⁵

Proti tomu se staví model ochrany spotřebitele závislé na *situačním kontextu*, tedy ochrany závislé nejen na jeho *formálním* osobním statusu. Odmítá

⁴⁴⁰ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu. ObčZ, zejména ustanovení § 1810 a násl.

⁴⁴¹ Srov. doporučení (*referral*) č. 7 výše cit. směrnice.

⁴⁴² Srov. BASEDOW, J. In: *Münchener Kommentar BGB*, § 308, 309. C.H.Beck, 6. A., 2012, Rn. 42 a násl.

⁴⁴³ MICKLITZ, H. W. In: *Münchener Kommentar BGB*, § 13, 14. C.H.Beck, 6. A., 2012, Rn. 67 a násl. Taková nerovnováha se podle mého názoru zásadně nevyskytuje u vztahů mezi podnikateli – tam jde vesměs o nerovnováhu situační.

⁴⁴⁴ Je-li např. podnikatelem malý, nequalifikovaný, 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.

⁴⁴⁵ Tato zásada (u nás v důvodové zprávě k ObčZ popíraná) se v poslední cit. práci ve vztahu k německému občanskému zákoníku konstatuje explicitně.

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 pozůstlé typizace a paušalizace*.

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.

6.4.2 Podnikatel a 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).⁴⁴⁶ Přinejmenším se to uznává u tzv. malých a středních podnikatelů.

Aniž se aspiruje na přesné vymezení, kdo do této kategorie spadá,⁴⁴⁷ 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 útlaku.

⁴⁴⁶ Srov. HESSELINK, 2009, op. cit. a HESSELINK, 2011, op. cit.

⁴⁴⁷ 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.

Již výše jsem komentoval zpochybňování východiska, 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 či obchodní podmínka nepoctivá, nemělo by záležet na tom, vůči komu směřuje.⁴⁴⁸

6.4.3 Jednotný nebo diferencovaný standard ochrany

Již výše jsem dokumentoval přesun prvků ochrany spotřebitele k obecnější ochraně zákaznické v rámci obecného a statusově neutrálního smluvního práva.⁴⁴⁹

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.⁴⁵⁰ 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.

⁴⁴⁸ Srov. FREILICH, A.; WEBB, E. Small Business—Forgotten and in need of Protection from Unfairness? *The University of Western Australia Law Review*. 2013, vol. 12, s. 134 a násl.

⁴⁴⁹ Srov. ROPPO, 2009, op. cit., s. 343. 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, 2012, op. cit., s. 44–47.

⁴⁵⁰ Srov. HESSELINK, 2009, op. cit., s. 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 spíš na tom, zda jsou vysoce specializovaní; závisí proto na konkrétním partnerovi.

Požadavek na jednotný standard ochrany proti nekalým obchodním praktikám 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 flexibilnější a předvídatelnější výsledky.⁴⁵¹

6.4.4 Nekalé obchodní praktiky vůči spotřebiteli (B2C) a mezi podnikateli (B2B)

Zelená kniha o nekalých obchodních praktikách mezi podniky⁴⁵² patrně směřuje k *diferencovanému* standardu ochrany – míří totiž na užší okruh nekalých obchodních praktik nežli směrnice o nekalých obchodních praktikách ve vztahu ke spotřebitelům na vnitřním trhu.⁴⁵³

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 sdružení a ze vzrůstu poptávkové moci. Tyto okolnosti podle Komise

⁴⁵¹ Takový standard se podle posledně 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, 2012, op. cit., s. 50, s. 45.

⁴⁵² Srov. Zelenou knihu o nekalých obchodních praktikách 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 řetězích B2B z 15. 7. 2014 COM(2014) 472 final.

⁴⁵³ Směrnice 2005/29 ES z 11. 5. 2005.

vedou ke zvýšenému výskytu nekalých obchodních praktik 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 nekalé obchodní praktiky mocných obchodních řetězců vůči dodavatelům při předšmluvních 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.⁴⁵⁴

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.⁴⁵⁵

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). Jak jsem doložil již výše, některé praktiky označované jakožto nekalé *per se* a tudíž zakazované, přitom mohou být ekonomicky 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 stěží ospravedlnit. Specifická plošná regulace⁴⁵⁶ by vedla k roztržtění a nesourodosti evropského práva v oblasti antitrustu, nekalé soutěže a smluvního práva, které umožňují jevy avizované v Zelené knize řešit

⁴⁵⁴ Srov. STUYCK, J. Verbraucherschutz für KMU? *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherecht*. 2013, no. 3, s. 121.

⁴⁵⁵ Zelená kniha samozřejmě není právní předpis, ale vyjadřuje přinejmenším právně politický zájem na budoucí právní regulaci.

⁴⁵⁶ Zamýšlejíci upravit chování řetězců potravinářských i nepotravinářských, tedy všech.

systémově. Vyvolala by navíc zbytečný regulatorní konflikt se soukromou smluvní autonomií. Regulace obchodních vztahů, které průkazně neohrožují fungování společného trhu, nepatří navíc do působnosti Komise.⁴⁵⁷

6.4.5 Druhy nekalých obchodních praktik

Zelená kniha o nekalých obchodních praktikách mezi podniky je ve srovnání se směrnici o nekalých obchodních praktikách ve vztahu ke spotřebitelům 2005/2009 ES méně kazuistická. To nemusí být vůbec výrazem větší liberálnosti, ale i odlišné funkce Zelených knih a směrnic. Komise uvedla sedm druhů nekalých obchodních praktik, která se v mnoha členských státech EU vnímají jako běžný jev.⁴⁵⁸

Nejednoznačné smluvní podmínky se považují za nejběžnější formu nekalých obchodních praktik. Jejich podstatou je, že umožňují „ukládat“ doplňkové závazky slabší smluvní straně.⁴⁵⁹ 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.⁴⁶⁰ 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 obecnou ochranu slabší

⁴⁵⁷ 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. *International Review of Intellectual Property*. 2013, s. 701 a násl.

⁴⁵⁸ 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* [online]. s. 21. Dostupné na: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/summary-of-responses_en.pdf

⁴⁵⁹ Srov. bod 5. 1. Zelené knihy.

⁴⁶⁰ Srov. § 555 a násl. ObčZ.

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

Neexistence písemných smluv je další nežádoucí praktikou. 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.⁴⁶¹

Dalším objektem zájmu Komise jsou *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. Plošný zákaz takových změn jen proto, že jsou (také, jako ostatně vše) zneužitelné, by byl neopodstatněnou přeregulací.⁴⁶² 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.

Za neférovou obsahovou podmínku se prohlašuje dále *nepoctivé přenesení obchodního rizika*. Přenesení rizika na druhou stranu⁴⁶³ je součástí komplexu smluvních ujednání a je mnoha vazbami spojeno s ujednáními o ceně, slevách, pojištění, zárukách, atp. Paušální ambiciózní zákaz soukromoprávního vyvažování, zabraňující vstupu alokace rizika mezi parametry obchodní dohody, je nesmyslný.

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

⁴⁶¹ Zelená kniha, s. 19. ObčZ (§ 559 a násl.) vychází z principu opačného. Sektorově omezený ZVTS 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.

⁴⁶² 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.

⁴⁶³ Jako např. i to, že odpovědnost za ukradené zboží se uplatní v plném rozsahu k tíži dodavatele.

a dopravu, za služby spojené s používáním místa v regálech, atd., které mohou být nezávadné, ale i nepřiměřené a zneužívající.⁴⁶⁴ 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.

Obchodní poctivost může narušit podle Komise i *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.⁴⁶⁵ 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.

Procedurální i obsahové aspekty má *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.).

Mezi neférové obchodní praktiky se konečně řadí *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 a mohou vést ke značně rozdílným velkoobchodním cenám mezi jednotlivými zeměmi. Je-li ovšem nepříznivě ovlivněn obchod na společném trhu, působí protikartelové právo

⁴⁶⁴ Jakési „maximy“ obchodní poctivosti, které se uvádějí (tamtéž—Zelená kniha, s. 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.

⁴⁶⁵ Nařízení o blokových výjimkách ze zákazu dohod omezujičích soutěž při přenosu technologií, nebo judikatura ke zneužití dominantního postavení podle čl. 102 SFEU.

včetně úpravy vertikálních omezení. Označit však tuto praktiku paušálně jako nekalou⁴⁶⁶ je neadekvátní. Důvodem legitimních teritoriálních omezení nabídky může být třeba⁴⁶⁷ 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.

6.4.6 Oprávněnost diferenciacie ochrany

Důvody, proč by se měly či neměly odlišovat oboustranné a jednostranné obchody i z hlediska ochrany před nekalými obchodními praktikami, jsem rozebral již výše.⁴⁶⁸ Spotřebitel je nejen v asymetrickém informačním postavení, ale kvůli své závislosti na podnikateli je snáze objektem zneužití ze strany obchodníka coby silnějšího partnera. Fungovat tedy nemusí ani procedurální, ani substantivní spravedlnost.

Je sice pravda, že někteří tzv. malí a střední podnikatelé mohou mít svými osobnostními charakteristikami blíže k neprofesionálnímu spotřebiteli nežli k velkému podnikateli,⁴⁶⁹ ale hranice ochrany se nedá normativně vést takto arbitrárně.⁴⁷⁰ Obchodníci všeobecně musí nést riziko spojené s vlastní smluvní svobodou a s prosazováním vlastních zájmů ve střetu s jinými a částečně protichůdnými vlastními zájmy svých obchodních partnerů. Podobnost řady malých podnikatelů a spotřebitelů spočívá v jejich vyjednávací slabosti vůči velkým podnikatelům.⁴⁷¹

Legitimita zájmů podnikatele a ochrany jeho vlastnických práv derivovaných v obchodních závazkových vztazích není menší nebo větší jen proto, že podnikatel má větší nebo menší obrat, zisk, podíl na trhu či jiný parametr charakterizující jeho ekonomickou sílu či velikost.

⁴⁶⁶ To může nastat v případě, že se na jednom trhu prodává pod náklady při křížovém financování z jiných trhů.

⁴⁶⁷ Srov. již citované *Summary*, s. 23.

⁴⁶⁸ Srov. kap. 1.3.

⁴⁶⁹ Tzn., že také typicky nečtou smlouvy a obchodní podmínky, resp. že jim nerozumí, že mají vyšší sklon k iracionalitě, atp.

⁴⁷⁰ Podobně TOKELEY, 2013, op. cit., s. 121.

⁴⁷¹ Srov. GARVIN, L. T. *Small Business and the False Dichotomies of Contract Law. Wake Forrest Law Review*. 2004, vol. 40, s. 295–297.

Jen *příkerá nerovnost* ve vyjednávací síle stran, vedoucí k *nepoctivým* ujednáním, se pokládá za důvod vnějšího zásahu do smluvního vztahu. Nemusí to tedy nutně souviset s velikostí podnikatele, byť se lze domnívat, že častěji bude mít vyjednávací převahu velký podnikatel nad menším. I malý podnikatel dodávající životně nezbytný a nezastupitelný speciální výrobek mnohem většímu kupujícímu však může disponovat vyjednávací silou zneužitelnou k prosazení neférových obchodních podmínek. Zranitelnost slabší strany v důsledku silně vychýlené *vyjednávací pozice* bude nicméně vhodnějším kritériem „slabosti hodné právní ochrany“ nežli neurčitý pojem slabosti jako takové plynoucí z toho, že *jde* o spotřebitele nebo malého či středního podnikatele.⁴⁷²

Individualisticko-liberální smluvní ideologie vychází ze statického předpokladu, že každá ze stran je odpovědná za prosazování svého vlastního individuálního zájmu a že soudy by neměly zasahovat do svobodně sjednaných smluv. Tato *statická individualistická doktrína* ovšem nepřeje kompenzaci zkrácení v důsledku tržních asymetrií a výrazné nerovnováhy vyjednávací síly stran, jež se projevuje v nepoctivých smluvních klauzulích. O to se pokouší *dynamická tržně individualistická ideologie*, která chce lépe přizpůsobit obsah smluv obchodním očekáváním stran tím, že stanoví limity pro sledování vlastních zájmů.⁴⁷³

Evropské „akademické“ smluvní *soft law* odráží onen dynamičtější a méně ortodoxní přístup k ochraně slabšího smluvníka. *Principles of European Contract Law* (PECL) přenáší její pravidla ze směrnice 93/13/EEC (jež se omezuje jen na spotřebitele) na kontrolu jakýchkoliv nevyjednaných obchodních podmínek. Přestože tedy nepřepokládají zvláštní zacházení s malými nebo středními podnikateli, měly by se nicméně těšit za těchto podmínek stejné ochraně, jaká má být nastavena pro spotřebitelské smlouvy. *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) se spotřebitelskými smlouvami speciálně nezabývá, ale míří⁴⁷⁴ obecně na ochranu smluvních partnerů zavázaných adhezními (individuálně

⁴⁷² Srov. IWASA, L. A. *A Comparative Evaluation of the Legislative Controls on Unfair Terms and Exemptions Clauses in Consumer and Business Contracts in England and Brazil*. Birmingham: Aston University, 2012, s. 128.

⁴⁷³ Srov. BROWNSWORD, R. *Contract Law: Themes for the Twenty-first-Century*. 2nd Ed. Oxford University Press, 2006, s. 142–143. Takové limity ovšem existovaly vždy v podobě korektivu dobrých mravů, poctivosti, zákazu zneužití práva, resp. později v podobě zákazu zneužití dominance, apod.

⁴⁷⁴ DCFR, čl. II-9:404 a II-9:405

nesjednanými) podmínkami, které je výrazně znevýhodňují a které jsou v rozporu s dobrou vírou a poctivým zacházením,⁴⁷⁵ protože u takových standardních smluv není svobodný souhlas slabší strany s podmínkami prakticky možný. Podle DCFR by tedy malé a střední podniky měly mít stejnou ochranu proti nepoctivým podmínkám, jako mají spotřebitelé.

Nerovnost ve vyjednávací síle a pozici je nesporně *relativní a kontextový* koncept, neboť výskyt mocensky absolutně vyvážených vyjednávačů je prakticky nemožný a jde spíše jen o teoretickou abstrakci. Je pravda, že malé a střední podniky *mohou být znevýhodněny* tím, že v každé ze dvou dichotomií - ve vztahu B2C i B2B - mohou snášet tu horší stránku věci. Ve vztahu ke spotřebiteli jsou totiž prostě podnikateli se vším všudy a bez rozdílu oproti podnikatelům velkým; ve vztahu k velkým podnikatelům se pokládají za jim rovné, což většinou neodpovídá skutečnosti. To se může projevit i tak, že ve vztahu ke spotřebitelům musí takové menší podniky striktně plnit povinnosti, přičemž nemají sílu vynutit si předpoklady pro jejich plnění u svých velkých dodavatelů (např. požadavek na výměnu vadného zboží).

Smluvní právo nemůže na tyto okolnosti nereagovat a systematicky neřešit ochranu před excesy vyjednávací a informační asymetrie bez ohledu na status smluvních stran. Překračuje přitom omezení jen na spotřebitele.⁴⁷⁶ Ve spotřebitelských smlouvách se právo tradičně zaměřuje jak na procedurální spravedlnost, tak i na spravedlnost obsahovou, zatímco ve smlouvách mezi podnikateli se za limit pokládá dodržení požadavků spravedlnosti procedurální při sjednávání smlouvy, která je v souladu s požadavky obchodní slušnosti. Přitom jde vlastně o kontextualizovanou obsahovou spravedlnost, která však nepřihlíží bez dalšího k nerovnosti vyjednávací síly smluvních stran.

⁴⁷⁵ *Good faith, fair dealing*—srov. k tomu IWASA, 2012, op. cit., s. 135.

⁴⁷⁶ Srov. § 433 ObčZ, nebo evropské směrnice o reklamě, o pojišťovnictví, o odpovědnosti za výrobek, o elektronickém obchodu a další, kde se používá širší pojem zákazník (*customer*). Jsou známy i soudní případy, v nichž se na podnikatele, pokud vystupovali mimo svoji specializovanou odbornost (např. na farmaceuta nakupujícího příruční pokladnu), pohlíželo jak na spotřebitele hodného ochrany. Rozhodl takto několikrát francouzský soud v Cass. civil 28 Ap. 1978, dále např. v případě CCC 1993, 21. V roce 1995 po desetiletích diskusí však dospěl soud k závěru, že specializace není dostatečným kritériem a že člověk nemůže být pokládán za spotřebitele, pokud příslušná operace má přímou vazbu na profesionální aktivity této osoby - srov. BRULEZ, P. A Consumer Law for Professionals: Radical Innovation or Consolidation of National Practice? In: LOOS M.; SAMOY, I. *The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law*. Cambridge: Intersentia Publishing Ltd., 2014, s. 47.

Na rozdíl od spotřebitele vstupuje podnikatel do vztahu s jiným podnikatelem uvědoměle a odpovědně (nikoliv lehkovážně), tedy s vědomím obchodního rizika. Je-li dobře informován a smlouva je uzavřena v rámci poctivé vyjednávací procedury, nemělo by do obsahu smlouvy právo zvětšku *ex post* zasahovat.⁴⁷⁷

Ve vztazích B2B evropské země našťastí nepropadly organizačnímu nadšení jako u smluv spotřebitelských a nebojují proti *nerovnosti* vyjednávací síly, ale v zásadě jen proti *zneužití* takové vyjednávací moci ke škodě druhé strany, a to s odkazem na všeobecné principy spravedlnosti, dobré víry, vzájemné spolupráce, atp.⁴⁷⁸

Je důležité uvědomit si, že pokusy o zasahování do obsahu smluv nikoliv na základě konkrétní analýzy vyjednávací síly a jejího zneužití, resp. zneužití dominantního postavení k vynucování nepřiměřených podmínek, ale na základě paušálního zákonného označení určitých subjektů jako subjektů s „významnou tržní silou“⁴⁷⁹ do této kategorie zdrženlivé regulace nepatří.

V zásadě se při smlouvání musí respektovat prostor smluvní svobody, v němž lze o obsahu smlouvy vyjednávat. Vadné je vyjednávání tehdy, když jedna strana zneužije své vyjednávací síly – to se může stát i vnučováním standardních (individuálně neovlivnitelných a nevyjednatelných) *obchodních podmínek* silnější stranou. K nerovnováze může dojít také v důsledku selhání trhu kvůli *informační asymetrii* a nevynaloženým *transakčním nákladům* při každé jednotlivé nestandardizované transakci.

Navrhovatel standardních obchodních podmínek je samozřejmě o jejich obsahu lépe informován a lépe jim rozumí než druhá strana. Navrhovatel náklady rozptýlí na celou řadu smluvních vztahů. Partner není ochoten vynakládat čas a peníze na získání všech potřebných informací a přijme

⁴⁷⁷ V posledně cit. práci se na s. 53 na základě komparací judikatury konstatuje, že anglické soudy jsou mnohem zdrženlivější v zásadách do sjednaných obchodních smluv, pokud nevybočily z procedurální férovosti a nejsou tedy procedurálně vadné - na rozdíl od soudů kontinentálních, které občas vstupují i do sféry spravedlnosti obsahové (substanciální). Přitom kontinentální soudy tendují k ochraně slabší strany v domnění, že interpretují obsah smlouvy, zatímco spíše její obsah doplňují s odkazem na dobrou víru, aniž by akceptovaly, že interpretační funkce dobré víry má svoje opodstatnění jen v případech, kdy existuje pochybnost o významu slov. Srov. tamtéž, s. 67. Podrobněji o těchto otázkách pojednává NOVÝ, Z. *Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu*. Praha: C. H. Beck, 2012.

⁴⁷⁸ Tamtéž, s. 68, s odvolávkou na autory jako M. Fontaine, H. Beale, J. Cartwright.

⁴⁷⁹ Což je mj. případ českého ZVTS.

standardní návrh – jeho transakční náklady by byly příliš vysoké a je racionální nesnažit se standardním podmínkám dokonale porozumět, resp. pokud je nemůže ani změnit, pak jen srovnává se standardními podmínkami jiných a ev. vybírá z několika „typových“ nabídek standardních obchodních podmínek. Navrhovatel může takové situace velmi často zneužít.⁴⁸⁰

Tato možnost přitom nezávisí na tom, zda je druhá strana podnikatelem nebo spotřebitelem, nebo zda je podnikatelem malým nebo středním. Pro vyloučení možného přezkumu standardních obchodních podmínek bez ohledu na status smluvních stran důvod není.

Určité standardy férovosti obchodních podmínek nastavuje právo soukromé a tyto kvality vynucuje i právo veřejné, zejména právo na ochranu hospodářské soutěže. Protože však jeho cílem je ochrana soutěže, a nikoliv jednotlivého soutěžitele nebo skupiny soutěžitelů, musela by intenzita a dosah zneužití dominantního postavení na relevantním trhu dosáhnout takového stupně, že by vylučovala, ohrožovala, zkracovala nebo narušovala hospodářskou soutěž. Tyto případy jsou spíše výjimečné, neboť vztah férovosti obchodních podmínek k ochraně soutěže a spotřebitelského blahobytu se nemusí prokázat. Nadbytečná regulace by je mohla poškodit stejně nebo více nežli absence regulace.⁴⁸¹

Ve vztahu k nepoctivým obchodním podmínkám je použití právní úpravy zneužití dominantního postavení výjimečné. Pravidla v čl. 102 SFEU, resp. § 11 ZOHS a dalších analogických úprav této materie mají jiný cíl než určovat kodexy obchodního chování nebo tvořit součást právní ochrany spotřebitele – ochranný účel předpisů je úplně odlišný. Antitrustové právo má v tomto ohledu spíše zbytkovou roli.

6.4.7 Specifická sektorová ochrana

Poptávková moc se jakožto druh vyjednávací síly často vyskytuje na straně obchodních řetězců a zejména se její existence uvádí jako hlavní důvod

⁴⁸⁰ Srov. LOOCK, S. V. *Unfair Terms in Contracts Between Businesses—a Comparative Overview in Light of the Common European Sales Law*. In LOOS, M.; SAMOY, I. *The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law*. Cambridge: Intersentia Publishing Ltd., 2014, s. 93.

⁴⁸¹ J. Vickers kdysi prohlásil, že trhy by měly být svobodné nejen od zneužívajícího chování a nepoctivých obchodních podmínek, ale i od nepatřičné regulace. Cit. podle DONOGHUE, PADILLA, 2013, op. cit., s. 849.

nevyvážených či přímo vykořisťovatelských obchodních podmínek uplatňovaných těmito řetězci vůči dodavatelům zemědělské produkce (prvovýrobcům) a dodavatelům zpracovaných potravin. Jednání mezi dodavateli a distributory je samozřejmě zájmovým střetem, v němž se projevují i vyjednávací mocenské poměry.

Tržní popřávková moc ve smyslu dominance nebo monopsonismu (kdy působí na trhu jediný účastník na straně popřávky) se reguluje pomocí předpisů o existenční ochraně soutěže tak, že se zakazuje její zneužití. Subdominantní postavení neohrožuje soutěž existenčně, ale může být samozřejmě rovněž zneužito v neprospěch slabší strany kvůli vyjednávací nerovnováze. Na tyto vyjednávací mikrokonstelace bez vlivu na existenci a funkčnost soutěže na relevantním trhu jako celku se vztahuje jednak soukromoprávní ochrana slabší strany, ale i veřejnoprávní ochrana proti zneužití tzv. významné (byť subdominantní) tržní síly. Tato ochrana má na rozdíl od plošné antitrustové ochrany pouze sektorový charakter. Oběma možnostmi se zabývám v následujících kapitolách.

Pro některé oblasti ekonomiky je příznačná dlouhodobá a strukturální nerovnováha ve vyjednávací síle ve prospěch kupujících (popřávková moc), z níž se někdy dovozuje potřeba zvláštní sektorové regulace, která by na trhu nastolila „spravedlivější“ poměry a zajistila, že slabší strana nebude muset akceptovat podmínky, k nimž je donucena právě popřávkovou mocí distributora.

Přijetí jakýchkoliv obchodních podmínek, s nimiž i přes formální akceptaci dodavatelé vnitřně nesouhlasí a nepokládají je za spravedlivé, není ještě důkazem popřávkové moci distributora. Dodací podmínky nemusejí vůbec záviset na absolutní velikosti kupujícího.⁴⁸² Tak se např. nedají sjednat obchodní podmínky s jedním obchodníkem nezávisle na podmínkách jiného obchodníka, pokud si tito obchodníci konkurují v odbytu nakupovaného zboží. Výrobce i oba obchodníci jakožto odběratelé téhož zboží dbají totiž na to, aby v normálních kalkulačních podmínkách (mimo období cenových akcí) mohli oba obchodníci dospět ke srovnatelným cenám.

⁴⁸² K tomu srov. analýzu LADENMANN, R. Zur Nachfragemacht von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2015, no. 7-8, s. 722 a násl.

Prostor pro rozpětí podmínek při vnitroznačkové soutěži (*intra-brand competition*) bude velmi malý. Naopak bude obchodník srovnávat podmínky pro jeden produkt s podmínkami pro jeho přímý substitut, takže při sjednávání podmínek bude působit v rámci meziznačkové soutěže (*inter-brand competition*) zpětná vazba.

Další dynamický faktor při tvorbě cen spočívá ve skutečnosti, že ceny zboží jsou ve většině případů součástí rozsáhlého výrobního programu a nákupní cena jednoho zboží se neurčuje samostatně podle množství tohoto nasmlouvaného zboží, ale podle celkového objemu nákupů. V praxi tedy výrobci poskytují obchodníkům rabaty na atraktivnější značkové zboží za podmínky, že odeberou („zalistují“) i nabízené slabší značky. V takových případech spjitost mezi množstvím zboží a nákupními cenami neexistuje.

Pojem poptávkové moci mimo režim tržní dominance je založen nikoliv na teorii účinné soutěže a její ochrany, ale na teorii dvoustranného vyjednávání a interakce na základě vyjednávací síly partnerů. Na jejím označení (poptávková moc, vyjednávací síla, mimořádná vyjednávací síla, významná tržní síla, apod.) nezáleží tolik, jako na obsahu pojmu. Nedostatečné vymezení teoretické a nutně i zákonné vede k nejasnostem ekonomické analýzy i aplikace práva na těchto neurčitostech založeného. Výše komentované definiční nejasnosti kupní, poptávkové a vyjednávací síly⁴⁸³ mají odraz v nejasnostech zákonných pojmů.

Tak např. německý Bundeskartellamt definuje poptávkovou moc⁴⁸⁴ velmi široce jako způsobilost podniku jednostranně ovlivnit odběratelské podmínky ve svůj prospěch ke zvýšení zisku. Tato definice indikuje každý ústupek prodávajícího v obchodních podmínkách dosažený v důsledku tlaku kupujícího jako indicii poptávkové moci, což je nevhodné jak z kartelové právního, tak i soutěžně ekonomického hlediska.⁴⁸⁵ Popírá a stigmatizuje se tím přirozenost smluvního vyjednávání, které v sobě zahrnuje požadavky a protipožadavky, podněty a motivace, ale i hrozby.⁴⁸⁶ Inkriminuje se i působení poptávkové

⁴⁸³ Zejm. v kapitolách 2 a 3.

⁴⁸⁴ Srov. BUNDESKARTELLAMT, 2014-B, op. cit., s. 16.

⁴⁸⁵ Jak konstatuje LANDEMANN, 2015, op. cit., s. 725.

⁴⁸⁶ Německá definice by kvůli své obecnosti mohla zahrnout i případy, kdy se zisky z nasazení nátlakových prostředků rozdělí jednostranně ve prospěch dodavatele (tamtéž i další uvedená kritika).

moci ve prospěch zvýšení blahobytu, neboť ústupky v obchodních podmínkách mohou být motivovány i snahou o zvýšení efektivity.

Kupující mohou dosáhnout zvýšení svého prospěchu snížením cen také v důsledku vnějších faktorů; k nižším nákupním cenám mohou vést i konjunkturální výkyvy; tlak na snížení ceny u výběhových produktů v důsledku cyklu životnosti (snižování vnějších možností dodavatele - *outside options*) by se dal také vykládat jako důsledek poptávkové moci; podobně by se mohl hodnotit tlak kupujícího na úpravu obchodních podmínek v důsledku nedostatečného vyřízení výrobních kapacit dodavatele; jednoznačné oddělení vlivu odběratele tlaku na obchodní podmínky od jiných i tržně imanentních faktorů bude sotva možné; pojem poptávkové moci zahrnuje jak případy dvoustranné závislosti mezi jedním odběratelem a jedním dodavatelem, ale i plošné působení poptávkové moci na trh a soutěž na něm - přitom se za pomoci antitrustových předpisů postupuje v soutěžně relevantním zneužití jinak než v pouhém jednostranném zneužití závislosti subdominantem. Český ZVTS definuje významnou tržní sílu⁴⁸⁷ jako takové postavení odběratele vůči dodavateli, kdy se v důsledku situace na trhu stává dodavatel závislým na odběrateli ve vztahu k možnosti dodávat své zboží spotřebitelům a kdy si odběratel vůči dodavateli může vynutit jednostranně výhodné obchodní podmínky. Kritické výhrady analogické kritice úpravy německé se dají vznést i tady.⁴⁸⁸

6.5 Etické autoregulační standardy - iniciativa „férový obchod“

Snaha zabezpečovat poctivost a přiměřenost obchodních podmínek ve vztazích mezi podnikateli centrálně, mimosektorově a celoevropsky je podle předchozích úvah velmi sporná. 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. Hrozí vývoj 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.

⁴⁸⁷ Srov. § 3 odst. 2 ZVTS.

⁴⁸⁸ Blíže viz kap. 10.

Ani tzv. faktor strachu údajně brání tomu, aby se slabší subjekty zasazovaly o svoje práva formou soukromoprávní ochrany, se paternalismem státu či EU neodstraní.⁴⁸⁹ Skutečně slabší strana si 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.

Kontroverznost zásahů do smluvních vztahů obecně a na celoevropské úrovni zvlášť se projevila mj. v tom, že po Zelené knize vydala Komise sdělení o boji proti nekalým obchodním praktikám mezi podniky v rámci potravinového řetězce.⁴⁹⁰ V dokumentu politické povahy bez právní relevance se konstatuje, že během několika posledních desetiletí vývoj (zejména větší koncentrace a vertikální integrace účastníků trhu) v EU vedl v potravinovém řetězci ke strukturálním změnám.

Tento vývoj přispěl k výrazným rozdílům ve vyjednávací síle a vedl k hospodářské nerovnováze mezi obchodními partnery. Uznává se, že rozdíly ve vyjednávací síle jsou v obchodních vztazích běžné a odůvodněné, což ale neplatí pro zneužívání těchto rozdílů nekalými obchodními praktikami⁴⁹¹. Nekalé obchodní praktiky se vymezují jako „postupy, které se výrazně odchyľují od zásad poctivého obchodního styku, jsou v rozporu s dobrou vírou a poctivým jednáním a jsou jednostranně zavedeny jedním obchodním partnerem vůči druhému.“

Evropská komise nepředpokládá řešení na úrovni EU, ale naopak vhodné a přiměřené postupy na úrovni členských států. Dokument obsahuje výzvu

⁴⁸⁹ 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“ (s. 28). „... Hájení práva jest zároveň povinností ku společnosti.“(s. 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 přchající zrady na společné věci, neboť posíljuje moc odpůrcovu, zvyšuje jeho odvážlivost a smělost“ (s. 50). Rozšíření možností kolektivních či reprezentativních žalob proti nekalým obchodním praktikám by mohlo k naplnění „boje za právo“ určitě přispět, ale touto otázkou se zabývají lépe jiní.

⁴⁹⁰ Communication tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain, 15. 7. 2014, COM(2014)472, dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:0472:FIN>

⁴⁹¹ Viz sdělení Komise KOM(2009) 591 v konečném znění: Lepší fungování potravinového řetězce v Evropě (op. cit.).

k zapojení do dobrovolných systémů, jež si kladou za cíl podporovat osvědčené postupy a snížit výskyt nekalých obchodních praktik.⁴⁹²

Jejich výskyt je podle Komise relativně častý. Dovozuje se jejich škodlivost pro malé a střední podniky v rámci potravinového řetězce⁴⁹³. Mohou ovlivnit jejich samotnou existenci, schopnost investic do výrobků a technologií a schopnost působit na jednotném trhu. Kromě toho se předpokládá i možný odstrašující účinek nekalých obchodních praktik.

Problém nekalých obchodních praktik řeší na vnitrostátní úrovni řada členských států, které používají mnoho různých přístupů, některé regulační, jiné spíše autoregulační. Omezení těchto praktik by mohlo prospět zejména malým a středním podnikům a mikropodnikům s malou vyjednávací silou. Znepokojení vyslovil také Evropský parlament.⁴⁹⁴ Zelená kniha Komise o nekalých obchodních praktikách shromáždila názory a navrhla možné způsoby jejich řešení.⁴⁹⁵

Současný regulační rámec na úrovni EU již obsahuje některá pravidla proti nekalým praktikám v rámci potravinového řetězce i mimo něj (reforma společné zemědělské politiky, právo na ochranu hospodářské soutěže, regulace reklamy⁴⁹⁶, nepřiměřené smluvní podmínky ve spotřebitelských smlouvách⁴⁹⁷, navrhovaná směrnice o obchodním tajemství⁴⁹⁸, návrh nařízení o společné evropské právní úpravě prodeje⁴⁹⁹, aj.). Obrana proti nekalým obchodním praktikám je možná prostřednictvím občanskoprávního

⁴⁹² Viz cit. Sdělení z 15. 7. 2014, s. 2.

⁴⁹³ Viz sdělení Komise KOM(2011) 78 v konečném znění: Přezkum iniciativy „Small Business Act“ pro Evropu, v němž se uvádí, že „malé a střední podniky se (...) často potýkají s nekalými smluvními podmínkami a praktikami ze strany různých aktérů v dodavatelském řetězci“.

⁴⁹⁴ V lednu 2012 přijal Parlament usnesení, v němž zdůraznil evropský rozměr nerovnováhy v potravinovém dodavatelském řetězci, která může vést k nekalým praktikám. Usnesení obsahovalo seznam konkrétních nekalých obchodních praktik a žádalo, aby podléhaly zvláštní regulaci, dohledu a sankcím.

⁴⁹⁵ Zelená kniha o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinového a nepotravinového zboží, COM(2013) 37 ze dne 31. ledna 2013.

⁴⁹⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006 o klamavé a srovnávací reklamě.

⁴⁹⁷ Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

⁴⁹⁸ Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o ochraně nezveřejněného know-how a obchodních informací (obchodního tajemství) před neoprávněným získáním, použitím a zveřejněním (COM(2013) 813 final) ze dne 28. listopadu 2013.

⁴⁹⁹ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o společné evropské právní úpravě prodeje ze dne 11. října 2011, KOM(2011) 635 v konečném znění.

soudního sporu proti zneužívajícím klauzulím ve smlouvách. To je však časově náročné a vyžaduje to nemalé finanční prostředky. Působí i obava z obchodní odvety silnějších odpůrců.

Mezi nápravnými opatřeními se doporučuje pověřit dozorem zvláštní donucovací orgán nezávislý na dotčených subjektech na trhu; jinde se zavádějí dobrovolné mechanismy řešení sporů ve snaze urovnávat spory mimosoudně a teprve pokud by se tyto formy projevíly jako neúčinné, se předpokládá ev. zavedení donucovacích opatření. Někteří odborníci mají za to, že nejprve by se měly zvážít dobrovolné rámce a samoregulační řešení. Pokud by se ukázalo, že takovéto modely nekalé obchodní praktiky účinně neřeší, mohlo by se uvažovat o nezávislém orgánu.

Iniciativa dodavatelského řetězce k takovému řešení vznikla v r. 2011. Vyústila v soubor zásad osvědčených postupů ve vertikálních vztazích v rámci potravinového řetězce⁵⁰⁰. Vznikl i dobrovolný rámec pro provádění zásad osvědčených postupů.⁵⁰¹ Předpokládá se řešení jednotlivých sporů prostřednictvím mediace a rozhodčího řízení. Jsou navrženy rovněž některé organizační požadavky na podnikové úrovni, včetně školení zaměstnanců a schopnosti účastnit se řešení sporů. Iniciativa obsahuje i záruky svých členů, že se slabší strany řešící spory s řetězcem nestanou terčem odvetných obchodních opatření.

Neřeší se zatím možnost podat důvěrnou stížnost, a proto se malí podnikatelé zdráhají do sporů s řetězcem vstoupit. Dobrovolné kodexy chování jsou určitě možným základem pro zlepšení situace a neměl by být apriorně a bez vyhodnocení zkušeností odmítány jako nedostatečné a jako konkurenční velmi sporným veřejnoprávním opatřením.⁵⁰²

V DZ k ZVTS se v přímém rozporu se skutečností tvrdí, že etické kodexy (např. ve Velké Británii) v praxi selhaly. V mezinárodním reprezentativním panelu se konstatovalo naopak, že tyto kodexy fungují.⁵⁰³

⁵⁰⁰ The Supply Chain Initiative. Dostupné na: <http://www.supplychaininitiative.eu>

⁵⁰¹ Tamtéž.

⁵⁰² Což je přístup českého ÚOHS, srov. blíže v kapitole 7.

⁵⁰³ Srov. OECD Policy Roundtables, 2014, op. cit., s. 417 a násl. Konstatuje se tu, že v Belgii funguje kodex chování, který je velmi minimalistický a neobsahuje nic než uvedení skutečně zneužívajících praktik ve smyslu evropských pravidel. Rovněž ve Velké Británii se kodex chování pokládá za vhodnou cestu, jak reagovat na kupní sílu. Tamní antitrustový úřad (*Fair Trade Commission*) má pravomoc zasáhnout v případě porušení kodexu.

Vytvoření národních platforem⁵⁰⁴ v rámci iniciativy dodavatelského řetězce může její pozitivní účinky dále posílit – proto Komise vyzvala všechny podniky a příslušné organizace v potravinovém řetězci, aby se zapojily do některé z dobrovolných iniciativ proti nekalým obchodním praktikám; iniciativa může mít dopad, pokud se dotkne takového kritického množství subjektů, který zajistí širokou působností. Iniciativa vymezila určité minimální zásady navazující na Zelenou knihu z r. 2013.⁵⁰⁵

Tato možnost se uplatnila jen v několika případech, patrně kvůli obavám malých dodavatelů z dopadů stížnosti na obchodní vztahy se silnějším partnerem. První kodex měl určitý dopad na velké obchodníky. Nejenže se od myšlenky kodexu neoustupilo, ale naopak se připravila nová pozměněná a širší verze na úrovni zákona. Obsahuje i instituci adjudikátora sporů. Konstatuje se (tamtéž, s. 418), že některé spory byly evidentně motivovány zklamáním ze ztráty vyjednávací pozice, a ne zneužitím kupní síly. Podobně v Austrálii se zavádějí jak dobrovolné, tak i povinné kodexy chování, které by se měly předepisovat největším řetězcům. Rezervované je ke kodexům chování Irsko kvůli jejich malé vynutitelnosti.

⁵⁰⁴ Odkazují na podobný vývoj i ve světě mimo EU. Tak např. australská vláda zavedla v březnu 2015 kodex chování v potravinářství (*Food and Grocery Code of Conduct*) jakožto dobrovolný kodex předvídaný zákonem o soutěži a spotřebiteli a závazný jen pro ty, kdo se k němu připojí. Obsahové požadavky se podobají zásadám prosazovaným v rámci evropské iniciativy. Podobná je i skepse k vynutitelnosti zásad a předtucha, že se slabší strany budou obávat pravidla vůči silným vynucovat (faktor strachu). Blíže srov. FELS, A.; LEES, M. v cit. práci.

⁵⁰⁵ Na s. 10 Sdělení z 15. 7. 2014 se uvádějí tyto „zásady dobré praxe“:

- a) Písemnost dohody; dohody by měly mít písemnou formu vyjma případů, kdy je to neproveditelné, nebo případů, kdy ústní dohody jsou pro obě strany přijatelné a výhodné. Měly by být jasné a transparentní a upravovat co možná nejvíce relevantních a předvídatelných prvků, včetně práv a postupů pro ukončení dohody.
- b) Předvídatelnost: Nesmí docházet k jednostranným změnám smluvních podmínek s výjimkou případů, kdy byla předem sjednána možnost jednostranné změny a rovněž okolností a podmínky, za nichž k ní může dojít. Strany by měly stanovit postup, v rámci něhož každá ze stran projedná s druhou stranou v souladu s ujednáním v dohodě případné změny, jež jsou nezbytné pro provádění dohody či vzhledem k nepředvídatelným okolnostem.
- c) Dodržování dohod: Dohody se musí dodržovat.
- d) Informace: Dochází-li k výměně informací, musí probíhat v přísném souladu s právními předpisy pro hospodářskou soutěž a dalšími platnými právními předpisy, přičemž strany by měly přiměřeným způsobem zajistit, aby poskytnuté informace byly správné a nezavádějící.
- e) Důvěrnost: Je třeba respektovat důvěrnost informací s výjimkou případů, kdy už jsou příslušné informace veřejné či kdy je jejich příjemce nezávisle získal zákonným způsobem a v dobré víře. Důvěrné informace příjemce využije pouze pro účely, k nimž byly tyto informace poskytnuty.
- f) Odpovědnost za riziko: Všechny smluvní strany v dodavatelském řetězci by měly odpovídajícím způsobem nést svá podnikatelská rizika.
- g) Odůvodněné požadavky: Smluvní strana nepoužije výhrůžky, aby tak získala neodůvodněnou výhodu či přenesla na druhého neodůvodněné náklady.

Komise vyzvala členské státy, aby podpořily podniky při přijímání dobrovolných kodexů chování.⁵⁰⁶ Komise konstatuje, že v členských státech, kde jsou nekalé obchodní praktiky regulovány a kde proti jejich zneužívání ve vztazích mezi podnikateli zasahují veřejné subjekty, nebyl zaznamenán negativní dopad na spotřebitelské ceny⁵⁰⁷. Navrhovaný přístup by ani nepředstavoval žádné náklady pro členské státy, v nichž stávající rámec splňuje výše uvedená kritéria.

Závěry Komise svědčí spíše ve prospěch smluvní volnosti a minimalizace intervence – konstatuje se,⁵⁰⁸ že „jednání mezi účastníky trhu v potravinovém řetězci je ve většině případů z obou stran poctivé a udržitelné.“ Nicméně nekalé obchodní praktiky se vyskytují podle tvrzení malých a středních podniků poměrně často a mají negativní účinky na jejich finanční životaschopnost a schopnost podnikat. Komise proto doporučuje jako nejvhodnější „kombinovaný přístup“, tedy dobrovolné systémy doplněné důvěryhodným a účinným prosazováním pravidel na základě srovnatelných zásad.

Hlavním způsobem řešení konfliktů mezi obchodními stranami by mohly být dobrovolné iniciativy typu iniciativa dodavatelského řetězce, zatímco soudní řízení nebo veřejnoprávní prosazování pravidel by se využívalo pouze podpůrně při selhání prvé možnosti. Postup navrhovaný v komentovaném sdělení tedy iniciativu dodavatelského řetězce doplňuje a posiluje, protože by získala přitažlivost pro ty skupiny zúčastněných stran, které se do ní dosud nezapojily kvůli obavám, že její pravidla nelze účinně prosazovat.

Komise hodlá vývoj sledovat a posuzovat dosažený pokrok včetně skutečného dopadu iniciativy dodavatelského řetězce a jejích národních platforem a vlivu donucovacích mechanismů zavedených členskými státy s cílem zvýšit u všech stran důvěru v řádné fungování udržitelného potravinového řetězce. Další ev. opatření na úrovni EU na základě této zpětné vazby si Komise vyhradila.

⁵⁰⁶ Český ÚOHS iniciativu národní platformy pro férový obchod (srov. <http://www.ipfo.cz/dulezite-dokumenty>) explicitně a šmahem odmítal ještě na podzim r. 2015 i v rámci Důvodové zprávy k novele zákona o významné tržní síle. Domnívám se, že jakákoliv cesta k odstranění nebo omezení nekalých obchodních praktik by neměla být stigmatizována.

⁵⁰⁷ Pokud jde o všeobecný vývoj cen, je užitečnou pomůckou např. evropský nástroj pro sledování cen potravin: http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/competitiveness/prices_monitoring_en.htm.

⁵⁰⁸ V cit. Sdělení z 15. 7. 2014, s. 13.

Jednou z dosud málo častých variant kvaziregulace chování obchodních řetězců je monitoring jejich chování soutěžním úřadem např. formou předkládání dlouhodobých dodavatelských smluv mezi výrobcí a řetězci k revizi za účelem vyvážení vztahů mezi výrobcí a distributory.⁵⁰⁹

6.6 Svoboda a poctivost při mocenské nerovnováze smluvních stran

Princip svobody, na němž spočívá tržní ekonomika, se nemůže prosadit bez stejně důležitého principu poctivosti; oba se navzájem funkčně podmiňují. Poctivost zajišťuje funkčnost soutěže podle skutečných kvalit (*on the merits*) a neomezuje svobodu, leda tak svobodu silnějšího bez korektivu, čili diktát. Poctivost může v jistém smyslu působit jako překážka vstupu na trh, ovšem jen pokud se na trhu deklarovaná pravidla poctivosti také reálně prosazují. Autonomie smluvních stran a svoboda smlouvy umožňují využít rozhodovací prostor a ev. kontrahovat, ale „princip poctivosti zaručuje určitou kvalitu rozhodnutí, a tím i legitimitu celého tržního systému.“⁵¹⁰

Relativizace principu poctivosti a jeho redukce jen na přínos k blahobytu⁵¹¹ odmítá volbu správných pravidel jako takových, neboť by to mohlo škodit na cestě k dosažení blahobytu. Čirý pragmatismus v dosahování cíle blahobytu má z vítězít; problém je ovšem mj. v tom, že „blahobyty“ různých jedinců a skupin jsou spolu v interakci a často v konkurenčním vztahu. Celkový blahobyt jako kritérium správnosti regulace je zase tak agregovaná a neurčitá veličina, že jeho stanovení (resp. dohoda na něm) je věcí hodnotového posouzení a váhy jednotlivých hodnot, včetně nemateriálních a neměřitelných.

Požadavek poctivosti ovšem trpí podobnou neurčitostí a právo nahrazuje nefunkční morálku mj. proto, že právní normy jsou přesnější a strukturovanější. Právu dodává jeho charakter nejen státní vynutitelnost jeho norem, ale i specifický obsah. Na rozdíl od obsahu - právních norem (přečetných

⁵⁰⁹ Tak to probíhá např. ve Francii, v Rusku a v Norsku—srov. OECD Policy Roundtables, 2014, op. cit., s. 7, s. 419. V Norsku se ovšem posuzuje přijatelnost smluv ze *soutěžního* hlediska, nikoliv z hlediska nějaké vyváženosti vztahů mezi stranami. Jde spíše o formu ukázkování řetězců; formální řízení se o těchto věcech dosud nevedla.

⁵¹⁰ Srov. FIKENTSCHER; HACKER; PODSZUN, op. cit., s. 79.

⁵¹¹ Srov. KAPLOW; SHAVELL, op. cit. a má kritika v kapitole 1.2.

a lidským mozkiem co do rozsahu neovládnutelných) má ovšem požadavek poctivosti psychologickou a sociálně psychologickou výhodu v tom, že většina lidí se intuitivně shodne na tom, co je v daném kontextu poctivé, aniž to vyžaduje jejich výraznější kognitivní úsilí.

Individuální pocit štěstí a spokojenosti (což není mnohdy vzývaný celkový blahobyt – *total welfare*) závisí podle behaviorálních výzkumů na poctivém zacházení.⁵¹² Slabší strana, i když jde o korporaci, má ve svém lidském základu obvykle psychologickou potřebu sebeúcty, která vyžaduje, aby se s ní jednalo spravedlivě, byť nemusí jít o samotnou ekonomickou existenci a přežití.

Myslím, že nejen lidé, ale ani jejich organizace nejsou redukovatelní pouze na nástroje k dosažení ekonomického blahobytu. Protože celkový (materiální) blahobyt je omezen kvůli omezeným zdrojům, klíčovou roli hraje jejich distribuce v podmínkách nedokonalé informovanosti neumožňující dokonalé rozhodování. Proto jsou prioritou i ve standardu spravedlnosti procesní řešení spíše než řešení substantivní. Tomu odpovídá i výše komentované Sdělení komise o boji s nekalými obchodními praktikami.

Poctivost mezi nerovnými nelze ztotožnit s umělým nastolením rovnosti ve výsledku. Ekonomická a mocenská faktická *nerovnost* při střetech konkrétních subjektů na trhu při boji o podíl na zisku *vylučuje i rovnost příležitostí* (pokud ji nechápeme velmi abstraktně jako příležitost zvažovat na samém počátku rozhodování, zda na trh vstoupit či nikoliv).

Dominance *stricto sensu* s ekonomickými dopady na trh jako celek a na soutěž se musí posuzovat jinak (přísněji – srov. koncept tzv. zvláštní odpovědnosti dominantanta v kartelovém právu) než pouhá partikulární převaha „díličí dominance“ v konkrétním obchodním vztahu, neboť v posléze uvedeném případě existují možnosti tržní autokorekce – silnější partner není nenahraditelný (*unavoidable; obligatoire; unansweichend*). V „šedé zóně“ velmi silných ale stále subdominantních odběratelů ve vztahu ke slabším dodavatelům je namísto maximální opatrnosti při substantivní regulaci jejich vztahů jinými prostředky než soukromým právem.

⁵¹² COLEMAN, L.J. The Grounds of Welfare, *112 Yale L. J.* 2003, s. 1511, 1542. Odkaz podle Fikentscherovy cit. práce, s. 80.

Požadavek *rovnosti a nezávislosti* má ideologickou povahu a neměl by se skrývat za slovem „*poctivost*“. Její obsah je jiný, neboť s její pomocí nelze změnit bez újmy na *funkčnosti trhu* principy otevřenosti, efektivnosti a soutěže, vedoucí k přežití těch nejschopnějších. Kombinace těchto hodnot v různých zemích je ve své podstatě politickým rozhodnutím v podání interpretujících soudů. *Procedurální* spravedlnost i mezi nerovnými obchodními partnery se dá díky jednodušším a snadněji kontrolovatelným pravidlům plošně prosazovat, na rozdíl od kontextuálně nesmírně variabilní spravedlnosti *substantivní*.

6.7 Soukromoprávní možnosti řešení „poctivosti“ obchodních podmínek

Pokud odmítneme předpojaté nastavení obchodních podmínek v asymetrických vztazích prostřednictvím zákona (tak říkajíc „natvrdo“⁵¹³), zbývá možnost soudního modelování a korigování „správného obsahu“ neférové smlouvy. Děje se tak v rámci ochrany slabší strany nebo zásad poctivého obchodního styku, dobrých mravů, apod. Na právní kultuře a tradici země závisí, zda soud bude nahrazovat „vadnou“ klauzuli v asymetrické smlouvě (uzavřené mezi účastníky ekonomicky závislými a tím, na němž jsou závislí) nějakou *nejrozumnější* podmínkou, nebo (punitivně) *nejméně výhodnou* podmínkou pro stranu, na níž jsou ostatní ekonomicky závislí, nebo podmínkou minimálně *ještě tolerovatelnou*.⁵¹⁴

Tuto situaci je možno ilustrovat na případech, kdy kupující nesplnil povinnost a proti výši zajišťovacích sankcí (smluvní pokuty) uplatněných prodávajícím se bránil tím, že jsou zneužitím práva a že porušují dobré mravy. Přitom jde o projev zásady ekvivalence, pokud je určitá charakteristika závazku natolik významná, že si strany proto sjednají její „odstrašující“ zajištění. Autonomie vůle stran je v tomto ohledu nezřídka potlačena ve prospěch toho, kdo se - byt'

⁵¹³ Typu mechanického stanovení lhůty splatnosti faktur, jak je obsahovala třeba příloha 2 ZVTS v původním znění.

⁵¹⁴ Srov. BEN-SHAHAR, O. Fixing unfair contracts, *Stanford Law Review*. Vol. 63, April 2011, s. 869 an.

při vzniku závazku dobrovolně a bez vad vůle a vlastního intelektu s vysokým zajištěním souhlasil - *ex post* musí chránit před „nemravností“ zajištění.⁵¹⁵

Posledně uvedená možnost (*ještě tolerovatelná úroveň*) zachovává maximální a ještě přijatelný rozsah výhody, kterou do smlouvy vtělila silnější (podmínky diktující) strana a je pro ni nejpříznivější (zachovává maximum ze smlouvy a zbavuje diktující stranu jen a pouze výhody onoho excesu). Podmínky (např. nepřiměřená cena) jsou stále jednostranné, byť pro slabší stranu ne tak špatné jako podmínky původní. Jde asi o optimum z hlediska vyvažování soukromých zájmů a formální svobody smlouvy se zákazem jejich zneužití.

Jenže neférovost smlouvy nemusí znamenat jen závadu v distributivní spravedlnosti mezi stranami, ale může spočívat i v ohrožení *celkového* blahobytu⁵¹⁶ a zájmu třetích stran. Pokud např. diktující strana prosadí extrémně dlouhou platební podmínku v neprospěch dodavatele, ten se může dostat do platební neschopnosti a může existenčně ohrozit sebe a i na sobě závislé partnery, což může vést k újmě na celkovém společenském užtku (blahobytu).

U čistě distributivních nespravedlností by měla platit zásada *minimalizace intervence*, jinak by intervence mohla poškodit chráněnou stranu a nebo i součástí prostředí. Jestliže např. ani zpracovatelé v potravinářském průmyslu neplatí svým dodavatelům ze zemědělské prvovýroby za zboží ve lhůtách 30 dní a kratších, ale obchodní řetězce jsou ze zákona povinny platit dodavatelům nejpozději v této lhůtě (a to i u zboží s pomalejší obrátkou, které leží na regálech i několik měsíců), mohou se odvrátit od dodavatelů, ve vztazích s nimiž musí dodržet tyto podmínky, a mohou zboží třeba dovážet odjinud.

⁵¹⁵ K tomu srov. např. rozsudek NS (33 Odo 96/2001 z 30. 4. 2002), který se týkal občanskoprávního sporu, tedy bez možnosti použití moderačního práva podle § 301 ObčZ. Konstatovalo se v něm, že „smluvní pokuta, jež výrazně převyšuje výši skutečné vzniklé škody, je nepřiměřená a pro rozpor s dobrými mravy neplatná“ (tedy *en bloc* - poz. aut.). Smluvní pokuta musí podle rozsudku zahrnovat všechny škody, které lze rozumně v daném konkrétním vztahu s porušením určité povinnosti očekávat, musí mít dostatečnou, nikoliv však přemrštěnou pobídkovou výši (jednalo se o smluvní pokutu ve výši 20% z dlužné částky za každý započatý měsíc prodlení). Konstatovalo se, že soud nemůže podle § 544 tehdy platného ObčZ 1964 smluvní pokutu snížit, neboť ujednání o ní je v plné dispozici stran a moderační právo mu zákon nepřiznává. Dovolací soud rozsudek Krajského soudu zrušil a vrátil mu jej k dalšímu řízení právě proto, že se odvolací soud nezabýval výši smluvní pokuty z hlediska dobrých mravů—rozsudek Krajského soudu postrádal posouzení, zda výše smluvní pokuty nedosáhla intenzity způsobující neplatnost právního úkonu.

⁵¹⁶ Srov. BEN-SHAHAR, tamtéž, s. 896.

Taková platební podmínka ve prospěch dodavatelů může též zkraslit sou-
těž, protože rozdíl v zákonem zaručené splatnosti od řetězců a volné splat-
nosti vůči zemědělským subdodavatelům vytváří u dodavatelů řetězců jakýsi
bezúročný „polštář“, k němuž ti, kteří řetězcům nedodávají, nemají přístup,
a jsou tak znevýhodněni. Navíc tuto výhodu mají i relativně velcí dodava-
tele pro řetězce s významnou tržní silou, kteří však sami nedosahují obratu
5 mld. Kč (nemají významnou tržní sílu), ale jejich vlastní subdodavatelé
ze zemědělské prvovýroby jsou na nich ekonomicky závislí.

Takové subdodavatele může takto zvýhodněný dodavatel (díky i několika-
měsíčnímu rozdílu ve lhůtách splatnosti faktur) vykořisťovat zadržováním
finančních prostředků, ač je sám od svého odběratele (řetězce) již má k dis-
pozici. Dodavatel řetězce může mít i dominantní postavení, a přesto mu řetě-
zec se stanoveným obratem (a tedy tzv. „tržní silou“, která je jen slovem bez
opory v realitě) musí platit v zákonem stanovené krátké lhůtě, a tím ještě
dominantní postavení dodavatele posilovat.

Prosazení *nejméně výhodné podmínky* pro diktující stranu je naopak druhem
trestu vůči diktující straně za její pokus vytěžit ze své pozice maximum
a nezaslouženě bonifikuje slabší stranu jen z toho důvodu, že silnější strana
„přechnala“ svoji snahu o maximalizaci zisku, resp. jiných jednostranných
výhod. Aplikace tohoto přístupu může pro diktující stranu znamenat riziko
typu „všechno nebo nic“. Tak například namísto sjednané nepřiměřeně
vysoké smluvní pokuty nebude v soudním sporu přiznána smluvní pokuta
ještě nejvyšší přijatelná, nebo tzv. „rozumná“, či „obvyklá“, ale prostě žádná
- byť je to v rozporu s vůlí stran uzavřít akcesorické zajištění v této podobě,
a byť si obě strany při jednání byly vědomy svých asymetrických vyjednáva-
cích pozic.⁵¹⁷

⁵¹⁷ Z obdobných hodnotových východisek asi vycházel Nejvyšší soud v jiné souvislosti, kdy
rozhodl (NS 21 Cdo 1484/2004), že ujednání úroku z půjčky či úvěru je neplatné, jest-
liže „podstatně převyšuje úrokovou míru v době jejich sjednání obvyklou, stanovenou
zejména s přihlédnutím k nejvyšším úrokovým sazbám uplatňovaným bankami při po-
skytování úvěrů nebo půjček“. Není jisté, zda by soud u podnikatelských úvěrů či půjček
postupoval benevolentněji, jak by se dalo očekávat.

Podobný byl přístup NS při rozhodování o neplatnosti při kvantitativních omezeních -
v případě NS 33 Cdo 4932/2010 konstatoval, že soudy nemohou smluvní pokutu ome-
zovat do přijatelné výše, ale musí ji posoudit jakožto celek coby platnou nebo neplatnou.

Ambiciózní přístup vnášet do vadné smlouvy *ex post* jakousi *nejspravedlivější a nejnvyváženější úroveň* se na první pohled zdá jako optimální z hlediska prvoplánově chráněné slabší strany. Diktující strana je zbavena nejen excesivní výhody nad ještě tolerovatelnou úrovní, ale výhody se rozdělují jaksi „nejrozumněji“ mezi strany. Je to však zavádějící; strukturální rozdíl v asymetrické vyjednávací pozici a vyjednávací síle stran se tím přece nesmaže, jen se přesune, resp. transformuje jinam a projeví se jinde ve smlouvě, resp. i mimosmluvně – zkrátka tam, kde je to přípustné.⁵¹⁸

Tržní a vyjednávací převaha se nepřestane prosazovat; nanejvýš změni formu a zdokonalí „mimikry“. Je docela pravděpodobné, že bude přímá úměra mezi agresivitou zákonné intervence do smluvních vztahů a přesunem výhod z lepší vyjednávací pozice do zákonem nezasažených a světu skrytějších forem redistribuce užiteků ve prospěch silnější smluvní strany. Přílišná rigidita a agresivita zákonné regulace též může silnějšího partnera od spolupráce se slabším úplně odradit. Liberálnímu a minimálně intervencionistickému přístupu odpovídá, že pokud by soud (nebo správní orgán) měl „opravovat“ vadnou smlouvu, měl by zaplňovat jen skutečné mezery ve smlouvě na úrovni minimálně tolerovatelných podmínek, jež se v maximálně přípustné míře podobají podmínkám podle reálné vyjednávací síly a jsou ještě výhodné pro silnější smluvní stranu.⁵¹⁹

6.8 Procedurální poctivost standardních obchodních podmínek⁵²⁰

6.8.1 Pojem a podstata

Pojem „obchodní podmínky“ lze v češtině chápat jednak *obsahově* (tedy to, *na čem* se smluvní strany dohodly) a posuzovat „správnost a poctivost“

⁵¹⁸ Srov. BEN–SHAHAR, op. cit., s. 899. V českých podmínkách se např. řetězce uchylují k jednotné ceně, která již v sobě zahrnuje částku, která se nesmí vybrat ze zákonem zakázaných poplatků; nebo požadují skonto za zaplacení faktury před lhůtou splatnosti či sice zaplatí včas, ale pak si vezmou od dodavatele půjčku, kterou on se jim neodvážá odmítnout, atp. Platí se údajně i zákonem nezakázané poplatky, které plní funkci zakázaných (fixní, logistické, sortimentní, kooperační...).

⁵¹⁹ Argumentace se nese v tomto duchu tamtéž (s. 905–906).

⁵²⁰ Navazují na dílčí studii BEJČEK, J. Některá úskalí racionality obchodních podmínek. *Právní rozhledy*. Praha: C.H.Beck, 2015, roč. 2015, č. 18, s. 611 - 621.

tohoto smluvního obsahu;⁵²¹ jako obchodní podmínky v *institucionalizovaném* či *formálním* smyslu se ovšem označují také vedlejší ujednání, jež se stanou součástí smlouvy.⁵²² Toto jejich „vedlejší umístění“ může významně ovlivnit (prohloubit) informační asymetrii stran a kvůli specifické kontraktaci s takovými standardními obchodními podmínkami spojené (adhezní kontraktace) má významný dopad na autonomii vůle a zasahuje do faktické rovnosti stran. Ve standardních obchodních vztazích probíhá střet zájmů mocensky nevyvážených stran, a tuto problematiku není tudíž možno oddělit od ochrany slabší strany. Proto se jí zabývám v následující pasáži, byť rozbor těchto otázek je obecněji použitelný, zčásti přesahuje téma této práce a představuje jisté vybočení.

U řady smluv je účelné vzhledem ke standardnosti a opakovanosti velké části obsahu sjednat část obsahu smlouvy formou obchodních podmínek, tedy nepřímým smluvním ujednáním, které se stane součástí smlouvy v okamžiku, kdy s tím obě strany projeví souhlas.⁵²³ Tradičně platí zásada, že odchýlná ujednání ve smlouvě mají před zněním obchodních podmínek přednost.⁵²⁴ Praktická zkušenost i intuice napovídají, že skutečná vůle stran se projeví pravděpodobněji a přesněji při individualizovaném smluvním vyjednávání nežli při akceptaci předem připraveného textu, kterému strany nezřídka nevěnují patřičnou pozornost, pokud jej vůbec čtou. Preference individuálně vyjednaných podmínek před podmínkami standardními je rovněž mj. projevem zásady autonomie vůle.

Podle některých názorů není vůbec nutné hledat obchodní podmínky tradicionalisticky vždy v nějakém standardně separátním dokumentu odlišném od textu „vlastní smlouvy“.⁵²⁵ Obchodní podmínky (*standard terms*)

⁵²¹ Tomu se v němčině pro větší přesnost říká *Konditionen*, na rozdíl od vlastních vedlejších ujednání zvaných *Bedingungen* nebo (*allgemeine*) *Geschäftsbedingungen*. Má-li jeden obchodní partner „lepší obchodní podmínky“, rozumí se tím obvykle výhodnější obsah smlouvy, nikoliv lepší standardní podmínky umístěné mimo vlastní smlouvu.

⁵²² Srov. např. § 1799 ObčZ, § 273 ObchZ.

⁵²³ Kromě homonymního názvu nemají obchodní podmínky nic společného s podmínkami (*conditiones*) ve smyslu § 548 ObčZ.

⁵²⁴ § 1751 ObčZ věta druhá, § 273 odst. 2 ObchZ.

⁵²⁵ Upozorňuji na to PELIKÁNOVÁ, I.; PELIKÁN, R. IN ŠVESTKA, J.; DVORÁK, J.; FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 70; tento „formální“ přístup autoři této části komentáře považují za „velmi nesprávný“. Správností tohoto kategorického konstatování si nejsem jist.

mají podle nich být totiž jakékoliv nikoliv individuálně dojednané součásti smluv, které mohou být jevově skryty jako součást individuálně dojednané smlouvy, pokud se určité „bloky“ takto sestavených smluv očitly fakticky mimo kontraktační dispozici druhé strany, protože šlo o předpřipravené a opakovaně používané klauzule bez ohledu na svoje umístění. Obchodní podmínky jsou podle nich předem připravená a při kontraktaci opakovaně použitelná nepřímá ujednání bez ohledu na svoje fyzické umístění mimo „tělo smlouvy“.

Tradiční pojetí obchodních podmínek samozřejmě vycházelo ze situace, kdy byly obsaženy pouze na listinách mimo text vlastní smlouvy. To je sice stále běžné, ale obchodní podmínky se stále častěji vyskytují i v elektronických databázích, a to nejen ve spotřebitelských smlouvách, ale i ve smlouvách mezi podnikateli. Obchodní podmínky mohou být podle citovaného názoru též fyzicky součástí textu („těla“) písemné smlouvy, aniž tím ztratí svůj charakter. Status obchodních podmínek je prý proto nutno hodnotit materiálně, a nikoliv formálně. Ustanovení zákona o obchodních podmínkách se vztahují event. i na části tzv. „vlastních smluv“, jejichž režim se tudíž musí zkoumat diferencovaně v případě, že celý jejich obsah se mezi stranami nesjednal individuálně. Pro uplatnění platné tuzemské úpravy obchodních podmínek by tedy ani klasická písemná podoba a ani fyzické oddělení obchodních podmínek od textu vlastní smlouvy neměly být nezbytné.

Domnívám se, že s prvním závěrem nelze nesouhlasit (obchodní podmínky se totiž běžně vyskytují v elektronické podobě), ale že druhé konstatování plyne z nedorozumění. Zásady UNIDROIT (čl. 2.19),⁵²⁶ na něž se autoři odvolávají, a jimiž se občanský zákoník inspiruje, hovoří o uzavírání smlouvy za standardních podmínek (*Contracting under standard terms; Vertragsabschluss mit allgemeinen Geschäftsbedingungen; Clauses-types*).

⁵²⁶ Srov. UNIDROIT. *Zásady mezinárodních smluv*. Praha: CODEX Bohemia, 1997, s. 63–64. V tomto komentáři se skutečně píše, že pro „vzorové podmínky“ (český termín není nejspíše nejlepší a v praxi se nepoužívá–pozn. aut.) není rozhodující ani jejich forma, např. zda jsou ve zvláštním dokumentu nebo ve smlouvě samé; byly-li vtištěny předem nebo jsou-li pouze zaznamenány v počítači, atd.; ani kdo je připravil, ani jejich rozsah. Ve verzi UNIDROIT PRINCIPLES 2010 se (ani po přečíslování na bod 2.1.19) nic nemění, včetně konstatování, že implicitní včlenění standardních obchodních podmínek lze připustit jen v případě, že existuje pro tento účel stranami stanovená praxe nebo zvyklost.

Rozhodující je i podle komentáře UNIDROIT, aby tyto podmínky byly pro běžné a opakované použití stanoveny předem (nejde tedy v pravém slova smyslu o „vzor“, ale o povinný „standard“; pozn. aut.) a aby skutečně nebyly používány jednou stranou bez jednání s druhou stranou. To však odpovídá spíše předpokladům pro použití úpravy tzv. adhezních smluv podle § 1798 a násl. ObčZ.

Tzv. „vzorové podmínky“ obsažené „ve smlouvě samé“ si lze představit jako nějak graficky oddělenou součást textu („těla“) smlouvy nebo její přílohu, ale sotva jako nevyjednané (tedy tzv. standardní) podmínky volně a nerozeznatelně rozptýlené ve smluvním textu. Pro tu první identifikovatelnou skupinu se tradičně volí název „obchodní podmínky“ (*standard contract terms, allgemeine Geschäftsbedingungen*, atp.), zatímco na druhý případ *základních* (!) individuálně nevyjednaných podmínek se použije úprava smluv uzavíraných adhezním způsobem. Slovní spojení „obchodní podmínky“ je tedy polysém a může označovat mj. buď institucionalizovanou, formalizovanou a generalizovanou podobu podmínek dodávek, odběru, služeb, atp.,⁵²⁷ a nebo prostě dodací či jiné obchodní (platební, fakturační, reklamační aj.) podmínky⁵²⁸ sjednané (individuálně negociované) v konkrétním případě.

Právně politickým i pozitivistickým argumentem proti umělému směřování a matení pojmů cestou umělé diferenciacie („materiální a formální“ obchodní podmínky), jejichž oddělení má svůj metodologický a i praktický význam, je úprava tzv. včleňovací doložky v § 1799 ObčZ. Inkorporační klauzule má totiž smysl jen a pouze tehdy, pokud ji strany přijímají jako obsah smlouvy a vnášejí do (!) ní něco, co není obsaženo přímo v jejím „těle“. Obchodní podmínky v tomto „zavedeném“ slova smyslu nemohou být umístěny jinde než mimo vlastní smlouvu. Pokud se ve vlastní smlouvě vyskytují některá ujednání, která nebyla individuálně projednána a mají charakter „základních podmínek“, nemohla a nemusela být včleňována žádnou inkorporační klauzulí, protože tvoří součást vlastní smlouvy, která se eventuálně bude posuzovat podle pravidel pro adhezní kontraktaci.

Zákon rovněž nevyklučuje (tedy implicitně připouští) použití obchodních podmínek u smluv uzavřených ústně nebo konkludentně. Obchodní podmínky lze ovšem v takovém případě sotva „připojit“ k nabídce v nikoliv

⁵²⁷ *Standard (!) terms; Allgemeine (!) Geschäftsbedingungen.*

⁵²⁸ *Terms; Liefer-, Zahlungs-, Reklamations... bedingungen.*

verifikovatelné trvalé podobě, ale je možno je určit jako součást smlouvy, pokud jsou stranám známy. Protože strana, která bude tvrdit, že smlouva byla uzavřena ve znění určitých obchodních podmínek, by to musela dokázat, je možnost kombinace obsahu smlouvy z ústně individuálně ujednaného obsahu a písemně nezachycené včleňovací doložky spíše intelektuálním cvičením, nežli praktickou variantou obchodního jednání.

6.8.2 Způsob vzniku a působnost obchodních podmínek

Z tohoto hlediska se obchodní podmínky tradičně dělily⁵²⁹ na:

- a) Všeobecné obchodní podmínky *odborných nebo zájmových organizací* (obchodní podmínky „vzorové“, či „kvalifikované“). Vypracovávají je různá podnikatelská sdružení oborová⁵³⁰ nebo nadoborová,⁵³¹ a to tuzemská i mezinárodní.⁵³² Při tom se mohou snadno dostat do rozporu se zákazem protisoutěžní horizontální koordinace soutěžitelů.⁵³³ Většinou se předpokládá jejich známost a lze na ně v obchodních vztazích mezi podnikateli jen odkázat.⁵³⁴ V jednostranných obchodech (B2C) by obchodní podmínky měly být připojeny k nabídce, nejsou-li stranám z dřívějšíka známy.⁵³⁵ To platí i pro obchodní podmínky smluv uzavřených bez účasti podnikatele, které občanský zákoník implicitně připouští.⁵³⁶

⁵²⁹ Srov. např. KOPÁČ, L. Nepřímá ujednání v obchodních smlouvách. *Právní rádce*. 1993, č. 8. s. 11–13.

⁵³⁰ Např. Sdružení výrobců skla.

⁵³¹ Např. Hospodářská komora.

⁵³² Srov. několikavazkové a velmi obsáhlé smluvní podmínky v investiční výstavbě FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*). Přehled viz <http://fidic.org/bookshop>.

⁵³³ Dohoda nebo rozhodnutí sdružení soutěžitelů s cílem nebo výsledkem omezení hospodářské soutěže zakázané § 3 OHS.

⁵³⁴ Srov. § 1751 odst. 3 ObčZ.

⁵³⁵ Srov. § 1751 odst. 1 ObčZ.

⁵³⁶ Např. pro často opakované smlouvy nájemní nebo sponzorské, u nichž by odkaz na obchodní podmínky ušetřil poskytovatel transakční náklady; obchodní podmínky by umožnily jednou profesionálně a důkladně zpracovaný smluvní model použít opakovaně a náklady na něj rozložit do všech smluv později uzavřených s jejich použitím. Tato možnost se od individuálně sjednané podrobné smlouvy na základě zpracovaného návrhu liší jen nepatrně a racionální by byla jen v případě, kdy by nepodnikající poskytovatel z dobrých důvodů o té části smlouvy vtělené do obchodních podmínek nemohl či nechtěl individuálně vyjednávat a nabízel by ji jako „balíček“ nepřímých jednání obsažených v obchodních podmínkách. Ustanovení o překvapivých obchodních podmínkách (§ 1753, § 1754 odst. 2 ObčZ) by se uplatnila také a kvůli neprofesionalitě akceptanta obchodních podmínek patrně s přísnějším standardem jasnosti a srozumitelnosti obsahu nepřímého ujednání.

- b) Všeobecné obchodní podmínky *jedné smluvní strany* (jednostranně koncipované, byť formálně smluvně zakotvené). Podnikatel, který na ně v návrhu smlouvy odkazuje, sleduje samozřejmě především vlastní zájmy, a proto očekává, že druhá strana tyto obchodní podmínky přijme beze změny. Svou nabídku na spolupráci s druhou stranou podmiňuje přijetím svých obchodních podmínek; jedná se o případ adhezní kontraktace (*take it or leave it*). Znalost takto vzniknuvších obchodních podmínek se na rozdíl od první skupiny předpokládat nedá a partneri se s nimi musí skutečně seznámit. Pokud má navrhovatel obchodních podmínek vyšší tržní sílu nebo dokonce dominantní postavení, partnerům často nezbyvá nic jiného, než s podmínkami souhlasit. Proto je obsahová kontrola správnosti (korektnosti, poctivosti) takových obchodních podmínek ve prospěch ochrany druhé strany standardem.⁵³⁷
- c) Všeobecné obchodní podmínky *sjednané stranami* bývají zpravidla dlouhodobější. Jejich platnost může být omezena na dobu určitou nebo také až do případné změny mohou platit na dobu neurčitou. U jednorázových a nahodilých obchodů se obchodník vesměs přizpůsobí obchodním podmínkám zpracovaným partnerem - kvůli jednomu obchodu se nevyplatí obchodní podmínky sjednávat, potřebný obsah ujednání se vloží do jednorázové smlouvy. Tyto obchodní podmínky se mohou ujednáním stran vztáhnout i na všechny dostatečně přesně určené smlouvy budoucí uzavřené mezi stranami, i když by se ony jednotlivé smlouvy na tyto obchodní podmínky neodvolávaly.⁵³⁸

6.8.3 Všeobecné a statusově rozlišené obchodní podmínky

Obchodní zákoník používal termín *všeobecné* obchodní podmínky (vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi) v kontrastu k tzv. *jiným*

⁵³⁷ Navíc působí ochrana podle zákona o ochraně hospodářské soutěže před možným zneužitím dominantního postavení ve formě vynucování nepřiměřených podmínek, zvláště pak před vynucováním plnění, jež je v nápadném nepoměru k poskytovanému protiplnění.

⁵³⁸ Neuplatní se samozřejmě dřívější praxe direktivního plánovaného hospodářství, kdy tzv. základní podmínky dodávek měly formu podzákoného právního předpisu v zásadě kogentního charakteru (např. vyhláška č. 82/1977 Sb., o ZPD hutních výrobků, vyhláška č. 104/1973 Sb., o ZPD stavebních prací, aj.), ale obsahem se blížily tomu, co se dnes označuje jako všeobecné obchodní podmínky. Běžná je však měkká verze něčeho podobného – akceptace obchodních podmínek FIDIC (mezinárodního sdružení) se běžně vyžaduje jako podmínka v zadávací dokumentaci pro zadávání stavebních veřejných zakázek pro uchazeče. Jde vlastně o fatickou závaznost metodiky s účinky „*hard law*“.

obchodním podmínkám. Tato diferenciaci byla neurčitá a poněkud umělá – režim obchodních podmínek na ní stejně závisel, jen pokud šlo o předpoklad známosti podmínek (u tzv. všeobecných obchodních podmínek se předpokládalo, že jsou stranám známy), resp. o jejich skutečnou znalost (u tzv. jiných podmínek, které musely být k ofertě fyzicky přiloženy).⁵³⁹

Ani v režimu obchodního zákoníku samozřejmě nic nebránilo vedlejším smluvním ujednáním, u nichž byly přiloženy k ofertě všeobecné obchodní podmínky, resp. naopak nemusely být přiloženy tzv. obchodní podmínky jiné, které stranám byly známy (typicky z předchozích smluvních vztahů). Pokud není text takových podmínek ke smlouvě přiložen, bude v souladu s požadavkem poctivosti, ochrany dobré víry (a koneckonců i autonomie vůle, která se bez potřebných informací nemůže projevit), aby text takových podmínek byl všeobecně přístupný nebo byl někde vyhlášen.

Občanský zákoník tuto nejasnou diferenciaci obchodních podmínek nespojuje s právními důsledky. Obchodní praxe a odborná kontraktační hantýrka jí však mohou zajistit přežívání i v nových právních poměrech; navíc když zákon sám bez zřejmého důvodu přívlastek „všeobecné“ u obchodních podmínek (snad nezáměrně a ze setrvačnosti) používá, ač by i bez něho byl význam pojmu „obchodní podmínky“ a celé normy stejný.⁵⁴⁰

Otázka ovšem je, co se pod tímto atributem všeobecnosti bude rozumět, a zda toto označení vůbec bude právně relevantní. Intuitivně patrně neoznámíme za „všeobecné“ takové obchodní podmínky, které se použijí pouze pro jeden případ (pak by vlastně ani nešlo o obchodní podmínky, ale o přímou součást oné jediné smlouvy); opakovanost a záměr používat obchodní podmínky i do budoucna na neurčitý počet případů lze pokládat za „všeobecnost“ či „standardnost“ obchodních podmínek. Za „všeobecné“ se nebudou považovat individuálně sjednané podmínky jen kvůli tomu, že se opakovaně použijí i v dalších případech (kvůli úspoře času nebo z pohodlnosti či proto, že jsou prostě vhodné).

Obvyklé v obchodních vztazích je koncipovat obchodní podmínky předem, ale je samozřejmě možné učinit součástí smluv i obchodní podmínky uzavřené po uzavření konkrétních smluv. Bylo by však možná interpretačně riskantní

⁵³⁹ Srov. § 273 odst. 1 ObchZ.

⁵⁴⁰ Srov. § 1827 odst. 2 ObčZ.

vypořádat se v takovém případě u některých náležitostí s předností smluvních ujednání (i těch dřívějších⁵⁴¹) před ustanovením obchodních podmínek podle § 1751 odst. 1 ObčZ. Pokud by o této otázce nebyla jasná dohoda v dodatku o včlenění obchodních podmínek do smlouvy, informované včlenění obchodních podmínek *ex post* do již uzavřené smlouvy by se muselo vykládat v celém rozsahu obchodních podmínek jako pozdější smluvní ujednání s předností před ujednáními dřívějšími.⁵⁴² Bezpečnější by samozřejmě bylo aktualizovat staré smlouvy ve znění pozdějších obchodních podmínek.

Vzhledem k odlišným podmínkám kontraktace a z toho plynoucím jiným standardům ochrany se musí vyřešit otázka, zda se mají klást rozdílné nároky i na *spotřebitelské* obchodní podmínky na jedné straně a na obchodní podmínky *podnikatelské* na straně druhé.

Přes sjednocení soukromého obligačního práva v občanském zákoníku zůstaly z pochopitelných důvodů zachovány tradiční rozdílné standardy a požadavky kladené na obchodní profesionální partnery a na druhé straně na ochranu spotřebitele. To se nezřídka projevuje i v odděleném koncipování obchodních podmínek. Rozlišují se proto důvodně dvě skupiny: obchodní podmínky „spotřebitelské“ a obchodní podmínky „podnikatelské“.⁵⁴³

Ve druhém případě lze obchodní podmínky lépe koncipovat jako obecné („průřezové“) pro všechny budoucí vztahy dlouhodobých či plánovaně dlouhodobějších partnerů a bez ohledu na to, v jakých smluvních typech se odehrají (např. reklamační podmínky, podmínky přepravy a balení, fakturační a platební podmínky mohou být standardní a „sběrné“ pro různé smluvní typy). Obchodní podmínky by měly určit, k jakému smluvnímu typu vytvářejí podpůrné (nepřímé) smluvní ujednání.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ Argumentem „obchodní podmínky jsou sice pozdější než smlouva, ale zákon stanoví přednost smluvních ujednání před obchodními podmínkami.“

⁵⁴² Případ tzv. teleologické redukce.

⁵⁴³ „Obchodní“ jsou podmínky prakticky vždy – v tom smyslu, že nejméně na jedné straně stojí podnikatel. Představa nepodnikatelského subjektu, který má „obchodní“ podmínky, neladí s dosavadní realitou hospodářského života. Zákon tuto možnost nevylučuje (viz příklady v pozn. 536), ale praktická účelnost, funkce obchodních podmínek a náklady na jejich tvorbu a notifikaci je zařazují přirozeně do oblasti (typicky opakovaných a masových) vztahů obchodních.

⁵⁴⁴ Obchodní podmínky k inominátním smlouvám valný smysl nedávají kvůli své značné obecnosti; zásada autonomie vůle je připouští, ale musely by splnit všechny požadavky stanovené zákonem, především požadavek určitosti projevu vůle.

Rozdělení na „spotřebitelské“ a „podnikatelské“ obchodní podmínky má právní význam především z hlediska informačních povinností, odhlédneme-li od specifických obsahových požadavků na tzv. spotřebitelské smlouvy, které se musí dodržet i v rámci nepřímých smluvních ujednání o obchodních podmínkách.⁵⁴⁵ Pokud se ve vztazích mezi podnikateli určí část obsahu smlouvy odkazem na obchodní podmínky externě vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi (předpokládá se, že jsou známé a vyhlášené), nemusí se ony obchodní podmínky (někdy se nazývají „vzorové“) k návrhu smlouvy přikládat. Nestanoví se ani podmínka, že takové obchodní podmínky jsou druhé straně známy.

Je to výraz profesionality, který se dá samozřejmě zneužít. Ony zájmové a odborné organizace zákon blíže nespecifikuje. Mohou tedy být třeba i „prodlouženou rukou“ jedné ze stran. Mírnější požadavky na informační standard druhé strany ve vztahu k obchodním podmínkám při podnikatelské kontraktaci musí samozřejmě splňovat obecné požadavky na poctivost jednání, ochranu dobré víry, zákaz zneužití práva, atd.

Zvolené řešení (převzaté ostatně z § 273 ObchZ) použití těchto korektivů nevylučuje, ale na druhé straně odstraňuje ve většině případů pochybnosti o obsahu smluv uzavíraných standardně mezi podnikateli a zbavuje je zbytečné informační (resp. redundantní) formální zátěže.

Některé obchodní podmínky podnikatelů v regulovaných odvětvích mají zákonem předepsaný minimální obsah.⁵⁴⁶ Obsah některých obchodních podmínek někdy schvaluje nebo dokonce přímo stanoví regulátor.⁵⁴⁷

U obchodních podmínek, které netvořily odborné nebo zájmové organizace, musí být naplněn vyšší informační standard, což zákon zajišťuje požadavkem, aby podmínky byly k ofertě přiloženy, pokud nejsou stranám při uzavření smlouvy známy.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ Srov. § 1810 a násl. ObčZ.

⁵⁴⁶ Srov. např. § 2774 ObčZ o pojistných podmínkách. Zákon č. 29/2000 Sb., o poštovních službách („PoštSl“), stanoví povinnost vydat poštovní podmínky a vyžaduje, aby měly minimální obsahové náležitosti. Jednou z nich je výčet ustanovení, od nichž se nelze dohodou stran odchýlit [srov. § 6 odst. 2 písm. n) PoštSl].

⁵⁴⁷ Srov. § 7 zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon)–„EnerZ“ - který tuto pravomoc svěřuje Energetickému regulačnímu úřadu.

⁵⁴⁸ Příložením obchodních podmínek až k uzavření smlouvy nebo jiné dodatečné seznámení druhé strany s jejím obsahem samozřejmě tento informační standard neobsahuje a nezabezpečuje druhé straně informovaný projev vůle při kontraktaci.

Znalost obsahu podmínek se přitom nedá dovozovat z pouhé opakované kontraktace, neboť druhá strana je nemusela znát ani v jednom případě předchozí kontraktace; naopak ji lze prokázat podpisem druhé strany připojeným k prohlášení, že se seznámila s obsahem přesně identifikovaných obchodních podmínek, a event. i o tom, že jim rozumí. U nových a jednostranně vypracovaných obchodních podmínek je přiložení jejich textu vhodnější (pocitivější, resp. přinejmenším alibističtější) nežli pouhé seznamovací prohlášení.

Praktický význam může mít diferenciací informačního standardu o obsahu obchodních podmínek pro podnikatele, kteří kontrahují jak ve vztazích s jinými podnikateli (B2B), tak i ve vztahu se spotřebiteli (B2C), resp. ve vztazích ke státu nebo samosprávným územním jednotkám (B2G)⁵⁴⁹ nebo k jiným nepodnikatelským subjektům (B2A).⁵⁵⁰ Namísto pracovního a nákladného rozlišování, zda jsou v tom či onom případě obchodní podmínky druhé straně známy, bude praktičtější text těchto podmínek pro jistotu ke každé ofertě přikládat.

V praxi se proto text obchodních podmínek umísťuje na zadní stranu předtištěných formulářů o uzavření smlouvy. Odkaz na umístění aktuálního znění obchodních podmínek na internetu (ale samozřejmě tak, aby byl druhé straně dostupný před uzavřením smlouvy) spojený s potvrzením akceptanta, že se s podmínkami seznámil, by mohl být v liberální interpretaci dostačující ve vztazích B2B. U spotřebitelských smluv by to bylo spojeno s rizikem, že se bude restriktivně vykládat povinnost podnikatele poskytnout spotřebiteli kromě znění smlouvy i text všeobecných obchodních podmínek.⁵⁵¹

Restriktivnější výklad ve prospěch akceptanta může naopak dovozovat, že samotný odkaz na umístění textu na internetu by nestačil nejen u smluv spotřebitelských, ale i v podnikatelských vztazích. Obchodní podmínky jsou

⁵⁴⁹ *Business to Government.*

⁵⁵⁰ Ve vlastní licenci používám obrat „*Business To Anybody*“.

⁵⁵¹ Srov. § 1827 odst. 2 ObčZ. Poskytnutí informace o obchodních podmínkách může být „fulltextové“ nebo se může „odbyť“ jen odkazem na zdroj informace. Spotřebitel by se např. mohl účelově bránit tím, že v době uzavření smlouvy neměl fyzicky přístup k internetu, byť smlouvu podepsal včetně prohlášení o tom, že se seznámil se zněním obchodních podmínek umístěných na internetu. Mohl by se event. odvolávat i na překvapivost některého ustanovení obchodních podmínek vzhledem ke zprostředkovanému způsobu vyjádření obsahu podle § 1753 ObčZ.

součástí smlouvy jen v případě, že jsou (tedy skutečně) stranám známy, nebo sice fakticky známy nejsou (protože si je druhá strana na své vlastní riziko před uzavřením smlouvy nepřčetla), ale známy být mohly, protože musí být k nabídce připojeny (a že odkaz na jejich umístění mimo nabídku tedy opravdu požadavku zákona nevyhovuje).⁵⁵²

Nejspolehlivější řešení je neumožnit zájemci další postup v elektronické kontraktaci před tím, než potvrdí, že se s obchodními podmínkami seznámil, že jim porozuměl a souhlasí s nimi. U kontraktace klasické by mohlo postačovat akceptantem podepsané upozornění na umístění textu obchodních podmínek na internetu, které akceptant bere na vědomí a prohlašuje, že se s ním seznámil a že s obsahem souhlasí. Bude-li taková klauzule v textu smlouvy oddělena a zvýrazněna a navíc zvlášť podepsána (podobně jako rozhodčí doložka ve spotřebitelských smlouvách), takže objektivně nemůže adresáta svým obsahem překvapit, neměla by autonomie vůle stran být zvnějšku korigována ve prospěch ochrany akceptanta. Dovodit kogentní povahu ustanovení § 1851 odst. 1 ObčZ ve vztazích mezi podnikateli není podle mého názoru z čeho.

„Připojení k nabídce“ formou odkazu na text obchodních podmínek mimo smlouvu ve spojení s prohlášením akceptanta o tom, že se s textem seznámil a souhlasí s jeho obsahem, je evidentně možné (gramaticky, formálně-logicky, i z hlediska účelu úpravy). Mezi profesionály to poskytuje dostačnou ochranu před neinformovanou kontraktací.⁵⁵³ Popírat to by mohlo znamenat negaci zásady § 2 odst. 2 ObčZ.⁵⁵⁴

6.8.4 Funkce obchodních podmínek

Obchodní podmínky nemají jen mikroekonomickou funkci ve dvoustranných či vícestranných vztazích konkrétních partnerů, ale jejich masové používání bylo vynuceno potřebou standardizace závazků na plnění masové

⁵⁵² Srov. HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část. § 1721–2054 a související společná a přechodná ustanovení. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 155, s odkazy na CSACH, 2009, op. cit., a tam citovanou německou judikaturu.

⁵⁵³ Obecné nástroje obsahové kontroly smluv (zejm. zákaz zneužití práva, ochrana slabší strany, zákaz jednání v rozporu s dobrými mravy) se tím samozřejmě nevyřazují.

⁵⁵⁴ *Zákonnému ustanovení nelze přikládat jiný význam, než jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti a z jasného úmyslu zákonodávce; nikdo se však nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu.*

spotřeby a snižování nákladů na kontraktaci.⁵⁵⁵ Dobře koncipované obchodní podmínky zejména:

- homogenizují a zprůhledňují soukromoprávní prostředí, v němž se smluvní strany pohybují,
- zakotvují, formalizují a „normalizují“ obchodní zvyklosti,
- vedou nepřímo k proporcionální a vyváženější úpravě vztahů,
- umožňují potenciálním spolupracujícím podnikatelům i zájemcům z řad spotřebitelů informovanější rozhodování o volbě budoucího kontrahenta,
- usnadňují nediskriminační chování na trhu,
- zvyšují právní jistotu,
- racionalizují a typizují hromadné obchody,
- snižují transakční náklady kontraktace,
- vyplňují mezery v právní úpravě typových smluv.

Obchodní podmínky by se neměly ztotožňovat s formulářovým uzavíráním smluv,⁵⁵⁶ byť jde v obou případech o standardizovanou kontraktaci. Rámcové smlouvy jsou smluvní základnou pro uzavírání budoucích smluv mezi stranami. Mohou obsahovat i podstatné náležitosti oněch smluv a mohou naplnit i znaky smlouvy o smlouvě budoucí.

Líší se i způsob vtělení do smlouvy - rámcové smlouvy inkorporaci ke své účinnosti (na rozdíl od obchodních podmínek) nepotřebují. Zatímco odchylná ujednání ve smlouvě mají ze zákona přednost před obchodními podmínkami, neplatí to pro rámcové smlouvy, které naopak mohou závazně stanovit a uzavřít okruh otázek, od nichž se jednotlivé dílčí smlouvy odchýlit nesmí. Rámcové smlouvy svou povahou nemohou existovat v jiné formě nežli dvoustranně či vícestranně sjednaných úkonů.⁵⁵⁷

Samotné použití obchodních podmínek ani v případě kontraktace se slabší stranou nemusí založit vyvratitelnou právní domněnku tzv. *adhezní kontraktace* podle § 1798 odst. 2 ObčZ.⁵⁵⁸ Takový závěr neplyne ani z textu, ani

⁵⁵⁵ Srov. LOCHER, H. *Das Recht der AGB*. 3. Aufl. München: C. H. Beck, 1997.

⁵⁵⁶ Opačně HULMAK, M. *Uzavírání smluv v civilním právu*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 62.

⁵⁵⁷ Rámcové smlouvy tzv. „vzorové“ či vyhlášené zájmovými organizacemi či jednostranně připravené by byly poněkud bizarní.

⁵⁵⁸ Opačně HULMAK, M. a kol., 2014, op. cit., s. 151.

ze smyslu ustanovení. Mj. by to v případě použití obchodních podmínek oběma stranami znamenalo domněnku adhezivní kontraktace z obou stran, což nedává rozumný smysl.

Aby se totiž mohla použít ustanovení občanského zákoníku o adhezivních smlouvách, musí souběžně nastat dva předpoklady:

a) adhezivní kontraktace ve smyslu § 1798 odst. 1 ObčZ a b) postavení adhezivního smluvního partnera jakožto slabší strany ve smyslu § 433 ObčZ.

Smysl a účel úpravy adhezivní kontraktace spočívá právě jen v ochraně slabší strany. Slabší postavení jedné ze stran je hypotézou všech norem obsažených v § 1798 – 1801 ObčZ.

Adhezivní kontraktaci nelze také zaměňovat jen s používáním „masových“ formulářových smluv. Adhezivním způsobem může být smlouva uzavřena i v jednotlivém případě, zejména když se vyjednávací síla stran ocitne ve výrazném nepoměru. Silnější strana pak prosazuje svoji vůli a „vnucuje“ ji straně slabší.

Obchodní podmínky nejsou ani formulářem či podobným prostředkem kontraktace (jen pro formulář či podobný kontraktační prostředek se totiž v zákoně stanoví vyvratitelná domněnka) a ani nemusejí znamenat určení základních podmínek jednou ze stran bez skutečné příležitosti druhé strany obsah těchto základních podmínek ovlivnit.⁵⁵⁹

Domněnka tzv. adheze se určitě neuplatní u smluv vtělujících do svého obsahu obsah obchodních podmínek individuálně sjednaných mezi stranami nebo obchodních podmínek vyhlášených odbornými nebo zájmovými organizacemi či podmínek vzorových, k nimž se strany smlouvy přihlásí.

Samostatným interpretačním problémem je, co znamená „určení“ oněch základních podmínek, které bez souhlasu slabší strany pro ni nejsou závazné, a jak se liší od pouhého „navržení“. Základní podmínky (typu množství, cena, termíny) se dojednávají zpravidla ve smlouvě, zatímco v obchodních podmínkách se upravují standardizovatelné záležitosti, které bezpodmínečně nevyžadují individualizaci (podmínky dopravy, balení, reklamace, fakturační a platební podmínky, apod.).

⁵⁵⁹ Zde zákon (§ 1798 odst. 1 ObčZ) konstrukci domněnky vůbec nepoužil, ale stanovil kogentně věcnou působnost následujících ustanovení.

6.8.5 Kolize obchodních podmínek

Zájmový konflikt partnerů v obchodních vztazích se může projevit tím, že se standardní podmínky zvyhodňující (celkově nebo v parciálních parametrech vztahu) jednu či druhou stranu dostanou do rozporu. Racionalizovaná kontraktace prostřednictvím standardizovaných postupů není ve vztazích mezi podnikateli na rozdíl od vztahů nepodnikatelských výjimkou. Strany si vyměňují typizované smluvní projevy a obě v nich (někdy nepromyšleně a z nepozornosti k typově používaným vyjádřením) odkážou na podpůrnou platnost svých vlastních obchodních podmínek. Ty však mohou tutéž otázku řešit jiným způsobem.⁵⁶⁰ Obojí podmínky přitom strany včlenily do obsahu smlouvy. Problém je, co a v jakém rozsahu z těch či oněch rozporných nebo ne zcela kompatibilních obchodních podmínek platí. V literatuře se problém řeší pod metaforickým vyjádřením „bitvy formulářů“ (*battle of the forms*).⁵⁶¹

Ve spotřebitelských smlouvách (B2C) z povahy věci konflikt obchodních podmínek prakticky nenastane. Spotřebitelé totiž obchodní podmínky nevypracovávají z různých důvodů – nikoliv z pohodlnosti, ale hlavně proto, že to nepotřebují, nevyplatilo by se jim to kvůli jednorázovosti jejich vztahu k podnikateli. A i kdyby je ev. chtěli a uměli vytvořit, podnikatel by stejně prosazoval podmínky svoje, na něž je „zaveden“. Navíc to spotřebitelé nepotřebují především z toho důvodu, že je chrání úprava spotřebitelských smluv, která všechny běžné možnosti zneužití pozice obchodníka vůči spotřebiteli staví mimo zákon.⁵⁶²

V jiných jednostranných obchodech (B2G) by konflikt obchodních podmínek hypoteticky nastat mohl, pokud např. veřejnoprávní korporace ve svém

⁵⁶⁰ Pouhé jiné vyjádření téhož obsahu samozřejmě nevádí, jde o rozdílný obsah.

⁵⁶¹ Srov. např. RÜHL, G. The battle of the forms: comparative and economic observations. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. 2003, no. 24, s. 189–224; BEN-SHAHAR, O. An ex-ante view of the battle of the forms: inducing parties to draft reasonable terms. *Law@Economics Working papers 2003–2009*. University of Michigan Law School, 2004, s. 1–28, <http://repository.law.umich.edu/>; COLLINS, P. Battle of the forms. *Field Law*. Spring 2011, <http://www.fieldlaw.com/>. Z českých pramenů srov. důkladný komparativní pohled v díle KOTÁSEK, J. Konflikty obchodních podmínek a jejich řešení. *Obchodní právo*. 2015, č. 10, s. 346–359.

⁵⁶² Hypoteticky však nelze pokus o vytvoření obchodních podmínek organizovanou skupinou spotřebitelů v určitých segmentech trhu vyloučit, ale spotřebitel by musel ve smlouvě na takové podmínky odkazovat.

smluvním projevem odkazuje jako objednatel na obchodní podmínky vypracované zájmovou organizací (např. typu FIDIC), a zhotovitel díla zase na své vlastní odlišné obchodní podmínky.

Z povahy věci⁵⁶³ je konflikt obchodních podmínek záležitostí tzv. dvoustranných či vícestranných obchodů (B2B). Podnikateli jako profesionálové by tedy takový konflikt uniknout neměl a smlouvu by s nejistotou o jejím skutečném obsahu uzavřít neměl.

Dřívější obecná úprava v občanském zákoníku 1964, podle níž se kvůli neexistenci úpravy zvláštní musel posuzovat i konflikt obchodních podmínek uzavřených mezi podnikateli, byla založena na principu úplného konsenzu⁵⁶⁴ a odpovídala tradiční anglosaské doktríně (přístupu „*no contract*“). Pokud tedy obě strany odkázaly na svoje vlastní podmínky jako na součást smlouvy a tyto podmínky se neshodovaly, bylo možno to vyložit jako neurčitost (rozpor-nost) projevu vůle o obsahu smlouvy; pokud by nebylo bývalo možné zjistit u soudu skutečnou vůli stran z vlastní smlouvy a konstatovat, že jde o vadu zhojitelnou výkladem,⁵⁶⁵ byla by navzájem kolidující ustanovení obchodních podmínek neplatná a použila by se podpůrně zákonná úprava.⁵⁶⁶

Liberálnější přístupy, které sledují cíl smluvní ujednání spíše ulehčit a umožnit, nežli je zhatit, tedy vycházejí ze tří možných variant řešení situace, kdy nastane u obchodních podmínek tzv. *battle of the forms*.

Podle „pravidla prvního výstřelu“ (*first-shot-rule*) platí obchodní podmínky oferenta; „pravidlo posledního výstřelu“ (*last-shot-rule*) dává relevanci obchodním podmínkám akceptanta; podle „pravidla vylučovacího“ (*knock-out-rule*) není rozhodující formální subjektivní hledisko (kdo obchodní podmínky formuloval), ale hledisko obsahové - platný je průnik obou obchodních podmínek, tedy v rozsahu, v němž se obchodní podmínky nevyklučují. Právě tento posledně uvedený přístup, který nejlépe respektuje vůli stran, se uplatnil i v § 1751 odst. 2 ObčZ. Odpovídá to konečně i liberálnější koncepci vzniku smlouvy i bez úplného explicitního konsenzu podle § 1744 odst. 3 ObčZ.

⁵⁶³ Shodně ŠPAČKOVÁ, M. Všeobecné obchodní podmínky a jejich kolize po rekonstrukci. *Obchodněprávní revue*. 2015, č. 4, s. 108.

⁵⁶⁴ Srov. § 37 odst. 1 a § 44 odst. 2 ObčZ 1964.

⁵⁶⁵ Podle § 266 odst. 4 ObchZ.

⁵⁶⁶ Tento rigidní způsob se někdy označuje jako „*mirror image rule*“.

Z původního principu, že nikomu nelze vnutit jako smluvní projev něco, s čím ve skutečnosti nesouhlasil („no contract“),⁵⁶⁷ se později slevilo ve prospěch existence smlouvy: pokud druhá strana nevznesla proti obchodním podmínkám partnera námitky, mohla v některých případech smlouva vzniknout ve znění obchodních podmínek zaslaných jako druhé v pořadí („last-shot-rule“).⁵⁶⁸

Právní jistotu a teorii vůle tato doktrína vlastně nahradila domněnkou (ne vždy opodstatněnou), že kontrahent má velmi pozorně číst později zasláné partnerovy obchodní podmínky a pokud s něčím konkrétním nebo s celkem obchodních podmínek nevyjádří nesouhlas, obchodní podmínky onoho partnera budou mít přednost před obchodními podmínkami prvního kontrahenta.

Zkoumání skutečné vůle stran soudem (doktrína teorie vůle – srov. § 556 ObčZ, dříve § 266 ObchZ) by nemělo být svazováno podobnými mechanistickými pravidly a zkratkami.⁵⁶⁹ M. Špačková⁵⁷⁰ bystře postřehla rozpor mezi pravidlem o nerelevanci bezodkladně neodmítnutých nepodstatných změn nebo doplňků učiněných ve skutečné akceptaci návrhu (§ 1740 odst. 3 ObčZ) a podpůrným pravidlem o relevanci změn nebo doplňků učiněných v obchodních podmínkách. Smlouva je totiž podle zákona podpůrně uzavřena v tom rozsahu, v němž obchodní podmínky nejsou v rozporu.⁵⁷¹

⁵⁶⁷ Soudce Posner v případě *Northrop*. Tato doktrína se prosazovala i v tuzemské úpravě kontraktace, podle níž se jakákoliv obsahová změna či obsahový (nikoliv pouze formulační) doplněk pokládaly za odmítnutí původního návrhu a za nový protinávrh, který byl nebo nebyl druhou stranou přijat (srov. § 44 odst. 2 ObčZ 1964; stejné rigidní řešení obsahuje i čl. 19 odst. 1 Vídeňské úmluvy o mezinárodní koupi zboží, CISG).

⁵⁶⁸ Soudce Denning v případě *Buttler*. Oba případy uvádí Duhaime's Law dictionary, <http://www.duhaime.org/>. I z této zásady se judikovaly výjimky. Tak se např. (srov. COLLINS, op. cit., s. 2) pokládalo za nepravděpodobné, že pokud by obchodník zastoupený starším manažerem sjednal individuálně určité smluvní podmínky, že by strany souhlasily s obsahem smlouvy změněným podle standardních podmínek později zaslaných řadovými administrativními pracovníky z obchodního a dopravního úseku. V našich poměrech by v takovém případě ovšem pochybnost nenastala, protože platilo a platí pravidlo o přednosti ujednání ve smlouvě před zněním obchodních podmínek (§ 1751 odst. 1 ObčZ). Podpůrná pravidla o významu rozporných podmínek se tedy uplatní jen v případě, že rozporné obchodní podmínky zasahují do otázek nesjednaných individuálně mezi účastníky smlouvy.

⁵⁶⁹ Označovány jako „rule of thumb“, event. „Faustregel“.

⁵⁷⁰ ŠPAČKOVÁ, op. cit., s. 110.

⁵⁷¹ Výraz pravidla „knock out rule“.

V závislosti na tom, zda je odchylná smluvní podmínka umístěna v přímé odpovědi na návrh smlouvy nebo v obchodních podmínkách, se budou podle dispozitivní úpravy lišit právní důsledky. V prvním případě smlouva spíše uzavřena nebude (§ 1726 věta první a § 1740 odst. 3 ObčZ), ve druhém případě uzavřena spíše bude, a to i v případě, že se podstatně mění podmínky nabídky stanovené v později včleněných obchodních podmínkách (§ 1751 odst. 2 ObčZ). Doporučuje se proto v nejasném novém právním prostředí s absentující judikaturou nekonzistentní právní úpravu vyřadit smluvně a vyloučit relevanci jakýchkoliv výslovně nesjednaných odchylek od návrhu smlouvy podle § 1751 odst. 2 ObčZ nebo podle § 1740 odst. 3 ObčZ.⁵⁷² Cesta ke zjednání právní jistoty o existenci a obsahu smlouvy v případě kontraktace za použití obchodních podmínek spočívá buď ve výslovném vyloučení inkorporace partnerových obchodních podmínek do smlouvy bezodkladně po výměně smluvních projevů (přímý způsob),⁵⁷³ nebo ve výhradě oferenta již v nabídce, že odmítá změny či dodatky při akceptaci oferty (nepřímý způsob).⁵⁷⁴ Podobný účinek má i výčet náležitostí, dohoda o nichž se považuje⁵⁷⁵ za předpoklad uzavření smlouvy. Riziko a nejistotu sníží zařazení takových výhrad přímo do hlavní smlouvy (a ne do obchodních podmínek), a to nejlépe nápadným a nesporným způsobem, který vyloučí jejich kvalifikaci jakožto překvapivých či nečekaných klauzulí.⁵⁷⁶

6.8.6 Změna podmínek a jejich rozpor

Podstatná změna podmínek nemusí nutně znamenat rozpor. Rozpor může spočívat buď v tom, že se v obou obchodních podmínkách určitá otázka upravuje, ale odchylně⁵⁷⁷ (pravidlo „vylučovací“ by tedy hledalo „nejmenšího společného jmenovatele“), nebo i v tom, že jedny obchodní podmínky na rozdíl od druhých určitou otázku upravují, ale v téže otázce platí i podpůrná úprava zákonná.

⁵⁷² Srov. ŠPAČKOVÁ, op. cit., s. 111.

⁵⁷³ § 1751 věta druhá ObčZ.

⁵⁷⁴ § 1740 odst. 3 ObčZ.

⁵⁷⁵ Ve smyslu § 1726 věty druhé ObčZ.

⁵⁷⁶ Srov. § 556, 558, event. 1753 ObčZ.

⁵⁷⁷ Např. délka reklamační lhůty, lhůty splatnosti, sazby smluvní pokuty za tutěž protiprávnost, apod.

Pokud jde o první případ, např. z rozdílně stanovených lhůt splatnosti v obchodních podmínkách dodavatele a odběratele - 14 dnů a 14 pracovních dnů - by platila kratší lhůta 14 (kalendářních) dnů, protože je obsažena i v oné lhůtě delší a minimálně na tomto rozsahu se strany shodly. Jde však o rozdíl jen „pouhých“, nebo spíše „celých“ 4 dnů? Může, ale nemusí být podstatný; obě strany by v případě potřeby mohly namítat, že již jde o rozpor. Při posuzování a kvalifikaci neshody jakožto „rozporu“ je potřebné zkoumat smysl a účel ustanovení a použít pravidla o interpretaci projevu vůle (srov. § 556 a násl. ObčZ).⁵⁷⁸ Obchodní podmínky by měly obsahovat jen pravidelné a obecné náležitosti a jemnější detaily ve vztahu ke konkrétnímu zákazníkovi by se měly sjednávat individuálně. I kdyby ovšem obchodní podmínky detailnější úpravu obsahovaly, ujednání ve smlouvě mají před ní přednost.

Mlčí-li o určité otázce obchodní podmínky druhé strany, na něž se ve smlouvě odkazuje, a její dispozitivní úprava v zákoně přitom neexistuje, je zřejmé, že do smlouvy se včlenění úprava obsažená v obchodních podmínkách první strany. Druhá smluvní strana přece uzavřela smlouvu s odkazem na obchodní podmínky první strany právě s tímto obsahem.

Rozpor se ovšem spatřuje také v situaci, kdy se v jedněch obchodních podmínkách určitá záležitost upravuje a v druhých, na něž se také ve smlouvě odkazuje, úprava chybí, ale přitom existuje platná dispozitivní zákonná úprava téže záležitosti. Pak se dovozuje, že součástí oněch „mlčících“ obchodních podmínek jsou pravidla podle příslušné dispozitivní právní úpravy.⁵⁷⁹

Tento restriktivní závěr však není tak jednoznačný vzhledem k dominantní soukromoprávní zásadě autonomie vůle. Mlčí-li obchodní podmínky jedné strany v určité záležitosti a tato strana uzavře smlouvu s odkazem na obchodní podmínky druhé strany, které tutéž záležitost řeší odchylně od zákona, vyjadřuje tím přece s tímto odchylným řešením souhlas. Z jakého důvodu by mělo podpůrné ustanovení zákona, které platí jen v případě, že se strany nedohodly o předmětu dispozitivní úpravy jinak (což by se v uvedeném případě stalo), mít před smluvním ujednáním přednost? Vždyť přece právě

⁵⁷⁸ Tak např. podstatně rozdílná výše sazby smluvní pokuty podle dvou obchodních podmínek může znamenat podstatně odlišnou paušální náhradu škody způsobené porušením povinnosti utvrzené smluvní pokutou (odhadní smluvní pokuta, srov. § 2050 ObčZ), s níž by poškozený nemusel souhlasit.

⁵⁷⁹ Tak HULMÁK, 2014, op. cit., s. 157; PELIKÁNOVÁ; PELIKÁN, op. cit., s. 70.

na obchodní podmínky (a nikoliv na dispozitivní ustanovení zákona) obě smluvní strany odkazují. Mlčení v určité otázce neznamená přece odkaz na dispozitivní ustanovení zákona v situaci, kdy mlčící kontrahent současně akceptuje řešení této otázky v obchodních podmínkách druhé strany, které přijímá jako součást smlouvy.

Smluvní strana, jejíž obchodní podmínky obsahují úpravu odlišnou od dispozitivní úpravy zákonné, může v dobré víře spoléhat spíše na to, že její partner akceptuje řešení v obchodních podmínkách, jejichž znění přijal za součást smlouvy, nežli se domnívat, že se partner nejen ve svých vlastních obchodních podmínkách, ale ani v samotné smlouvě k dotýčné otázce záměrně nevyjádřil proto, aby mohl trvat na řešení zákonném.⁵⁸⁰ Opakovat zákonné řešení v obchodních podmínkách či ve smlouvě je přitom bez dalšího možné, pokud mělo být naplněním partnerovy vůle.

Rozporem v pravém slova smyslu nemusí být hned každá drobná odlišnost, a zejména ne uvedení další náležitosti jednou stranou nad rámec obchodních podmínek předložených druhou smluvní stranou.⁵⁸¹ Obecné pravidlo o uzavírání smluv⁵⁸² stanoví, že je možno návrh smlouvy akceptovat s dodatkem nebo odchylkou, která podstatně nemění podmínky nabídky, pokud takové přijetí navrhovatel bezodkladně neodmítne nebo předem nevyloučí. Může navrhovatel smlouvy s odkazem na vlastní obchodní podmínky považovat v dobré víře za akceptaci, pokud oblát s jeho návrhem souhlasí, ale s dodatkem, že odkazuje na oblatovy vlastní obchodní podmínky, v nichž je obsažena „změna“ oproti návrhu spočívající v mlčení o dispozitivní právní úpravě určité náležitosti, o které se obchodní podmínky akceptanta nezmiňují?

⁵⁸⁰ Srov. též § 4, § 10 odst. 2 ObčZ a jejich ohled na dobrou víru a spravedlivé uspořádání vztahu, platí i § 556 odst. 1 ObčZ.

⁵⁸¹ Německá judikatura (rozhodnutí BGH z 20. 3. 1985, sp. zn. VIII ZR 327/83, podle ŠPAČKOVÁ, op. cit., s. 111, pozn. 28), např. konstatovala, že nic z toho, co si ve svých obchodních podmínkách vymezila pouze jedna strana (konkrétně výhrada vlastnického práva), nezavazuje druhou stranu, jejíž obchodní podmínky takovou klauzuli vůbec neobsahují. Pochybnosti o tomto velmi extenzivním řešení se uvádějí výše. Pokud by se vytvořila zvyklost v tom či onom směru (jednostranně probíraný obsah v jedněch podmínkách bez jakékoliv úpravy v obchodních podmínkách partnera zavazuje/nezavazuje), byla by relevantní za podmínek § 558 odst. 2 ObčZ.

⁵⁸² § 1740 odst. 3 ObčZ.

Další pravidlo *in favorem negotii* stanoví,⁵⁸³ že pokud si strany nesjednaly náležitost, kterou (podle zákona) sjednat měly, hledí se na projev jejich vůle jako na uzavřenou smlouvu, lze-li rozumně předpokládat (zejména, ale nejen) s přihlédnutím k jejich následnému chování, že by smlouvu uzavřely i bez ujednání této náležitosti. Strana může již při kontraktaci dát najevo, že dosažení dohody o určité náležitosti je pro vznik smlouvy podstatné - pak platí domněnka, že smlouva nebyla uzavřena.

Strany ovšem mohou při použití obchodních podmínek smlouvu pokládat za uzavřenou, aniž by si byly vědomy dílčí kolize obchodních podmínek, na něž ve smlouvě odkázaly; přitom nestihnou vyloučit účinek vzniku smlouvy bezodkladně po výměně smluvních projevů. Podpůrně tedy platí, že smlouva byla v rozsahu nerozporných podmínek uzavřena.

6.8.7 Právně-politická a ekonomická hlediska hodnocení konfliktu obchodních podmínek

Rozpor obchodních podmínek partnerů, které vyjadřují nejen komplementární, ale především konkurenční zájmy, je zcela přirozený a pravidelný a měl by být řešen s proporcionálním respektem k zájmům obou stran. Formalistické pravidlo „posledního výstřelu“ v praxi bude bonifikovat prodávajícího, resp. poskytovatele, neboť zájemce většinou u něj poptává. Toto pravidlo je z hlediska stimulace kontrahentů sporné a je vzdáleno realitě již jen intuitivně – proč by vlastně fakt, že návrh je poslední, měl být důvodem k domněnce akceptace druhou stranou? Toto pravidlo může navíc vést k navrhování nenáročných a neefektivních formulací, které nevzbudí pozornost druhé strany a tudíž ani její zájem tyto podmínky „přebíjet“ vlastním návrhem. Navrhovalo se tedy řešení formou tzv. „best-shot-rule“. Soud by podle tohoto pravidla měl dát přednost při řešení konfliktu obchodních podmínek nikoliv hlediskům formalistickým, ale ekonomicky nejrozměrnějším, ovšem v předvídatelné podobě.⁵⁸⁴

Pravidlo „posledního slova“ formalisticky a arbitrárně preferuje stranu, která poslala poslední návrh, a to právě jen kvůli této skutečnosti, a nikoliv pro věcnou výhodnost návrhu. Neodráží a nevyjadřuje smluvní konsenzus

⁵⁸³ Srov. § 1726 větu první ObčZ.

⁵⁸⁴ Tak BEN-SHAHAR, op. cit., s. 3 s odkazem na práci BAIRDA A WEISBERGA. Rules, Standards and the battle of the forms. *Va. L. Rev.* 1982, s. 1217, 1252-57.

a vyvolává transakční náklady. Uplatní se, jen když návrhy stran nejsou v rozporu, takže může zabránit vzniku smlouvy i proti opačné skutečné vůli stran, které by chtěly být smluvně vázány.⁵⁸⁵

Toto pravidlo také stimuluje strany k rozsáhlejší výměně obchodních podmínek a formulářů, protože při vědomí, že „poslední slovo platí“, se chtějí vzájemně „přebít“; to stojí ovšem čas a prostředky. Obchodníci se podle průzkumů⁵⁸⁶ v takových případech snaží o „poslední výstřel“ připojováním standardních podmínek k jakékoliv písemnosti zasílané zákazníkům. Drahé pokusy o maximalizaci vlastního užítku nemaximalizují nezbytně společný užitek obou stran. Transakční náklady se mohou ušetřit při aplikaci této metody snad jen tím, že se díky striktnímu pravidlu nemusí pracně a zdlouhavě za pomoci flexibilních pravidel hledat odpověď na otázku, zda smlouva vůbec vznikla, a v jakém znění.

Pravidlo „zrcadlového odrazu“ (*mirror-image-rule*), které naše právo zastávalo ve shodě s CISG dříve, je velmi rigidní – poskytovalo sice právní jistotu, ale rubem byla nemožnost změnit obchodními podmínkami drobnější náležitosti smlouvy, které byly oboustranně efektivní; takové změny se dříve pokládaly za neplatně učiněné.

Požadavku předvídatelnosti lépe než u tzv. „posledního výstřelu“ konvenuje přístup „*knock-out-rule*“, byť „nejmenší společný jmenovatel v obou rozporných obchodních podmínkách nemusí představovat optimální ekonomické řešení (nejvyšší celkový užitek plynoucí ze smlouvy).

Vzhledem ke speciálnímu ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ nebude patrně soud ochoten uplatnit svoji diskreci podle § 577 ObčZ,⁵⁸⁷ i když ono vážení se týká případů neplatnosti obchodních podmínek pro jejich rozpor a mohlo

⁵⁸⁵ RÜHL, op. cit., s. 211, uvádí příklad, že strany se dohodly na nejdůležitějších podmínkách dodávky, ceně, množství a kvalitě zboží, a to výměnou obchodních podmínek. Smlouva má vzniknout okamžikem dodání zboží - jakmile je kupující přijme. Přestože se nedohodly na všem, chtějí být vázány již ode dne dohody. Nicméně nebudou moci vynucovat vzájemně sjednanou dohodu dříve než okamžikem dodání zboží.

⁵⁸⁶ Tamtéž, s. 213 s odkazem na článek H. BEALEA A T. DUGDALEA. *Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*. 2*Brit. J. L@Soc'y*. 1975, roč. 45, s. 49–50, a na práci G. MURRAYE. *A Corporate Council's Perspective of the „Battle of the Forms“*. 4*Can. Bus. L. J.* 1980, s. 290, 293.

⁵⁸⁷ Je-li důvod neplatnosti jen v nezákonném určení množství, časového, územního nebo jiného rozsahu, soud rozsah změny tak, aby odpovídal spravedlivému uspořádání práv a povinností stran; návrhy stran přitom vázán není, ale uváží, zda by strana k právnímu jednání vůbec přistoupila, rozpoznala-li by neplatnost včas.

by se týkat toho obsahu obchodních podmínek, který se (pro neplatnost v důsledku rozporu) součástí smlouvy nestal.⁵⁸⁸

Toto „vylučovací pravidlo“ umožňuje vznik smlouvy i přes to, že se nabídka a akceptace plně neshodují.⁵⁸⁹ Kromě USA, Francie a Německa se tento princip uplatňuje podle principů UNIDROIT a podle zásad evropského smluvního práva.⁵⁹⁰

„Vylučovací pravidlo“ posiluje autonomii vůle stran a nevnučuje jim řešení, s nímž by nebyly srozuměny, přičemž ani u něj se nemusí návrh a akceptace dokonale překrývat. Nekonečné výměny standardizovaných formulářů se jím také nestimulují a podporuje se rovnost smluvních stran v tom smyslu, že se neumožňuje žádné z nich mít smlouvu pod kontrolou. Nevýhoda spočívá v tom, že se strany mohou svými vylučujícími se návrhy a protinávrhy vzájemně „vyblokovat“ a nechtěně se dopracovat k řešení, které vlastně žádná z nich nechtěla, totiž k zákonným podpůrným standardům.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ V této souvislosti navrhol GOLDBERG, V. P. The „Battle of the Forms“: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule. 76 *Oregon Law Review*. 1997, s. 155, cit. podle BEN-SHAHAR, op. cit., s. 13), aby soud nebyl vázán časovým pořadím různých obchodních podmínek, ale jejich pořadím „rozumnosti“ („reasonable-shot-rule“). Vedou se též těžko uchopitelné disputace (BEN-SHAHAR, O., op. cit., s. 13 a násl.), že rozumnější řešení nemusí být to nejférovější, ale to „nejrozumnější“, čímž se rozumí růst celkové hodnoty transakce, a nikoliv pouhé transfery mezi jejími účastníky („hra s nulovým součtem“). Jde o hledisko tzv. „total welfare“, které však zavání tzv. vnějšími (tzv. celospolečenskými) parametry, jejichž sledování nepatří k cílům závazkového práva soukromého. Důvodem pro nejasné pravidlo o přednosti nejrozumnějšího řešení má být to, že podpůrná úprava nastupující v případě, že se strany nedohodly („gap-fillers“), není tak úplně rozumná a nepředstavuje prý to, co by si strany usilující o maximální užitek dohodly (tamtéž, s. 26).

⁵⁸⁹ Úprava vzniku smlouvy podle § 153 Hospodářského zákoníku č. 109/1964 Sb. byla ostatně založena na podobném principu. Ke smlouvě došlo při dohodě o předmětu a čase plnění, event. o náležitosti vyhrazené jednou ze stran jakožto podmínky vzniku smlouvy. Dohoda o podstatných náležitostech smlouvy mohla být několika způsoby nahrazena, a pokud smlouva vznikla, ale strany se nedohodly o tzv. nepodstatných náležitostech, byla smlouva zásadně uzavřena ve znění změn a doplňků uvedeném v přijetí návrhu smlouvy, nepožádal-li navrhovatel o rozhodnutí o znění smlouvy hospodářskou arbitráž. V módní metaforické terminologii by se to dalo rovněž označit jako aplikace pravidla „last-shot-rule“.

⁵⁹⁰ Jak konstatuje RÜHL, op. cit., s. 199.

⁵⁹¹ Tzv. *default rules*. Srov. tamtéž, s. 217. Jak se tu konstatuje, tato pravidla nemusí být optimální pro řešení konkrétního vztahu – mohou se sice navenek a v abstrakci jevit hezký, ale nemusí moc dobře působit ve prospěch určitého konkrétního obchodu. Jedna strana např. může navrhnout dvouměsíční reklamační lhůtu, druhá tříměsíční. Nedohodnou se a jejich návrhy se vyruší a bude platit zákonná podpůrná lhůta týdenní. Tento příklad by se v podmínkách naší úpravy – a při rozumném výkladu – neuplatnil. Lze totiž (vzhledem k jasné vůli stran mít reklamační lhůtu delší nežli zákonnou) vyložit „neexistenci rozporu obchodních podmínek“ podle § 1751 odst. 2 ObčZ tak, že v délce 2 měsíců rozpor nenastal, ale jenom různice; vůli stran a zřejmému účelu smluvního ujednání mnohem lépe odpovídá dvouměsíční lhůta než podpůrná zákonná lhůta týdenní. Každá ze stran, kdyby si měla vybrat, by určitě dala přednost tomuto „průniku zájmů“ před („právně čistým“, ale neúčelným) podpůrným zákonným řešením.

„Vylučovací pravidlo“ pro konflikt obchodních podmínek, které přijal i občanský zákoník, se dá považovat za efektivnější řešení, konformní se zásadami soukromého práva i se snahou o stimulaci ke snižování transakčních nákladů kontraktace.

K pokusům prosazovat nestrukturované a arbitrární pravidlo jakéhosi „nejlepšího výstřelu založeného na efektivnosti“⁵⁹² by se mělo přistupovat skepticky. Šlo by vlastně o faktický přesun rozhodnutí o obsahu smlouvy na paternalistický moudrý soud, který by měl rozhodnout, co je vlastně pro smluvní strany nejlepší, když už se tedy na tom nedokázaly samy shodnout. Jako normativní obecné řešení, které by mělo být jasné a předvídatelné, se toto kritérium nehodí.

6.8.8 Změna obchodních podmínek

Masové smlouvy spotřebitelské, ale i oboustranně obchodní (typicky smlouvy o bankovních obchodech, o pojištění, o dodávkách energií, apod.) se kvůli racionalizaci a úspoře transakčních nákladů uzavírají vlastně jen s pomocí obchodních podmínek. Změny v ekonomických podmínkách i právním prostředí, které se nemohou neprojevit v dlouhodobějších smluvních vztazích, zasahují tedy i nepřímá ujednání v obchodních podmínkách. Klasická smluvní teorie nekontaminovaná veřejnoprávními regulatorními hledisky zásadně předpokládá konsenzuální změnu vztahu založeného smluvně. Předpokládá ale také, že za změněných okolností by strany měly smlouvu změnit a v případě, že to některé z nich nevyhovuje, závazkový vztah namísto toho ukončit.

Dotýká-li se předpokládaná změna obsahu zakotveného v obchodních podmínkách, musí právo odpovědět na otázku, zda je přípustná jednostranná změna obchodních podmínek s poukazem na to, že smluvní strana s určitým zněním obchodních podmínek v době uzavření smlouvy souhlasila, a zda je tedy možné předpokládat, že by souhlasila i s tím, co dosud neznala a při kontraktaci ani nemohla tušit.

Jde o variaci na téma svobodné a autonomní vůle. Vůle není svobodná a autonomně projevená, pokud její obsah určí druhá strana - a právě to by se při jednostranné změně obchodních podmínek stalo.

⁵⁹² Srov. tamtéž, s. 224.

Obchodní zákoník v § 269 odst. 3 umožňoval dohodu stran o způsobu dodatečného určení obsahu závazku, který však nesměl záviset jen na vůli jedné strany. Občanský zákoník tuto myšlenku v souvislosti s používáním obchodních podmínek vyjádřil strukturovaněji v § 1752. Masové, dlouhodobé a typizované smlouvy odkazující na obchodní podmínky, u nichž se již v předmluvní fázi dá předpokládat rozumná potřeba jejich změny, mohou být spojeny s dohodou stran, že strana může obchodní podmínky v přiměřeném rozsahu změnit.⁵⁹³ Nejde tedy striktně vzato o jednostrannou změnu obchodních podmínek (která by závisela jen na vůli jedné ze stran, tedy při irelevanci vůle strany druhé), ale o dohodu o možnosti jejich jednostranné změny za předpokladu, že jsou naplněny podmínky zákona.

Kumulativní podmínky klade zákon jednak *pozitivní* (musí být splněny):

- běžný obchodní styk,
- dlouhodobé smlouvy,
- opakované plnění stejného druhu,
- část obsahu smluv je určena odkazem na obchodní podmínky,
- již při předmluvním jednání je zřejmá rozumná potřeba změny obchodních podmínek,
- ujednání o způsobu notifikace druhé strany o změně,
- ujednání o právu dotčené strany změny obchodních podmínek odmítnout a v přiměřené a dostatečné lhůtě závazek vypovědět,

a jednak *negativní* (nesmí nastat):

- ujednání o dodatečných („zatěžujících“) povinnostech pro vypovídající stranu,
- změna okolností odůvodňujících úpravu obchodních podmínek, která byla předpokládatelná stranou měnící obchodní podmínky již při uzavření smlouvy,
- změna okolností spočívá jen ve změně osobních nebo majetkových poměrů strany, jež hodlá obchodní podmínky měnit.

⁵⁹³ Zákoné předpoklady samozřejmě platí pro použitelnost této dispozitivní úpravy jako hypotéza právní normy. Strany si samozřejmě mohou sjednat i podmínky a obsah práva změny jinak. Nesmí však překročit zejména kogentní ustanovení na ochranu slabší strany (typicky obsažená v úpravě spotřebitelských smluv), o požadavcích na právní jednání, o obsahové správnosti ujednání, poctivosti, dobrých mravech, apod.

Prostor pro svévoli či libovůli silných subjektů se díky těmto podmínkám sice poněkud omezuje, ale právo přirozeně nemůže zabránit kontroverzní možnosti, že jedna strana může donutit druhou k ukončení právního vztahu tím, že jí změní podmínky; první strana se tak může zbavit i závazku, jenž se pro ni stal nevýhodným. Uplatní se obecná pravidla o obchodní poctivosti a zákazu zneužití práva.

Některé veřejnoprávní předpisy v regulovaných odvětvích⁵⁹⁴ umožňují (kromě jiných odchylek od obecné úpravy závazků) jednostrannou změnu obchodních podmínek a kladou na ni jiné požadavky než § 1752 ObčZ. Otázkou je, zda bude platit obecná úprava občanskoprávní, nebo zvláštní, ale dřívější úprava speciální; jinými slovy, zda občanský zákoník mlčky a nepřímou derogoval v otázce změny obchodních podmínek ony zvláštní veřejnoprávní předpisy.

Podle § 3029 odst. 2 ObčZ nestanoví-li občanský zákoník něco jiného, nejsou dotčena ustanovení právních předpisů z oboru práva veřejného, jakož i ustanovení jiných právních předpisů upravujících zvláštní soukromá práva. Jde o zákonný zákaz nepřímé derogace. Závěr o nepřímé derogaci těchto nejasně vymezených právních předpisů⁵⁹⁵ není spolehlivý a vedl by k právní nejistotě. Že jde o právní předpisy z „oboru práva veřejného“, na něž se zákaz derogace vztahuje, resp. o zákonnou úpravu „zvláštních soukromých práv“, je i přes použití mlhavé terminologie pravděpodobnější (a takový výklad je proto vhodnější a účelnější), nežli porušení tradiční výkladové zásady *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* (zvláštní zákon dřívější se neruší pozdějším zákonem všeobecným).

6.8.9 Překvapivost obchodních podmínek

Zákon nerozlišuje podle podnikatelského či nepodnikatelského statusu předpoklady právní relevance (ani důsledky) takových ustanovení obchodních podmínek, která druhá strana nemohla rozumně očekávat. Jednotný režim překvapivých obchodních podmínek může být v kontextu zvláštního

⁵⁹⁴ Tak např. podle § 50 a 72 EnerZ se umožňuje výrobci nebo obchodníkovi odstoupit od smlouvy, nesouhlasí-li zákazník s navrženou změnou smlouvy (ta se děje vesměs masově právě změnou všeobecných obchodních podmínek).

⁵⁹⁵ Který dovozují PELIKÁNOVÁ; PELIKÁN, op. cit., s. 74.

podnikatelského režimu obchodních podmínek sám překvapivý.⁵⁹⁶ Ve vztazích mezi obchodníky platí totiž zásada, že smluvní stranu vážou obchodní podmínky druhé strany včleněné do smlouvy bez ohledu na to, zda zná jejich obsah a zda porozuměla jejich důsledkům.⁵⁹⁷ Pokud ale druhá strana - bez ohledu na to, zda je podnikatel nebo nikoliv – nemohla určitou klauzuli rozumně očekávat, je bez jejího výslovného souhlasu taková klauzule zásadně neúčinná.

To je důsledek ze zákona, který nestanoví na rozdíl od neplatnosti právního jednání,⁵⁹⁸ že by se jej druhá strana musela dovolat. Mělo by se k němu tedy přihlídnout z úřední povinnosti. Pokud však „překvapená“ strana bude překvapivost klauzule deklarovat a nebude se chovat v souladu s ní a druhá strana se bude soudně domáhat jejího chování podle klauzule, bude důkazní povinnost tvrzení a důkazní břemeno o překvapivosti klauzule na tom, kdo ji odmítá.

Důsledek neúčinnosti stanoví explicitně kogentní ustanovení § 1753 ObčZ – takto kvalifikované součásti obchodních podmínek nezavazují tedy žádnou stranu. Pokud (skutečně a neličené) překvapení odezní a druhá strana toto ustanovení nakonec přijme výslovně, neúčinnost bude zhojena. Stejný důsledek (právní účinnost) bude mít ovšem i takové „rozumně neočekávatelné“ ustanovení obchodních podmínek, které druhou stranu (subjektivně) „překvapilo“ dodatečně, ačkoliv s ním již souhlasila výslovně (nestačí tedy připojení obchodních podmínek k návrhu nebo odkaz ve smlouvě na obchodní podmínky). Konkludentní souhlas v takovém případě nestačí, neboť z něj není jasné, že konkludentně jednající osoba ví, co vlastně z obchodních podmínek jednáním schvaluje.

Překvapivé mohou být podmínky natolik, že se ani součástí smlouvy nestanou, protože si jich druhá strana povšimne a nesouhlasí s nimi. Režim podle § 1753 ObčZ pochopitelně sdílí jen takové překvapivé klauzule, které se součástí smlouvy staly.

⁵⁹⁶ K tomu srov. TICHÁ, M. Dodavatelské smlouvy a ochrana před tzv. adhezními smlouvami. *Obchodněprávní revue*. 2015, č. 3, s. 85 a násl.

⁵⁹⁷ Srov. § 1751 odst. 1 ObčZ.

⁵⁹⁸ Srov. § 586 odst. 2 ObčZ.

Některé klauzule v obchodních podmínkách mohou sice být překvapivé, ale ani jejich výslovná akceptace druhou stranou je nemusí nutně učinit součástí smlouvy, pokud se přičí dobrým mravům nebo odporují zákonu, pokud to smysl a účel zákona vyžaduje.⁵⁹⁹ Zvláštní úprava v § 1753 ObčZ nevyklučuje ani obecné ustanovení o omylu;⁶⁰⁰ je tedy myslitelný případ, že i při splnění podmínek podle § 1753 ObčZ bude překvapivá klauzule v obchodních podmínkách neplatná v důsledku omylu, do něhož byla druhá strana partnerem uvedena.

Úprava vychází z tzv. paušálního souhlasu s obsahem obchodních podmínek a pardonuje jistou nepozornost (a to i u profesionálního akceptanta obsahu obchodních podmínek), resp. počítá s určitou dávkou „racionální rezignace“ spojenou s očekáváním korektnosti obsahu předem připraveného dokumentu, který předkládá druhá smluvní strana. Zakotvení povinnosti poctivosti a presumpce poctivosti a dobré víry⁶⁰¹ poskytuje pro takový postoj i normativní oporu.⁶⁰²

Zákon určuje demonstrativně dvě kritéria pro posouzení „překvapivosti“ ustanovení obchodních podmínek, a to obsah ustanovení a způsob jeho vyjádření.

Lze předpokládat, že rozumný soudce by míru překvapivosti ustanovení posuzoval odlišně u průměrně ostražitého, pozorného a rozumného spotřebitele, a na druhé straně u podnikatele jakožto profesionála – v jeho prospěch by se měla překvapivost klauzule obchodních podmínek hodnotit jen v opravdu excesivních případech.

Výslovný souhlas druhé strany s překvapivými klauzulemi patrně nebude možné a doporučeníhodné „zajišťovat“ tak, že strana podepíše výslovné prohlášení, že se s obchodními podmínkami seznámila, porozuměla jim a že žádnou z klauzulí nepovažuje za překvapivou. Objektivní měřítko překvapivosti a zásada paušálního souhlasu by se tím totiž popřely a účel úpravy

⁵⁹⁹ § 580 ObčZ.

⁶⁰⁰ § 583 a násl. ObčZ.

⁶⁰¹ § 6 a 7 ObčZ.

⁶⁰² Tak např. při standardu běžného paušálního souhlasu s nájmem na dobu určitou nelze očekávat, že v rozsáhlých a drobně tištěných obchodních podmínkách bude obsažena klauzule o automatickém prodlužování nájemní smlouvy, pokud druhá strana neučiní úkon, kterým tomu zabrání.

(podpora právní jistoty a předvídatelnosti řešení na úkor flexibilních řešení a autonomie stran)⁶⁰³ by se tím obešel. Bylo by samozřejmě nutné posoudit v konkrétním případě celý kontext jednání.

S překvapivostí ustanovení obchodních podmínek souvisí i zvláštní pravidla pro interpretaci výkladových doložek.⁶⁰⁴ Tyto doložky se používají pouze v obchodním styku (B2B) a navíc s mezinárodním prvkem. Někteří podnikatelé se mezinárodně obchodními pravidly inspiroují a odkazují na jejich použití i v tuzemském obchodním styku, resp. si mohou vytvářet vlastní analogie k nim.⁶⁰⁵ Jde zejména o nejznámější soubor pravidel INCOTERMS vydávaný Mezinárodní obchodní komorou v Paříži. Tyto doložky racionalizují a zkracují kontraktaci, neboť umožňují vyjádřit celý typizovaný soubor práv a povinností jedinou mezinárodně srozumitelnou zkratkou. Identifikují a konkretizují např. povinnosti obou stran při plnění závazků, distribuují náklady na dopravu i rizika, řeší otázku cel, pojištění apod. Tyto doložky jsou vlastně *de facto* obchodními podmínkami v otázkách, jichž se týkají.

Pokud strany takovou doložku použijí, projeví tím vůli řídit se tím významem doložky, který vykládací pravidla stanoví.⁶⁰⁶ Pro vztahy mezi podnikateli stačí odkaz na příslušná vykládací pravidla (uživatelé jsou profesionálové), zatímco vůči nepodnikateli je možno se významu doložky dovolat jen v případě, že se prokáže, že její význam musel být této straně znám. Předpoklad znalosti vykládacích pravidel u nepodnikatelů by nebyl reálný. Znalost se neprokazuje ve smyslu subjektivně psychologickém, ale objektivním.⁶⁰⁷

Nová obecná úprava obchodních podmínek v občanském zákoníku přináší řadu pozitiv. Představuje dekompozici některých vůdčích zásad, na nichž je rekodifikace založena. Řeší progresivně a ekonomicky i právně politicky

⁶⁰³ Úprava je převzata z čl. 2. 1. 20 UNIDROIT: *(1) No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party. (2) In determining whether a term is of such a character regard is to be made to its content, language and presentation.*

Srov. <http://www.unidroit.org>

⁶⁰⁴ § 1754 ObčZ.

⁶⁰⁵ Ovšem s rizikem, že se nepoužije pravidlo podle § 1754 ObčZ, ale podle § 557, resp. 558 ObčZ (*contra proferentem*, viz výklad níže).

⁶⁰⁶ Konstrukce právní domněnky „má se za to“ v § 1754 odst. 1 ObčZ se kritizuje jako nevhodné vyjádření pouhé dispozitivnosti - tak PELIKÁNOVÁ; PELIKÁN, op. cit., s. 77.

⁶⁰⁷ Srov. § 4 odst. 2 ObčZ.

zdůvodněně a v souladu se soudobými tendencemi smluvního práva konflikt obchodních podmínek, jakož i problém informační asymetrie stran. Podporuje tak zásadně funkčnost těchto nepřímých ujednání. Může se mj. dobře uplatnit i při *asymetrických jednáních mezi obchodními řetězci a jejich dodavateli* jakožto *specializovaná* metoda obecné ochrany slabšího partnera.

6.9 Úprava adhezní kontraktace jako procedurální nástroj korekce slabšího postavení⁶⁰⁸

6.9.1 Podstata adhezní smlouvy

ObčZ nově upravil uzavírání smluv adhezním způsobem (§ 1798 - 1801 ObčZ).⁶⁰⁹ Jde o typicky jeden z nástrojů ochrany slabší strany bez ohledu na její spotřebitelský nebo podnikatelský status. Uplatní se vždy v situacích, kdy jedna strana „určila“⁶¹⁰ druhé straně svoje podmínky, aniž druhá strana měla *skutečnou příležitost* (patrně nejen příležitost formální a jen „naoko“; u druhé strany již tato příležitost stačí i bez jejího naplnění) *ovlivnit* obsah těchto *základních* podmínek. Intenzita ochrany v závislosti na podnikatelském nebo nepodnikatelském statusu se však liší. Použitelnost ve vztazích mezi obchodními řetězci a jejich dodavateli je nasnadě.

Ochrana prostřednictvím explicitně kogentních ustanovení (§ 1801 ObčZ) se vztahuje i na formální znaky poskytnutých informací. Úprava však není selektivně kogentní pro vztahy mezi podnikateli, kteří se mohou domluvit odchylně od ustanovení § 1799 a 1800 ObčZ. Taková odchylka by se však

⁶⁰⁸ Upravená část dílčí studie BEJČEK, J. Soukromoprávní ochrana slabšího obchodního partnera. *Bulletin advokacie*. Praha: Česká advokátní komora, 2015, roč. 2015, 7-8, s. 24-36.

⁶⁰⁹ Důvodová zpráva k ObčZ označuje pojem „adhezní smlouvy“ poněkud štítlivě za slangový (byť i přes tuto údajnou výrazovou pokleslost byl u nás dlouhou dobu termínem kodifikovaným - srov. § 262 odst. 4 ObchZ). Obratná zkratka „adhezní smlouvy“ (ve srovnání s těžkopádným souslovím „smlouvy uzavírané adhezním způsobem“) se však v odborných a kultivovaných právních kruzích i ve světě běžně používá (včetně směrnice EU 93/13), byť adjektivum „adhezní“ necharakterizuje druh smlouvy z hlediska předmětu plnění. Tento znak se však nenapňuje ani u dělení smluv na písemné („smlouvy uzavírané v písemné formě“) a ústní, u dělení smluv na reálné nebo konsenzuální, aniž se zpochybňuje účelnost používání přívlastku. Proto termín „adhezní smlouva“ považují za korektní, účelný a srozumitelný a pracují s ním.

⁶¹⁰ Tzv. „jednostranně určené“ podmínky jsou však obsahem smlouvy, tedy druhá strana s nimi souhlasila - nejde tedy pojmově striktně vzato o „určení“ podmínek, ale o jejich návrh, který druhá strana (s větší či menší vnitřní rezervací) akceptovala.

přesto nepokládala za platně sjednanou, pokud by podnikatel, který to tvrdí, také prokázal, že doložka uvedená mimo hlavní text smlouvy a navržená druhým podnikatelem hrubě odporuje obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku.⁶¹¹

Společenská hlediska (včetně pojetí poctivosti a spravedlnosti) přinejmenším spoluurčují ekonomiku, která není „hodnotově vyprázdněným strojem na peníze“ a nikoliv naopak, že by pouze ekonomika definovala společnost.⁶¹² Navíc ani ekonomické teorie vysvětlující a formující realitu nepatří mezi exaktní (tvrdé) vědy a každá z nich se váže ke konkrétnímu světonázoru a k soustavě představ o tom, co je důležité.⁶¹³ Ani ekonomické, ani právní názory nejsou prosty hodnotových předpojatostí, takže ideologie je důležitá pro rozhodování i v těchto oborech. *Ochrana slabší strany* je jen druh takové *ideologie* (protichůdné k individualistické ideologii „přežití nejsilnějších“).

6.9.2 Adhezní a individuálně sjednané smlouvy

Právě u adhezních smluv se všeobecný požadavek na poctivé jednání docela srozumitelně a jasně „překládá“ do řeči práva a neponechává použití hledisek poctivosti jen na následné soudní kontrole určitých konkrétních transakcí.

Přestože funkcí úpravy adhezních smluv je v pojetí ObčZ evidentně ochrana slabší smluvní strany, *není* mocenská (vyjednávací) *nerovnováha* mezi smluvními partnery k adhezní kontraktaci vůbec *nutná*. Zdánlivá redukce možnosti použít adhezní kontraktaci⁶¹⁴ jen pro vztahy mezi slabší a silnější stranou může přitom mást; je zřejmé, že nerovnováha vyjednávací síly není nezbytným předpokladem adhezní kontraktace, neboť ta probíhá mnohdy i bez

⁶¹¹ Jde o zbytečně komplikovanou konstrukci. Tvrdí se tu, že ustanovení § 1799 a 1800 ObčZ je v zásadě kogentní, ale pro vztahy mezi podnikateli je dispozitivní, ovšem s výjimkou, že doložka mimo text smlouvy je „hrubě nemravná“. Pak je ovšem neplatná a nemá to co do činění s charakterem ustanovení, které by mělo být ex post a v závislosti na podmínkách jednou kogentní a jednou dispozitivní... Následek jednání se tak zaměňuje s charakterem normy, která ono jednání upravuje. Vždyť ale ani dispozitivní ustanovení obecně přece nedovoluje sjednat si obsah závazku v rozporu s obecnými korektivy tzv. „obsahové správnosti“. Konsistentní by bylo nezakazovat ex post samotnou možnost dohody, ale posoudit eventuálně její věcný obsah jako rozporný s těmito obsahovými korektivy (dobré mravy, poctivý obchodní styk, účel zákona apod.), i když to z praktického hlediska bude mít stejné účinky.

⁶¹² Parafraze myšlenky z cit. práce FIKENTSCHER a kol., op. cit., s. 149 a s. 150.

⁶¹³ Srov. SULLIVAN, op. cit.

⁶¹⁴ Srov. § 1798 odst. 1 ObčZ, část věty za čárkou a i jinde v § 1799 a § 1800.

ohledu na ni a z jiných důvodů nežli kvůli snaze využít obchodní převahy vůči smluvnímu partnerovi. Naše právní úprava však pojem adhezních smluv zužuje a upravuje zvláštní právní důsledky jen pro případ, že adherentem je slabší smluvní strana.⁶¹⁵

Spor o to, zda je adhezita kontraktace *příznakem* nebo *důsledkem* nerovnováhy ve vyjednávací síle, je trochu umělý. Adhezita kontraktace totiž může (ale nemusí) být jedním z projevů výrazné nerovnováhy vyjednávacích pozic stran. Ani úprava v § 1798 odst. 1 ObčZ nevyklučuje z hodnocení toho, zda je jedna strana slabší, adhezitu kontraktace jakožto součást komplexnějšího testu existence slabší strany; nepokládá však adhezitu smlouvy za spolehlivý důkaz slabšího postavení adherenta.

Adhezní kontraktaci *nelze také zaměňovat jen s používáním „masových“ formulářových smluv*. Adhezním způsobem může být smlouva uzavřena i v jednotlivém případě, zejména když se vyjednávací síla stran ocitne ve výrazném nepochopitelném. Silnější strana pak prosazuje svoji vůli a „vnucuje“ ji straně slabší.

Adhezitu též *nelze mechanicky spojovat s absencí individuálního projednání* - ani individuální projednání podmínek (typicky „pro forma“) ještě nezajišťuje onu skutečnou příležitost ovlivnit obsah základních podmínek.

Adhezitu smluv spojuje zákon s absencí možnosti autonomie vůle k základním *podmínkám* (plurál)⁶¹⁶ a hovoří o *smlouvě (jako celku)* uzavřené adhezním způsobem;⁶¹⁷ je však zřejmé, že adhezita jediné doložky nečiní z celé

⁶¹⁵ Na rozdíl od úpravy v inspiračním zdroji ObčZ—Quebeckém občanském zákoníku, který v čl. 1379 pokládá za adhezní smlouvu takovou, která nebyla individuálně vyjednatelná (negotiable) z toho důvodu, že její základní ustanovení byla vnucena nebo navržena (imposed or drawn up) *jednou ze stran*. Srov. http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2 & file=/CCQ_1991/CCQ1991_A.html. To, že tu v definici chybí atribut strany silnější, nemusí být někdy významné, ale jindy třeba naopak ano. Někdy může podmínky navrhnout strana slabší (ty by ovšem asi byly individuálně vyjednatelné), ale sotva je může silnější straně vnucovat. Jindy ovšem může podmínky vnucovat právě silnější strana. Může tedy jít o jednu ze součástí testu na existenci slabší vyjednávací pozice, nikoliv však o jediný a kardinální důkaz. Některé základní obchodní podmínky může z dobrých racionalizačních důvodů vynucovat i strana, která by podle jiných hledisek měla slabší vyjednávací pozici.

Podobně se k problému staví Návrh společného smluvního rámce (DCFR), jenž hovoří u adhezní kontraktace jen o „straně“ (party), nikoliv o „slabší“ straně. Srov. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf, II.–1:110: „Terms „not individually negotiated“, s. 185.

⁶¹⁶ Srov. § 1798 odst. 1 ObčZ.

⁶¹⁷ Srov. 1799 ObčZ.

smlouvy smlouvu adhezní a že se musí z tohoto hlediska posuzovat *každá doložka o některé ze základních podmínek* odděleně. Zákon ostatně (v souladu s tradiční zásadou preferovat dílčí neplatnost před neplatností celkovou⁶¹⁸) upravuje konkrétní důsledky adhezity jen u jednotlivých adhezních doložek,⁶¹⁹ a nikoliv u smluv jako celku.⁶²⁰

Adhezita kontraktace šetří *čas a transakční náklady* na obou stranách⁶²¹ a může se projevat i v nižší ceně. Samotná adhezita se někdy chápe jako *procedurální nepoctivost*, jež se však nemusí nutně projevit v nepoctivosti vlastního obsahu takto vzniknuvší smlouvy, podobně jako ani „procedurálně opravdu vyjednaná“ smlouva automaticky nezaručuje obsahovou vyváženost a korektnost a běžné standardy poctivosti. Právní úprava adhezní kontraktace v ObčZ se však obecnou adhezí smluv nezabývá a soustřeďuje se jen na případy možného zneužití adhezních smluv v *neprospěch slabší strany*.⁶²²

Pro použitelnost ustanovení ObčZ o adhezních smlouvách musí být tedy splněny souběžně *dva předpoklady*:

- adhezní kontraktace ve smyslu § 1798 odst. 1 ObčZ a
- postavení adherujícího smluvního partnera jakožto slabší strany ve smyslu § 433 ObčZ.⁶²³

⁶¹⁸ Srov. § 574 a 576 ObčZ.

⁶¹⁹ Srov. § 1799 a 1800 ObčZ.

⁶²⁰ I když obsahuje nad § 1798 poněkud matoucí marginální rubriku „Smlouvy uzavírané adhezním způsobem.“

⁶²¹ Přičemž zákazníkovi–adherentovi–relativně více, protože na rozdíl navrhovatele smlouvy nemá tolik možností, jak transakční náklady rozptýlit do většího počtu transakcí (srov. WOODWARD, op. cit., s. 198).

⁶²² Adhezní kontraktace může též naplnit skutkovou podstatu veřejnoprávního deliktu zneužití dominantního postavení (vynucování nepřiměřených smluvních podmínek dominantním soutěžitelem, vynucování nesouvisejících plnění–junktimace). Některé případy zneužití adhezní kontraktace by mohly spadat i do působnosti ZVTS. Soukromoprávní úprava v ObčZ a veřejnoprávní úprava v ZOHS a ZVTS jsou však na sobě nezávislé.

⁶²³ Není teoreticky vyloučeno, aby adherující stranou byl i silnější partner, a bude naopak úplně běžné, že žádná ze stran adhezní kontraktace není v postavení silnějšího nebo slabšího, na něž by se dalo aplikovat ustanovení § 433 ObčZ, ale že jsou si z hlediska vyjednávací síly v zásadě rovni. Pak se ovšem úprava adhezní kontraktace nepoužije, neboť její ratio a účel spočívají právě jen a pouze v ochraně slabšího. Slabší postavení jedné ze stran je totiž hypotézou všech norem obsažených v § 1798 - 1801 ObčZ. Dokonce ustanovení § 1801 ObčZ, které pro dvoustranné obchody deklaruje dispozitivnost norem obsažených v paragrafech 1799–1800 ObčZ prostřednictvím předchozích paragrafů podmínku slabšího postavení jedné ze stran obsahuje, ale navíc vyžaduje ještě podmínku, že doložka uvedená mimo vlastní text smlouvy hrubě odporuje obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku. Techniku úpravy jsme kritizovali výše.

Adhezní kontraktace tedy opravdu automaticky nepotvrzuje a *neindikuje slabší postavení adherentů* (zásadní rozdíl ve vyjednávací síle stran), ale jen je činí očekávatelnějším. Adhezní kontraktace pouze signalizuje možný nedostatek reálné *příležitosti* druhé strany ovlivnit obsah *základních* podmínek. Proto se stanoví jen *vyvrátitelná* domněnka slabší pozice druhé strany, jejíž *formální* status není důležitý.

V § 1800 ObčZ jsou obsaženy dvě kumulativní podmínky pro ochranu slabší strany před důsledky adheze:

- nejprve se musí v kontrakčním kontextu zjistit, zda je strana *skutečně* „slabší“, a
- teprve potom lze hodnotit, zda *uzavřela* adhezní smlouvu.

Na možnosti soukromoprávní ochrany za pomoci ustanovení ObčZ proti zneužití adhezní kontraktace nic nemění zvláštní veřejnoprávní úprava v ZVTS; veřejnoprávní domněnka významné tržní síly v jejím „objektivním pojetí“ daná zejména obratem odběratele by nebyla relevantní. Musela by se dokázat „*relativní a skutečná slabost*“ dodavatele vůči odběrateli (a nebo také v opačném gardu).

6.9.3 Adhezita celková a částečná

Rovněž by nebylo správné apriorně posuzovat jako adhezní nebo neadhezní smlouvu *jako celek*. Podmínky adhezity mohou být naplněny jen zčásti, třeba i u smlouvy jinak korektně individuálně vyjednané s reálnou možností ovlivnit obsah většiny základních podmínek u obou stran, pokud u některé z důležitých podmínek byla tato možnost odňata.

Adhezní nemusí být tedy celá smlouva (to bývá případ u adhezních smluv typových z úsporných důvodů), ale třeba jen některé klauzule. Bude pro ně platit obdobně to, co pro adhezní smlouvu jako celek, za předpokladů daných zákonem (zejména musí jít o takové klauzule, které se týkají tzv. základních podmínek, a nikoliv podružností).

Problém ovšem je, co se pod *základními podmínkami* má rozumět. Nebudou to základní ustanovení typových smluv, ani celková koncepce smluvního vztahu – tu „určuje“ (lépe řečeno „navrhuje“ a „prosazuje“) vesměs jedna strana i při individuálním vyjednávání a bez ohledu na vyjednávací sílu. Návrh smlouvy přece také nedává jen silnější strana. Ani zadavatel veřejně

zakázky, určující podmínky smlouvy, nemusí mít postavení silnější strany; naopak může být na uchazečích dost závislý. Pravděpodobně bude interpretace taková, že jde o *jakékoliv významné smluvní podmínky*, které v konkrétním kontextu mohou kvůli adhezni kontraktaci vést k *vytváření nebo využití závislosti* slabší strany a k *dosažení zřejmé a bezdůvodné nerovnováhy* ve vzájemných právech a povinnostech stran.⁶²⁴ Adhezni kontraktace, při níž nejde o vztah (výrazně) slabší strany k (výrazně) silnější straně upravě v § 1798 – 1801 nepodléhá.

Domněnka, že adhezitu kontraktace indikuje použití formulářů nebo jiných podobných prostředků⁶²⁵ při jednání se slabší stranou, je vyvratitelná. Nemí tedy nutná pro adhezitu smlouvy v pojetí ObčZ nutná kombinace dvou prvků, tedy standardní formy a nevyjednatelnosti (*nonnegotiability*),⁶²⁶ nýbrž stačí posléze uvedený prvek – že se o podstatě smlouvy vůbec nepřipouští seriózní jednání. Dojednaná smlouva je tedy protiklad smlouvy adhezni.

Domněnku adhezity kontraktu by mohl vyvrátit silnější smluvní partner i jen pouhým důkazem o tom, že druhá strana měla skutečnou (nikoliv hypotetickou) *příležitost* některou z tzv. základních podmínek vyjednat individuálně. To ovšem neznamená, že si ji slabší partner nutně musel také *prosádit*; při obchodním smlouvání jde vždy o vztah plnění a protiplnění. *Skutečná* příležitost může být uznána, byť by třeba nakonec byla *zmařena* úmyslnou a vědomou rezignací slabšího na jednání, k němuž byl vyzván, odmítnutím kontraktace nebo i nedosažením dohody za existujících podmínek.

Z hlediska praktického je důležité, aby si podnikatelé byli vědomi, že se při použití *smluvních formulářů* a podobných prostředků při sjednávání smlouvy (vůči pravděpodobně slabší straně) možná změní jejich *postavení a důkazní pozice* a že jim v důsledku toho vzniknou zvláštní dodatečné povinnosti při kontraktaci. To platí především u jednostranných obchodů (spotřebitelských smluv).

⁶²⁴ Srov. § 433 ObčZ.

⁶²⁵ Patrně takových, které mají na omezení možnosti druhé (a to bezpodmínečně slabší) strany projevit skutečnou vůli a ovlivnit tzv. „základní podmínky“ smlouvy srovnatelný vliv jako formuláře. Může jít třeba o neměnitelné nabídky formou SMS, ale asi i o „instantní“ telefonickou nabídku, či „proklikávací“ způsob kontraktace na internetu bez možnosti doplnit něco jiného než identifikační údaje klienta, apod.

⁶²⁶ Jak se v obecné poloze tvrdí v práci SCHWARTZ, op. cit., s. 346. Tamtéž na s. 347 se přirovnává adhezni kontraktace k situaci mouchy a mucholapky, v níž adherent sotva dobrovolně souhlasí s podmínkami mucholapky. Proto se na takové situace, které nejsou smlouvami v pravém (tradičním) slova smyslu kvůli absenci skutečného souhlasu, ani nedá použít klasická kontraktační teorie.

Samotné použití formulářů nebo podobných prostředků v obchodní praxi podnikatelů ve vztahu s jinými podnikateli není automatickým odkazem na pravidla o adhezni kontraktaci. Záleží především nejen na názvu „formulář“, ale na *obsahu* nástroje, jímž se vůle druhé (slabší) strany může či nemůže projevit - proto zákon stanovil stejná pravidla pro formuláře i pro „jiné podobné prostředky.“ Především je však nutno zjistit, zda je naplněna materiálně právní hypotéza normy obsažené v § 1898 ObčZ, totiž zda příslušný formulář nebo „jiný podobný prostředek“ zajišťuje, aby „základní podmínky“ smlouvy nebyly skutečně (a nejen formálně) vyjednány, ale aby je určila silnější strana.

I formuláře či podobné prostředky mohou být v různé míře svazující, resp. mohou obsahovat tolik variant a „typizovaných“ stupňů volnosti, že poskytují slabší straně *množství voleb* a nelze hovořit o *určování* základních podmínek silnější stranou. Vyvratitelná domněnka podle § 1898 odst. 2 ObčZ se musí posuzovat ve spojení s hypotézou obsaženou v § 1989 odst. 1 ObčZ. Při použití formulářů či podobných prostředků vůči straně, která není (výrazněji) slabší, by se ani hypotéza norem obsažených v obou odstavcích § 1798 ObčZ ani nemusela naplnit.

Zatímco obchodní podmínky doplňují smlouvu, prostřednictvím typových smluvních formulářů se smlouva uzavírá, a to tím způsobem, že se do nich doplňují konkrétní údaje o smluvních stranách, předmětu, termínu, ceně plnění apod. Kombinace typového smluvního formuláře s textem obchodních podmínek je v praxi zcela běžná.

Zákon zakotvil domněnku, že použití formuláře k uzavření smlouvy se slabší stranou (nikoliv tedy obecně) znamená adhezni kontraktaci. *Slabší stranou* přitom nemusí být jen nepodnikatel či dokonce jen spotřebitel, ale i *podnikatel*, vůči němuž jiný podnikatel zneužil svou kvalitu odborníka nebo svoje hospodářské postavení a vytvořil tak (nebo využil existující) závislost slabší strany a dosáhl zřejmou a neodůvodněnou nerovnováhu ve vzájemných právech a povinnostech.⁶²⁷

Použití formulářů nebo jiných podobných prostředků znamená ve většině případů *formální způsob kontraktace*. Písemná forma kontraktace však není

⁶²⁷ Srov. § 433 ObčZ.

nutnou podmínkou aplikace ustanovení o adhezních smlouvách. Může hypoteticky existovat i adhezní smlouva uzavřená ústně. Protože se však ochrana slabšího při adhezní kontraktaci projevuje stanovením zvláštních nároků na včleňovací doložku nebo na čitelnost, srozumitelnost a zvláštní nevýhodnost, není právní úprava prakticky použitelná při jiných než písemných doložkách.

Úprava adhezní kontraktace je spojena s úpravou obchodních podmínek (§ 1751 ObčZ). *Obchodní podmínky stanovené ústně nedávají smysl* - jednak by ztratily podstatnou část svých funkcí a navíc by nebyl průkazný nejen jejich obsah, ale ani samotná jejich existence. Odtud též plyne, že slabší smluvní strana ev. bezformální adhezní kontraktace nebude *prakticky* pod ochranou příslušných ustanovení zákona.

6.9.4 Právní důsledky adhezní kontraktace

Použije-li se při adhezní kontraktaci doložka uvedená mimo vlastní text smlouvy, která odkazuje na podmínky uvedené mimo vlastní text smlouvy (tzv. *doložka včleňovací*), je doložka platná, jen pokud slabší strana byla s doložkou⁶²⁸ a jejím významem⁶²⁹ seznámena, ledaže význam doložky musela znát (důkazní břemeno o tom má silnější strana). Pokud tedy včleňovací doložka ve smlouvě odkazuje na takové externě umístěné podmínky, aniž by splnila požadavky zákona, není platná (a ony podmínky se tedy nestanou součástí ujednání).

Slabší strana je při adhezní kontraktaci chráněna *proti informační asymetrii a neporozumění* smyslu kontraktace a jejímu rozsahu (a obsahu). Jde o opatření zajišťující naplňování smluvní autonomie v jejím materiálním (a nejen formálním) smyslu. Má se tedy mj. dosáhnout toho, aby slabší strana vědomě kontrahovala se znalostí významu, jaký má doložka včleňující do obsahu smlouvy obchodní podmínky, které nejsou obsaženy ve vlastním textu smlouvy. Znalosti významu této včleňovací doložky slabší stranou se dá dosáhnout jejím *poučením* (to nemusí nutně zajišťovat silnější strana, byť by je zásadně musela prokazovat); poučení o doložce a jejím významu *není nutné* jen v případě, že *význam doložky slabší strana znát musela* i přes

⁶²⁸ Tedy s její existencí a obsahem.

⁶²⁹ Což je více než obsah a předpokládá to vysvětlení.

chybějící poučení o významu doložky. Vlastního obsahu doložek neobsažených ve vlastním textu smlouvy se ustanovení § 1799 ObčZ o včleňovacích doložkách netýká.

Každý, kdo podepisuje smlouvu obsahující včleňovací doložku, tím dává najevo, že souhlasí s obsahem smlouvy včetně doložky. Přinejmenším by se dalo tvrdit, že o doložce nemohl slabší partner nevědět. Taková interpretace by však postrádala smysl. Jistější bude tedy na tuto doložku upozornit zvláště, nejlépe zvláštní a zvýrazněnou informací. Má-li se však týkat ona zákonem požadovaná znalost reálného právního významu doložky, a nikoliv jen formální vědomosti o tom, že je doložka v textu smlouvy obsažena, stává se kategorií subjektivně psychologickou. Zákon však požaduje buď pouhé *seznámení* (nikoliv pochopení), nebo důkaz, že i přes absenci seznámení slabší strana význam doložky *musela* znát. Jedna z těchto skutečností musí nastat v okamžiku uzavření smlouvy obsahující včleňovací doložku.

Protože smysl ustanovení § 1799 ObčZ je evidentně v tom, aby pouhý podpis smlouvy s včleňovací doložkou nezavázal slabší bez porozumění vlastnímu významu, nebude jisté odbýt seznamovací povinnost pouhým podpisem nezvýrazněného prohlášení. Jistější bude věnovat tomuto seznámení zvláštní bod smlouvy, zvýraznit jej i graficky a ev. doplnit text stručným vysvětlením, co zařazení externě umístěných obchodních podmínek znamená.

Vlastní *obsah* externích smluvních podmínek však nemá *s platností* včleňovací doložky nic společného. Nemusí tedy silnější partner slabší stranu podrobně „školit“ (a tím spíše ne prověřovat, zda jejich obsahu a významu opravdu porozuměla), co ve všech souvislostech znamená včleňovací doložka v důsledku svého použití pro obsah celé smlouvy včetně externích obchodních podmínek.

Ochranářský režim včleňovacích podmínek platí podpůrně pro spotřebitele jakožto slabší smluvní partnery (na jejichž poměry míří především), tak ovšem *i pro podnikatele*. Právní úprava v § 1799 ObčZ je *podmíněně kogentní*. Je-li alespoň jednou ze stran adhezní smlouvy nepodnikatel, nelze platně sjednat odchylky od obsahu § 1799 ObčZ nebo je vyloučit. Ve vztazích mezi podnikateli (B2B) se smluvní odchylka nebo smluvní vyloučení § 1799 zásadně umožňuje, bez

ohledu na to, zda je jeden z nich v postavení slabší strany (§ 433 ObčZ). Patrně jde o výraz vyšších nároků na profesionalitu u podnikatelů.

Přestože je předmětem úpravy § 1799 ObčZ jen doložka včleňovací, není vyloučena ani taková interpretace § 1801 ObčZ, že *v důsledku* nekorektního seznámení s včleňovací doložkou uzavřel slabší podnikatel se silnějším podnikatelem smlouvu ve znění externě umístěných doložek navržených silnějším partnerem, které *hrubě* odporuje obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku.

Poněkud absurdně by působilo, pokud bychom trvali na zákazu odchylné dohody od § 1799 ObčZ ve vztazích mezi silnější stranou - nepodnikatelem (miliardářem) a slabší stranou - podnikatelem (malým živnostníkem), jestliže by přitom zákaz odchylného ujednání současně neměl platit i ve vztazích mezi silnějším a slabším podnikatelem.

Doložka (nikoliv včleňovací, ale taková, která je součástí vlastního obsahu adhezní smlouvy, ať už je umístěna mimo vlastní text pomocí včleňovacího odkazu nebo je jeho integrální součástí vlastního textu smlouvy), která je *obtížně čitelná nebo nesrozumitelná* pro osobu průměrného rozumu, je zásadně platná. Z této zásady platnosti stanoví zákon dvě výjimky: pokud

- a) taková doložka způsobí slabší straně újmu (příčemž se necharakterizuje ani druh, ani intenzita či výše újmy), nebo (tedy bez ohledu na to, zda slabší strana ev. utrpěla v důsledku takové doložky újmu – na vznik újmy není nutno čekat, neplatnosti se lze domáhat i „preventivně“) pokud
- b) silnější strana neprokáže, že slabší straně byl význam doložky dostatečně *vysvětlen* (což je kvalifikovanější požadavek nežli pouhé „seznámení“ podle § 1799 ObčZ),

bude doložka *relativně neplatná*, neboť účelem je ochrana zájmů slabší strany.⁶³⁰

Smlouva by však mohla být neplatná již z důvodu nesrozumitelnosti nezjistitelné ani výkladem⁶³¹ nebo dokonce nicotná, pokud by nebyla projevem vážné vůle⁶³² (lze projevit vážnou vůli zavázat se k něčemu, co je nesrozumitelné a nejasné?).

⁶³⁰ Srov. § 586 ObčZ.

⁶³¹ Srov. § 553 ObčZ.

⁶³² Srov. § 552 ObčZ.

U adhezních smluv se však počítá s jistou mírou rezignace slabší strany na přesnou znalost obsahu smlouvy a souhlas s obsahem se předpokládá jaksi „rámcově a paušálně“ a spoléhá se na profesionalitu a poctivost druhé strany.⁶³³

Doložka v adhezní smlouvě *zvláště nevýhodná*⁶³⁴ pro slabší stranu (byť je třeba i velmi dobře čitelná a srozumitelná a nezpůsobila zatím újmu slabšímu) je *relativně neplatná* za předpokladu, že pro tuto zvláštní jednostrannou nevýhodnost není *rozumný důvod*. Zákon uvádí demonstrativně jen jeden případ absence rozumného důvodu, a sice závažnou a bezdůvodnou odchylku od obvyklých podmínek ujednávaných v obdobných případech.⁶³⁵

Obchodní vztahy jsou sice v zásadě vzájemně výhodné, pro jednu stranu však často více. *Boj o výhodu je podstatou obchodu* a nelze jej nivelizovat a typizovat bez rizika ochromení tržních mechanismů. To by také mohlo skončit plánováním a vynucováním povolené míry zisku. Zákon je obecný, ale míří nepochybně jen na *výrazně excesivní vybočení* z pomyslné normy, a to jak u spotřebitelských smluv, tak tím spíše u oboustranných obchodů.

V zájmu spravedlivého smluvního uspořádání může o obsahu adhezním způsobem sjednaných obchodních podmínek rozhodnout soud analogicky podle § 577 ObčZ, tedy dokonce aniž je vázán návrhy stran.

Rovněž smluvní odchylky od ustanovení upravujících důsledky nečitelnosti, nesrozumitelnosti či zvláštní nevýhodnosti smluvních doložek jsou pro nepodnikatele zakázány.⁶³⁶ Ve dvou- či vícestranných obchodech (B2B) se odchylka od zákona či vyloučení jeho působnosti připouští. Je tedy zásadně možné, aby podnikatelé adhezně uzavřeli i smlouvu obsahující doložku včleňovací, přičemž není nutno druhého podnikatele - byť slabšího - poučovat o právním významu včleňovací doložky.

Podnikatelé si též mohou *pro futuro* sjednat ev. platnost doložky obtížně čitelné nebo obtížně srozumitelné pro normativně průměrně rozumného podnikatele nebo doložky zvláště nevýhodné, aniž k tomu existuje rozumný

⁶³³ Srov. § 5–7 ObčZ, § 433 ObčZ.

⁶³⁴ Z hlediska vyváženosti plnění a protiplnění, proporcionality a reciprocity – jde o druh tzv. obsahové kontroly správnosti smluv.

⁶³⁵ Srov. § 1800 odst. 2 in fine ObčZ.

⁶³⁶ § 1801 ObčZ.

důvod. Bylo by však pro silnější stranu obtížné uplatňovat takový požadavek v rozporu s kogentním ustanovením § 1753 ObčZ, které zakazuje překvapivé formulace v obchodních podmínkách. Kromě toho by taková dohoda o vyloučení působnosti § 1800 ObčZ byla v rozporu s dobrými mravy a porušovala by i zákaz vyjádřený v 433 odst. 1 ObčZ, takže by se dala pokládat za zneužívající klauzuli vylučující zákonnou úpravu zneužívajících klauzulí.

Zákon stanoví,⁶³⁷ že se lze dohodnout na platnosti doložky včleňovací bez respektování pravidel podle § 1799 (smluvní podmínky umístěné mimo vlastní text smlouvy). Hranice obsahové kontroly (a tedy liberálnost posuzování „spravedlnosti“ smlouvy) je tu však vyšší: včleňovaná doložka navržená silnější stranou musí hrubě odporovat obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku – jen prokáže-li tyto parametry slabší strana, je doložka neplatná. To je jistě kvalifikovanější požadavek než pouhá „újma“ nebo „zvláštní nevýhodnost bez rozumného důvodu.“

Toto „*dvoji morální jistěně*“ obsahové korektnosti standardně uzavřené smlouvy ovšem velmi nejasné. Pokud je doložka zvláště nevýhodná bez rozumného důvodu (§ 1800 odst. 2 ObčZ), je *ex lege* neplatná. Dohodnou-li se strany, že pravidlo podle § 1800 odst. 2 ObčZ se nepoužije a sjednaná doložka hrubě odporuje obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku (což asi není totéž, co zvláštní nevýhodnost bez rozumného důvodu, protože by se v souladu s pravidly legislativní techniky tentýž obsah nevyjadřoval jinými slovy), dohoda o vyloučení § 1800 odst. 2 ObčZ se nepoužije a jeho ustanovení tedy stále platí. Bude se tedy potom zkoumat, zda je doložka pro slabší stranu bez rozumného důvodu zvláště nevýhodná, ale to až poté, co se zjistilo, že hrubě odporuje obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku.

Tento bludný kruh je matoucí. Nelze tedy vyloučit, že se bude u soudu konstatovat hrubý rozpor s obchodními zvyklostmi a zásadou poctivého obchodního styku (§ 1801 ObčZ) a přitom se nezjistí zvláštní nevýhodnost doložky pro slabší stranu bez rozumného důvodu (§ 1800 odst. 2 ObčZ).

⁶³⁷ § 1801 ObčZ, druhá věta.

Zvláštní nevýhodnost doložky pro slabší stranu bez rozumného důvodu na jedné straně, a hrubý a v obchodním styku nepoctivý rozpor s obchodními zvyklostmi⁶³⁸ jsou patrně vzájemně nesubsumovatelné.

V oblasti vztahů mezi dodavateli potravin a obchodními řetězci, na které tato studie demonstruje obecnější závislosti „asymetrické kontraktace“, se bez ohledu na zvláštní veřejnoprávní úpravu procesu kontraktace a obsahu smluv dají ochranná ustanovení o adhezní kontraktaci použít, a to jak samostatně, tak i v ev. souběhu s řízením o správním deliktu zneužití významné tržní síly.

Přitom je důležité vzít na vědomí, že zákonná domněnka adhezní kontraktace kvůli použití standardních forem kontraktace se slabší stranou (smluvních formulářů) je pouze domněnkou vyvatitelnou. Menší a slabší partner může (a často ochotně a rád) používat smluvní formulář z důvodů efektivnosti, takže jeho použití není znakem vyjednávací síly.⁶³⁹

6.10 Veřejnoprávní možnosti

Vzhledem k tomu, že tzv. obchodní řetězce u nás v minulosti nikdy neměly a dosud nemají dominantní postavení a nepodléhají tedy zákazu zneužití dominance, se ZOHS neuplatní. Veřejnoprávní úpravy, které se problematiky dotýkají, jsou obsaženy v ZVTS a CenZ. Oba zákony ale výraznější vliv na chování obchodních řetězců vůči dodavatelům v praxi nemají a dosud nepředstavovaly reálný regulativ jejich chování.⁶⁴⁰

⁶³⁸ Neřeší se navíc, zda jde o rozpor se zvyklostmi obecnými (srov. např. § 1959, 2079 ObčZ), zvyklostmi soukromého života (§ 10 odst. 2 ObčZ) nebo (pravděpodobně–jde o vztahy B2B) obchodními (§ 558 odst. 2 ObčZ) či jen odpovědnými nebo snad místními nebo eventuálně jen se zvyklostmi dvoustrannými...

⁶³⁹ Srov. HELVESTON; JACOBS, op. cit., s. 32.

⁶⁴⁰ Aktivita příslušného odboru významné tržní síly se však zvýšila a očekávají se prvé soudní přezkumy vydaných rozhodnutí o zneužití významné tržní síly. Blíže viz kapitolu 9. Ustanovení CenZ o zneužití hospodářského postavení byla využita jen párkrát za více než dvacet let.

6.10.1 Nízké nákupní a prodejní ceny podle zákona o cenách⁶⁴¹

Zákon č. 526/1990 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků (zákon o cenách) stanovuje v § 2 odst. 3 mj., že *kupující* nesmí zneužívat svého hospodářského postavení k tomu, aby získal nepřiměřený (!) majetkový prospěch nákupem za cenu výrazně (!) nedosahující oprávněných nákladů nebo nižší, než je cena obvyklá v případě zneužití výhodnějšího postavení na trhu.⁶⁴² Týká se tedy potenciálně jedné ze skutkových podstat zneužití silnějšího postavení obchodních řetězců vůči jejich dodavatelům, a to té nejčastěji vytýkané (prodej za podnákladové ceny). Jiných obchodních podmínek⁶⁴³ se CenZ z povahy věci netýká.

Pojmy se vymezují jen velmi obecně, ev. se definují jakýmsi „bludným kruhem“.⁶⁴⁴ Zákonu přitom nevádí nejen to, že jde o nákup za cenu sjednanou, tedy dohodnutou projevy vůle obou stran (příčemž platí soukromoprávní korektivy pro ev. neplatnost smlouvy kvůli nedostatku svobodné vůle), ale navíc připouští, že cena vlastně podnákladová být může, ale nikoliv „výrazně“.

⁶⁴¹ Systematičtěji se této otázce věnuje práce BEJČEK, J. Právní význam cenových vybočení (mimořádně vysokých a mimořádně nízkých cen). *Právník*. 2009, č. 6, s. 592–630. V této části odkazují na dříve uveřejněnou studii BEJČEK, 2012, op. cit., s. 12–25.

⁶⁴² V době přijetí zákona o cenách, kdy se zárodky trhu teprve vytvářely a kdy ještě neexistoval ani zákon o ochraně hospodářské soutěže, nebylo špatné mít po ruce nějaký nástroj k zamezení evidentních excesů silných tržních subjektů, který by umožňoval zásah proti nim alespoň v oblasti cenové. Dnes působí toto ustanovení spíše jako anti-kvární ozvuk či neodstraněné „mateřské znaménko“ předchozího období cenové regulace. Jeho vágnost se blíží některým generálním klauzulím, které ovšem bývají zpravidla zpřesněny přímo v zákoně příklady a konkretizovány judikaturou.

⁶⁴³ Ve smyslu německých „Konditionen“.

⁶⁴⁴ § 16 CenZ stanoví, že při posuzování toho, zda došlo ke zneužití hospodářského postavení při sjednání ceny, vycházejí cenové kontrolní orgány především z cenového vývoje na srovnatelných trzích, potřeby dosažení přiměřeného zisku, původní ceny a vývoje nákladů a dalších tržních podmínek hodných zřetele. Porovnání cenového vývoje na srovnatelných trzích je jedním z rozhodujících hledisek se zásadním významem pro úsudek o porušení cenových předpisů i pro výši případné sankce, pokud k porušení cenových předpisů došlo (rozhodnutí NSS ČR č. j. 6 A 45/2000-27, z 21. 4. 2004). V § 2 odst. 5 písm. b) se uvádí, že za nepřiměřený majetkový prospěch kupujícího se pokládá, pokud ten nakoupí zboží za cenu výrazně (sic!) nedosahující oprávněných nákladů nebo nižší (nikoliv výrazně–pozn. JB), než je cena obvyklá, v případě zneužití výhodnějšího postavení na trhu. CenZ přitom vymezuje jen velmi obecně tzv. „výhodnější postavení na trhu“ (§ 2 odst. 4 CenZ) tím, že jeho nositel není vystaven podstatně (sic!) cenové soutěži. Nejde tedy o dominantní postavení na trhu a ÚOHS (jako nikoliv „cenový orgán“) by se takovým porušením CenZ nezabýval. Podobné pojetí cenové regulace představuje odklon od liberálního pojetí trhu a jeho fungování na tržních principech nabídky a poptávky zavedením povinnosti prodávat a nakupovat za cenu obvyklou.

Hospodářské postavení není totéž, co dominantní nebo monopolní postavení.⁶⁴⁵ Hospodářské postavení, kterého lze teoreticky zneužít, má každý kupující, nikoliv jen dominant. Je však zřejmé z povahy věci, že nákupu za extrémně nízkou cenu se může domáhat jen takový kupující, jenž má vůči prodávajícímu určitou vyjednávací sílu; jinak by za tuto cenu k obchodu s ním prodávající nepřistoupil.

Přiměřenost hospodářského prospěchu nemá též dostatečně určitá kritéria. Není jasné, zda by se měla počítat vzhledem k vynaloženým investicím, resp. i k potřebě rozvojových investic budoucích, zda má jít jen o průměrnou míru zisku, a zda o míru zisku obecnou nebo odvětvovou. Ekonomicky a právně politicky je sporná postižitelnost kupujícího za získání nízkonákladových vstupů, které je schopen promítnout do nízkých konečných cen. Pokud by se tento případ nepovažoval za dosažení nepřiměřeného prospěchu kupujícího (protože se o prospěch podělil se spotřebiteli), jaký je důvod postihu kupujícího v případě, že koupil za tutéž nízkou cenu, ale ponechal si např. vyšší část výnosů na budoucí investice a nepromítl je bezprostředně do nižších spotřebitelských cen? Zdá se, že jde o slepou uličku cenové regulace v tržních podmínkách.

Tzv. oprávněné náklady (myslí se samozřejmě náklady prodávajícího) jsou velmi neurčitým a těžko operacionalizovatelným konceptem. Náklady, které vynaloží na výrobu méně efektivní výrobce, jsou z jeho (!) hlediska oprávněné; pohled kupujícího je však určitě odchylný: jeho požadavek může znít, že nakoupí od prodejce zboží za nižší než prodejcem požadovanou cenu, jíž by kupující jinak dosáhl na trhu. Pokud prodejce souhlasí a za tuto cenu (byť pro něj ztrátovou) zboží prodá, jistě se vzpírá zdravému rozumu a citu pro spravedlnost, aby se později přisvědčilo jeho námitce, že kupující zneužil svého hospodářského postavení - on měl přece alternativu koupit jinde, zatímco neefektivní prodávající měl alternativu neprodat vůbec, a tedy

⁶⁴⁵ Srov. rozsudek NSS Komp 3/2006-517, podle něhož se oba pojmy liší, přičemž „hospodářské postavení“, které má každý subjekt na trhu, není nijak blíže vymezeno. Novelizace CenZ zákonem č. 403/2009 Sb. která „hospodářské postavení“ vymezila velmi podobným způsobem, jímž se vymezuje dominantní postavení, resp. tržní moc podle ZOHS, situaci dokonale zatemnila. Podle § 2 odst. 4 tohoto zákona „hospodářské postavení prodávajícího nebo kupujícího se posuzuje zejména podle objemu prodaného nebo nakoupeného zboží, podílu na daném trhu, hospodářské a finanční síly, právních nebo jiných překážek vstupu na trh a míry horizontálního i vertikálního propojení s jinými osobami na daném trhu.“

v důsledku utrpět ještě větší ztrátu, nežli při prodeji za „podnákladovou“ cenu. Náklady prodávajícího by nemohly být uznány jako oprávněné tím, že by se porovnávaly s náklady tržních konkurentů prodávajícího. Je však otázkou, proč má cenový úřad porovnávat náklady a jejich „oprávněnost“, když tuto funkci nezprostředkovaně plní trh sám – on přece vyřadí ze hry ty, jejichž nákladová struktura neodpovídá poměrům.

Je sporné, zda dobrovolný nákup a dobrovolný prodej na základě platné smlouvy - byť za podnákladovou cenu z hlediska prodávajícího - může být zpochybněn z hlediska soukromoprávního.⁶⁴⁶ Smlouva bude zásadně platná, často též závazky z ní zaniknou splněním. Ovšem i soukromoprávní předpisy a některé předpisy veřejnoprávní zakazují⁶⁴⁷ kontraktaci v rozporu s cenovými předpisy, takže v důsledku postupu, který je ex post cenovým orgánem označen za rozporný s § 2 odst. 3 zákona o cenách, může být smlouva prohlášena za neplatnou.

U zneužití hospodářského postavení prodávajícího prodejem za nepřiměřeně vysokou cenu zahrnující neoprávněné náklady nebo nepřiměřený zisk⁶⁴⁸ a u zneužití hospodářského postavení kupujícího nákupem za podnákladovou cenu přichází v úvahu relativní neplatnost smlouvy⁶⁴⁹ resp. relativní neúčinnost právního jednání.⁶⁵⁰ Absolutní neplatnost právního jednání, které se zjevně přičí dobrým mravům, nebo odporuje zákonu a současně zjevně narušuje veřejný pořádek,⁶⁵¹ je extrémní důsledek, jehož předpoklady se v praxi podnikatelských smluv sotva kdy naplní.

Tradičně se předpokládalo, že zákaz zneužití hospodářského postavení k narušení tržního prostředí uplatňováním podnákladových cen je vynutitelný (při překonání výše naznačených výkladových problémů) jen

⁶⁴⁶ Srov. § 40a ObčZ 1964 (relativní neplatnost úkonu, který je v rozporu s obecně závazným právním předpisem o cenách), § 589, 634 a 877 ObčZ 1964; dále § 758 odst. 1 ObchZ a § 3 písm. c) zákona č. 634/1992 Sb. v platném znění (zákon o ochraně spotřebitele), který stanovil povinnost prodávát za ceny v souladu s cenovými předpisy. Ustanovení § 574 nového ObčZ normuje přednost platnosti právního jednání před jeho neplatností.

⁶⁴⁷ BĚLOHLÁVEK, A. Novela zákona o cenách—nepřímá novelizace OHS? *Právní zpravodaj*. 2005, č. 11, s. 10.

⁶⁴⁸ Srov. § 2 odst. 3 zákona o cenách, první věta.

⁶⁴⁹ Dříve podle § 40a ObčZ 1964.

⁶⁵⁰ Podle § 589 a násl. nového ObčZ.

⁶⁵¹ Srov. § 580, 588 nového ObčZ.

veřejnoprávně. Soukromoprávní sankce relativní neplatnosti smlouvy nebude použitelná:⁶⁵² kupující jako jedna ze stran vztahu nebude totiž mít proti nízké ceně námitky (a nebude důvodem neplatnosti ani dotčen) a rovněž prodávající dotčen nebude a navíc by neplatnost sám způsobil, takže by se jí nemohl dovolat.⁶⁵³ Dotčené třetí osoby – konkurenti prodávajícího – se neplatnosti nebudou moci dovolat, protože jde o neplatnost relativní a oni stranami smlouvy nebyli. Eventuální soukromoprávní postih ze strany těchto osob na základě pravidel proti nekalé soutěži je teoreticky myslitelný; dosud však - pokud je mi známo⁶⁵⁴ - nebyl použit.

Kromě soukromoprávních důsledků ve výše uvedených případech přichází v úvahu i peněžitá sankce ze strany cenového orgánu (dnes Ministerstvo financí). Bez podnětu by takové řízení v praxi zřejmě nebylo zahájeno.⁶⁵⁵ Podání podnětu by ovšem mohlo znamenat takovou budoucí nevýhodu oznamovatele vůči prodejci, která by od oznámení spolehlivě odradila. Podání podnětu k zahájení řízení může být pro slabší (závislejší) stranu na trhu srovnatelně obtížné se soukromoprávní žalobou. Kupující by totiž mohl do budoucna odmítnout jakoukoliv spolupráci s prodávajícím oznamovatelem; pokud by kupující nebyl v dominantním postavení, nemohl by jej ke spolupráci donutit ani ÚOHS kvůli možnému zneužití dominance ve formě odmítnutí spolupráce.

Explicitní zákazy prodeje pod náklady jsou velmi sporné z hlediska ekonomického i právně politického a jsou vázány na zneužití ekonomické závislosti obchodními řetězci. Stávající úprava v CenZ je pro regulaci přehnaně kořistnického chování řetězců sotva použitelná. Vždyť řetězci vyžadované nákupní ceny se vejdou do zákonného vymezení oné „obvyklé ceny.“⁶⁵⁶

I při umělém zvýšení nákupní ceny se mohou nakupující s prodávajícími dohodnout na různých poplatcích za marketingovou podporu prodeje, které přesunou náklady na prodejce i při vyšší „obvyklé“ ceně. Cenová regulace

⁶⁵² Jak postřehl PELIKÁN, R. Jak je to s novelou zákona o cenách. *Právní zpravodaj*. 2006, č. 1, s. 16.

⁶⁵³ Srov. § 267 odst. 1 ObchZ a § 579 odst. 1 nového ObčZ.

⁶⁵⁴ Srov. PETR, M.; VAVŘÍČEK, V. Úprava podnákladových cen v České republice. *Právní fórum*. 2006, č. 10, s. 364.

⁶⁵⁵ Byť podle § 16 odst. 1 CenZ cenové kontrolní orgány zahajují při porušení cenových předpisů podle § 15 řízení na základě vlastního zjištění nebo na základě oznámení.

⁶⁵⁶ Srov. § 2 odst. 6 CenZ.

přítom nemůže plošně zasáhnout do pletiva smluvních vztahů mezi prodávajícími a kupujícími. Rovněž náhradní způsob zjištění „obvyklé ceny“ (v případech, kdy ji na trhu nelze zjistit) náhradním kalkulačním propočtem jsou blouděním v kruhu, protože i onen propočet⁶⁵⁷ se opírá o dlouhodobost, obvyklost a srovnatelnost – a ta se ovšem ustálila na těch cenách, které se uplatňují, a na něž si kupující stěžují.

CenZ sice hovoří o tom, že obvyklá cena je možná jen v případě, že prodávající a kupující jsou na sobě navzájem *nezávislí* ekonomicky, kapitálově nebo personálně. To nelze považovat za vymezení pojmu ekonomické *závislosti*, ale jen za uvedení možnosti uplatnění tohoto nejasného konceptu. Jinak by to podle logiky CenZ totiž znamenalo, že u prohlašovaného stavu ekonomické závislosti dodavatelů na obchodních řetězcích by žádná „obvyklá cena“ neexistovala; navíc by se asi dovozovalo, že jde v souladu s CenZ o trh, který je ohrožen účinky (sic!) omezení hospodářské soutěže, což je další důvod, proč cena obvyklá neexistuje. Dospěli bychom tedy ke stanovení nákupních cen podle kalkulačního propočtu, čili k cenové regulaci. Pokud vyloučíme mimoprávní hodnotově politické předpojatosti, zůstává i čistě právní pochybnost - můžeme se jen domýšlet, jak by dopadl spor o ústavnost takového postupu z hlediska zachování svobody podnikání a ochrany vlastnického práva.

6.10.2 Pokusy o veřejnoprávní omezení významné tržní síly a ekonomické závislosti

Podrobnější analýzu ZVTS a detailní komentáře k jeho navrhovaným úpravám obsahuje následující kapitola. Zde je namísto zhodnotit obecnější kontext regulatorních snah v této oblasti.

Zákon o významné tržní síle byl již před svým prosazením a po celou dobu své účinnosti předmětem ostré kritiky a signály z praxe nasvědčují tomu,

⁶⁵⁷ Srov. § 2 odst. 7 CenZ.

že nepřináší předpokládané výsledky;⁶⁵⁸ jeho zrušení ve stávající podobě vlivové skupiny dokázaly zabránit, ale širěji přijatelné úpravy se rovněž nepodařilo dosáhnout. Protože politický tlak na úpravu chování obchodních řetězců přetrvává (a to i na evropské úrovni), je úplné zrušení bez náhrady málo pravděpodobné, alespoň v dohledné době. Jde spíše o to, jaký věcný obsah bude veřejnoprávní úprava nakonec mít.

Protože předpis v původní podobě již neplatí,⁶⁵⁹ není účelné rozebírat⁶⁶⁰ jednotlivé kasuisticky uvedené zakázané praktiky a přikázaná chování z oné původní verze, z nichž některé byly přímo absurdní.⁶⁶¹

Obecnější a koncepční otázky však byly nedořešeny již ve stávající úpravě a úprava nová nese tato „mateřská znaménka“ stále. Především náš virtuální zákonodárce nemá koncepci a evidentně jen reaguje na špatně strukturované

⁶⁵⁸ Velmi nízký počet zahájených a zejména ukončených řízení podle zákona za dobu jeho působnosti o tom vypovídá nejlépe. K prosinci 2015 bylo (po šesti letech účinnosti zákona) zahájeno celkem 9 řízení, z toho jen ve dvou existují pravomocná rozhodnutí (Ahold, Kaufland). Ve dvou řízeních byla vydána rozhodnutí v prvním stupni a byla vrácena po rozkladu zpátky na první stupeň. Další tři řízení byla spojena do jednoho, a jiná dvě byla taktéž spojena do jednoho. V současné době (únor 2016) jsou vedena dvě dosud prvostupňově nerozhodnutá řízení a dvě řízení vrácená rozkladem (vnitřní informace z oddělení významné tržní síly ÚOHS a tisková zpráva ÚOHS 15/023/HS012).

⁶⁵⁹ V době přípravy rukopisu již podepsal novelu ZVTS prezident republiky. Novela ZVTS byla vydána pod č. 50/2016 s účinností od 6. 3. 2016.

⁶⁶⁰ K některým z nich srov. PELIKÁN, 2009, op. cit., s. 34–35.

⁶⁶¹ Tak např. platební lhůta pro žádného dodavatele nesmí být delší než třicet dnů od data dodání (byť je třeba dodavatel dominantem a jde o zboží nízkoobrátkové). Sankce z prodlení jsou splatné bez toho, aby bylo třeba je připomínat (tedy účtovat?). Je stanovena bezvýjimečná povinnost uzavírat a měnit smlouvy písemně a stanoví se závazná struktura každé smlouvy. Odběratel nesmí kromě výjimek prodávat (nebo dokonce i jen oznámit, že bude prodávat) výrobek za nižší než nákupní cenu. Odběratel nesmí náhle přerušit stabilizovaný obchodní vztah bez splnění stanovených podmínek (ale podle § 4 to nesmí učinit jen „soustavně“, a *contrario* tedy v jednotlivém případě ano?). Odběratel nesmí vystavit (ani smluvně) dodavatele podmínkám úhrady, které jsou zjevně zneužívající vzhledem na správnou (!) praxi a obchodní zvyky (aniž se řeší, co činit v případě, že se ty letité obchodní zvyky a „správná praxe“ neshodují). Odběratel nesmí vyměnit zboží s výjimkou prohledávky za dodavatelem bez předchozího písemného souhlasu dodavatele. Odběratel nesmí zakázat smluvní straně postoupení pohledávek, které má vůči němu (aniž se řeší, zda i smlouva o zákazu postoupení pohledávek je zákazem, a jaký právní „bezvýznam“ by měl jednostranný zákaz). Odběratel nesmí mít možnost výměny zboží s výjimkou prokázaných vad a (!) reklamací (a to ani kdyby se na takové možnosti strany dohodly). Odběratel nesmí automaticky (?) profitovat z příznivějších podmínek, které obchodní partner schválil konkurenčním podnikům (takový „automatismus“ může být přece jen výsledkem dohody—takže dohoda o nediskriminaci, která prospívá soutěži na straně spotřebitelů, se zakazuje?). Zákon v příloze č. 6 kodifikoval jiné *zvyklosti* v dodavatelско-odběratelských vztazích (sic!), čímž jim odňal povahu zvyklostí a na druhé straně vytvořil prostor pro zpochybnění skutečných zvyklostí, které nebyly zákonem podchyceny.

a voluntaristické lobbistické tlaky zemědělských prvovýrobců a zpracovatelů zemědělských produktů. V průběhu posledních zhruba 15 let se u nás bez náležité teoretické opory používaly různé pojmy, od nichž se ale čekalo totéž: „nějaké zlepšení“ neúnosné situace dodavatelů obchodních řetězců; jde o pojmy „ekonomická závislost“, „nákupní síla“, „významná tržní síla“, „hospodářské postavení“, „výhodnější hospodářské postavení“.

Diskuse o zrušení ZVTS a o jeho náhradě novým zákonem nebo začleněním do ZOHS a částečně do CenZ vyšly naprázdno. Pozdější legislativní návrhy⁶⁶² opouštěly pojem „významné tržní síly“ zavedený zákonem ZVTS a bez teoretické analýzy zaváděly pojem tzv. významného ekonomického postavení, který se však od pojmu významné tržní síly nijak významně nelišil.⁶⁶³

Významné ekonomické postavení se mělo (podle nerealizovaného návrhu) zkoumat podle kritérií používaných pro zjišťování dominance (zejm. hospodářská a finanční síla, vertikální integrace, překážky vstupu na trh), ale navíc měla platit vyvratitelná domněnka, že významné ekonomické postavení neměl mít soutěžitel, jehož tržby za prodej výrobků za poslední ukončené období na trhu ČR nepřesáhly 10 mld. Kč.⁶⁶⁴ Významné ekonomické postavení se přitom v návrhu pokládalo za formu jednání, jíž mohlo dojít k narušení soutěže – to je ovšem velmi náročná a přitom zbytečná podmínka, protože ochrana slabší smluvní strany (ať už je jí spotřebitel nebo typicky dodavatel obchodního řetězce) nemá co do činění s ochranou soutěže. ÚOHS by musel vliv na soutěž u zneužití významné tržní síly (nikoliv jen negativní dopad na slabší stranu) dokazovat. Účelem regulace významného ekonomického postavení ovšem nebyla a není ochrana soutěže, a proto by měla buď být upravena jako dosud ve zvláštním zákoně, nebo by se musel rozšířit účel ZOHS.

⁶⁶² Ve společné gesci Ministerstva průmyslu a obchodu a ÚOHS.

⁶⁶³ V návrhu nového a nakonec nepřijatého § 11a ZOHS se psalo, že „ve významném ekonomickém postavení je soutěžitel...který nezaujímá dominantní postavení...a který má možnost využít významné ekonomické postavení k získání vlastního prospěchu na úkor soutěžitelů nebo spotřebitelů“. Čili jinými slovy: v tomto postavení měl být ten, kdo má možnost (!) využít svoje postavení k něčemu, co je vlastní podstatou obchodu.

⁶⁶⁴ Podle dnes platného a účinného ZVTS se tato domněnka upíná k obratu 5 mld Kč.

Svou podstatou jde vlastně o variantu ochrany proti nekalé soutěži a nepo-
sitivním obchodním praktikám, nehledě na to, ve kterém předpisu je for-
málně obsažena. Je to vlastně veřejnoprávní ochrana proti nekalé soutěži;
podobně třeba část zákona o ochraně spotřebitele chrání veřejnoprávními
nástroji spotřebitele proti některým nekalosoutěžním praktikám vůči spotře-
biteli (klamavým, diskriminačním, agresivním), a to bez ohledu na zakotvení
možnosti soukromoprávní ochrany podle ObčZ.

Převedení konkrétních zákazů z evropské směrnice o nepřiměřených pod-
mínkách ve spotřebitelských smlouvách do úpravy spotřebitelských smluv
v ObčZ je *stricto sensu* úprava redundantní ke generální klausuli proti nekalé
soutěži, jež je pro svoji obecnost a neurčitost jako opora pro nárok spotře-
bitelů vůči obchodníkovi prakticky nepoužitelná.

Obdoba platí o generální klausuli proti nekalé soutěži jakožto nástroji proti
jednostranným obchodním podmínkám řetězců proti jejich dodavatelům;
k obecnosti generální klauzule přistupuje ještě faktor ekonomické závislosti
dodavatele na řetězci, jenž soukromoprávní cestu nápravy *de facto* vylučuje.
Paradoxně přitom zneužití ekonomické závislosti (jakožto jednání v roz-
poru s dobrými mravy soutěže) může naplnit skutkovou podstatu generální
klauzule proti nekalé soutěži.

Analogicky lze říci, že i CenZ v § 2 odst. 3 zákazem zneužití hospodář-
ského postavení chrání slabší stranu před nekalou cenotvorbou a zakotvuje
tedy jakési obecné mantinely poctivého obchodního styku. Ačkoliv je tedy
vydírání podnákladovou cenou postižitelné již dnes jak nekalosoutěžně, tak
podle CenZ, chce se řešení docílit vlastně tím, že se totéž explicitně zakáže
do třetice ještě jednou v dalším zákoně (o významné tržní síle).

Od veřejnoprávní metody se zřejmě očekává, že bude jakýmsi „zesilova-
čem“ úpravy soukromoprávní, jejíž uplatnění naráží především na infor-
mační a mocenskou asymetrii a na závislost slabší strany, kvůli níž se prakti-
kám uplatňovaným silnější stranou soukromoprávně nebrání.

Podobná asymetrie informací a moci jako mezi obchodníkem a spotřebite-
lem je pozorovatelná i ve vztahu mezi drobnými dodavateli a řetězci. Není
tedy z hlediska praktické prosaditelnosti zákazu excesů nepochopitelná
snaha upravit ochranu proti nekalé soutěži třeba v jiném a veřejnoprávním

předpisu. Pak však není důvod předstírat, že účelem je ochrana soutěže, když tím skutečným účelem je ochrana slabší strany a obsahová kontrola „správnosti“ asymetrických smluv. Není ovšem potom korektní a konsistentní „znásilňovat“ proto ZOHS bez úpravy jeho účelu (že nejde jen o ochranu soutěže) a bez rozšíření působnosti ÚOHS o ochranu slabší strany, a nebo přijímat nevyhnutelné a kontroverzní ZVTS s deklarací, že zneužití významné tržní síly musí mít za cíl nebo účel podstatné (!) narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu.

Vždyť když – jak se obecně tvrdí – ony nepřijatelné nátlakové praktiky uplatňují vůči dodavatelům všechny řetězce (aniž by se dopustily postižitelné kartelové dohody), takže přechodem k jinému partnerovi si dodavatel „nepomůže“, ostrá soutěž mezi dodavateli o odběratele tím narušena ani ohrožena není. Na straně poptávky mezi řetězci se též o narušení soutěže nejedná a též mezi řetězci a jejich dodavateli panuje ostrá soutěž, z níž může těžit i konečný spotřebitel.

Předpoklad, že se ÚOHS do budoucna smíří s rolí cenového orgánu⁶⁶⁵, kterou dosud striktně odmítal s poukazem na jiný důvod své existence a zákonem danou pravomoc, není reálný. ÚOHS ovšem ani nemá svoji působnost rozšířenu o ochranu (malých a středních) soutěžitelů, navíc jen v určitém sektoru (obchod s potravinářskými a zemědělskými výrobky), a to ještě jen na straně nabídky.

6.10.3 Dílčí hodnocení vhodnosti plošné veřejnoprávní mocenské intervence do ekonomického vztahu podnikatelů

Zásadní pro formování nevyváženého smluvního vztahu je *ekonomická závislost*, tedy *relativní* hospodářská konstelace mezi smluvními stranami. Je obsažena i ve zneužití dominantního postavení, kvůli němuž u slabšího ona ekonomická závislost na dominantovi vznikne. Objektivně poměřovaná *všeo-
becná* tržní síla je podružná. Již výše (sub 4. 4.) jsem dovedl, že ekonomická

⁶⁶⁵ Specializovaného na výsek podnákladových cen uplatňovaných při zneužití hospodářského postavení, resp. ekonomické závislosti. Tuto roli přijal německý Bundeskartellamt již dříve, když dokonce konstatoval, že nechrání soutěžitele, ale soutěž která je nekorektně omezována poškozováním středních podniků. Zatímco hmotný užitek podnákladových cen je pro spotřebitele nejen přechodný, ale i zanedbatelný, omezování soutěže he je trvalé a citelné. Jde o to, aby samostatní podnikatelé nebyli vytlačováni z trhu nekorektní cenovou strategií velkých podniků, ačkoliv by v korektní soutěži obstáli (srov. <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/Missbrauchsaufsicht/missbrauchsaufsichtW3DnavidW2657.php>, [cit. 8. 9. 2000]).

závislost a tržní dominance spolu nemusejí bezpodmínečně souviset. Proto je pojem „ekonomické závislosti“ důležitým pro ev. veřejnoprávní zásahy do smluvní autonomie stran i mimo působnost práva soutěžního.⁶⁶⁶

At' už by „definice“ ekonomické závislosti byla obsažena v zákoně nebo (raději) byla ponechána doktríně, judikatuře a principu legitimního očekávání (podobně jako pojmy „dobrých mravů“ nebo „dobrých mravů soutěže“, „poctivého obchodního styku“, apod.),⁶⁶⁷ poskytovala by východisko a jakousi „zálohu“ pro veřejnoprávní vymáhání férovosti v obchodních smlouvách tam, kde by soukromoprávní ochrana nebyla reálně vynutitelná.

Dřívější návrhy⁶⁶⁸ na užší pojetí geograficky relevantního trhu, které by umožnilo zachytit prostředky antimonopolního práva praktiky velkých řetězců coby dominantů na těchto újeji vymezených relevantních trzích, nebyly rozpracovány.

Při aplikaci tzv. „více ekonomického přístupu“ by se dalo uvažovat i o analogii „kolektivní kvazidominance“ na takto geograficky újeji vymezených relevantních trzích, ev. i o kumulativním efektu sítě subdominantů.⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ Mezi ekonomickou závislostí a dominantním postavením v klasickém antitrustovém slova smyslu se jasně rozlišuje. Dominantní postavení se pojí s nezávislostí na soutěžitelích, zatímco ekonomická závislost se vztahuje na situace, v nichž je podnikatel nezávislý na svých zákaznících, přičemž jde striktně o dvoustranný vztah–srov. (na příkladu švýcarské právní úpravy dokumentovaný rozdíl těchto pojmů) KELLEZI, P. Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence. In: MACKENRODT, M.; CONDE GALLEGÓ, B.; ENCHELMAIER, S. *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanism?* Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2008, s. 65–66.

⁶⁶⁷ A ne jako ve zrušeném slovenském zákoně č. 145/2010 Zb., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch medzi odberateľom a dodávateľom tovaru, ktorým sú potraviny. Ten obsahuje nebezpečně podrobný výčet „nešvarů“ (který navíc ani není demonstrativní). Ke všemu se ještě moci zákona činí z etických závazků v obchodních vztazích právní povinnosti - v § 5/2 zákona se stanoví, že dnem přistoupení účastníka obchodního vztahu k etickému kodexu se etický kodex stává pro tohoto účastníka závazným...

⁶⁶⁸ BEJČEK, 2000, op. cit.

⁶⁶⁹ Analogicky dřívější úpravě zákazu kartelových dohod u § 6 odst. 2 písm. c, bod 2. ZOHS ve znění zákona 340/2004 Sb. (později vypuštěno): vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž se netýká dohod, byť by byly bagatelní, jestliže je souborem těchto dohod omezen přístup na trh soutěžitelům, kteří nejsou účastníky těchto dohod tvořících soubor a hospodářská soutěž na tomto trhu je podstatně narušena kumulativním účinkem paralelních sítí podobných vertikálních nebo smíšených dohod uzavřených pro distribuci stejného, srovnatelného nebo zaměnitelného zboží.

Řešením by mohlo být i zakotvit ekonomickou závislost jako konkrétní relativní vztah, který však není předurčen ani sektorově (potravinářství a zemědělství), ani strukturálně (omezení jen na dodavatele), ba ani stanovitelný absolutními údaji o obratu či relativními údaji o tržním podílu. Ekonomickou závislost (a ani ekonomickou sílu) nelze vyjádřit ani jen procentním podílem na trhu, ani absolutním obratem.

Přístup tohoto ražení uplatňovaný v SRN jsem popsal již výše sub 4.4. Tamní zákon o ochraně soutěže do konceptu dominance kvůli ochraně dodavatelů před obchodními řetězci nezasahuje, ale prohlašuje (formou velmi obecné generální klauzule), že vůči malým a středním soutěžitelům nesmí podniky využívat svoji větší tržní moc k tomu, aby takové soutěžitele nespravedlivě omezovaly. Takovým omezováním je zejm. situace, kdy se od malého nebo středního soutěžitele požaduje u potravin nižší prodejní cena, než za niž ji podnik dále prodává nebo u jiného zboží a služeb nikoliv jen příležitostně, nebo kdy podnik požaduje od malého a středního soutěžitele, s nímž soutěží na podřazeném trhu, cenu za dodávku zboží nebo služeb, v nichž si konkurují, která je vyšší, než cena, za niž on sám na takovém trhu nabízí, není-li k tomu objektivní důvod.

Tento obecný nástroj v podobě generální klauzule naplňované zejména judikaturou je vhodnějším způsobem regulace. Má v sobě prvky „*effet utile*“ - rozumné a co nejeфекtivnější realizace práva.

Výrazná nerovnováha ve vyjednávací síle obchodních řetězců a jejich dodavatelů umožňuje neférové obchodní praktiky, které nutí slabší smluvní stranu ke spolupráci na hranici rentability. Snaha problém řešit vyžaduje zvážit charakter a rozsah ev. regulatorních zásahů. Jde v prvé řadě o konflikt skupinových zájmů, v němž by právníci neměli připustit kontraproduktivní „řešení“.

Problém spočívá v konkurenčním postavení individuální ochrany malých a středních dodavatelů na jedné straně, a institucionální ochrany soutěže a ochrany spotřebitele na straně druhé. Právně politicky se jedná především o to, zda vyšší nákupní síla vede ke snížení nákupních cen, které se odrazí v nižších spotřebitelských cenách (nebo v lepší kvalitě), a nebo zda kupující jen získá zboží lacině pro sebe a konečnou cenu pro spotřebitele zvýší (ev. sníží i kvalitu).

Podružné je, zda při pokusu o úpravu změním tradiční doktrinální schéma dělby působnosti mezi zákony či odvětvími. Nákupní síla jako druh tržní síly je významná z hlediska ochrany soutěže, až pokud dosáhne hranice dominance, což v ČR není případ žádného z obchodních řetězců. Další veřejnoprávní úpravy dotýkající se nerovnováhy v postavení stran obsahuje zákon o významné tržní síle a zákon o cenách; oba zákony ale reálný vliv na chování obchodních řetězců v praxi nemají. Zákazy prodeje pod náklady jsou sporné a cenová regulace nemůže plošně a účinně zasáhnout do komplexu smluvního vztahu.

Existují i soukromoprávní možnosti nápravy, které jsou spíše hypotetické: soudní ochrana proti nekalé soutěži a úprava obsahu neférové smlouvy jedním ze tří základních způsobů: nejrozumnější podmínkou, nejméně výhodnou podmínkou pro silnější stranu, nebo podmínkou minimálně ještě tolerovatelnou. Zvláštní plošné (CenZ) i sektorové (ZVTS) veřejnoprávní úpravy usilují v podstatě o veřejnoprávní ochranu proti nekalé soutěži a nepoctivým obchodním praktikám. Zda však mezi *konkrétními* stranami existuje ekonomická závislost, která silnější straně umožňuje uplatňovat a vynucovat neférové obchodní podmínky, nemůže stanovit zákon, ale lze to zjistit jen v konkrétním případě.

Předběžná hypotéza, kterou ještě otestuji v následujících kapitolách i v mezinárodním kontextu, předpokládá jako nejvhodnější řešení chápat „ekonomickou závislost“ jako konkrétní relativní vztah, který však není předurčen ani sektorově (potravinářství a zemědělství), ani strukturálně (omezení jen na dodavatele), ani absolutními údaji o obrátu či relativními údaji o tržním podílu. Pokud se pod politickým tlakem přece jen prosazuje legislativní řešení, doporučuje se co nejobecnější úprava formou generální klauzule s minimem pojmenovaných skutkových podstat.

7 REGULACE VÝZNAMNÉ POPTÁVKOVÉ SÍLY

7.1 Ekonomický kontext

Problémy s nedostatečným vymáháním soukromého práva ve vztazích mezi výrazně negociačně nerovnocennými obchodními partnery, z nichž přitom ani jeden nemá dominantní postavení, jehož zneužití se dá postihnout prostředky práva na ochranu hospodářské soutěže, se vyskytují na celém světě. V oblasti prodeje a distribuce zemědělských a potravinářských výrobků jsou ještě viditelnější, protože se k nim přidružuje větší zranitelnost zemědělských prvovýrobců klimatickými vlivy a regionalizací poptávky po jejich produkci. Z toho vyplývá mnohem větší pravděpodobnost nerovnovázné vyjednávací síly mezi podnikateli v tomto sektoru, stojícími na opačných stranách trhu. Proto se tato výzva řeší i nástroji práva veřejného, které se snaží kompenzovat nepříznivé dopady poptávkové moci či výrazně vyšší vyjednávací síly kupujícího (maloobchodního distributora).

Distribuce skrze velké obchodní řetězce a její nárůst je celosvětovým fenoménem. Obchodní řetězce se označují jako hlavní hybatelé distribuce potravin na rozdíl od předchozí doby, kdy tuto roli měli výrobci potravin. Dnes se v blahobytné konzumní společnosti musí starat výrobce o obchodníky, na rozdíl od dřívějška, kdy obchodník sháněl výrobce a dodavatele. Obchodní řetězce zajišťují velmi pokročilou a technologicky vyspělou formu distribuce, která přinesla řadu výhod spotřebitelům i z hlediska makroekonomického.⁶⁷⁰

Ekonomické *výhody*⁶⁷¹ maloobchodní distribuce skrze velké řetězce jsou nesporné:

- úspory z rozsahu a z měřítka;
- nižší nákupní ceny díky těmto úsporám;
- možnost přenést tyto úspory do konečných spotřebitelských cen;
- snížení nákladů spotřebitelů na vyhledávání zboží;

⁶⁷⁰ Blíže viz BARLING, D. Food supply chain governance and public health externalities: upstream policy interventions and the UK state. *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*. 2007, no. 20, s. 285–300.

⁶⁷¹ Srov. SCHEELINGS; WRIGHT, op. cit., s. 30 a násled.

- koordinace mezi nakupujícím a distributorem, jenž zajišťuje spotřebiteli simultánní zastupitelnost a komplementaritu zboží od různých dodavatelů;
- přenos poptávky spotřebitelů na velkoobchodní úroveň.

Obvykle se uvádějí i *rizika*:

- možnost řetězců nejen odrážet poptávku, ale též ji ovlivnit ve svém zájmu;
- možnost řetězců rozhodovat tak podle vlastní úvahy o dodavatelích;
- soutěž mezi dodavateli o prodejní prostor (obecně nebo o „prémiové umístění“ zboží), která může vést k (vynucenému) cenovému podbízení;
- na straně nabídky může být cenové podbízení doprovázeno „přeplácením“ řetězců silnějšími dodavateli za poskytnutí výhodnějších prodejních prostor a za zařazení jejich zboží do promočních akcí, což při dlouhodobém používání může ohrozit soutěž na straně nabídky;⁶⁷²
- jednostranná orientace na minimální nákupní cenu může vést ke snížení kvality zboží, což je jiná forma újmy spotřebiteli, která není kompenzovatelná nižší prodejní cenou zboží;
- vyšší pravděpodobnost zániku drobných dodavatelů; snížení pestrosti nabídky v důsledku výše uvedených postupů (újmá spotřebitelů);
- redukce nabídky je vyšší, pokud řetězec používá vlastní soukromé obchodní značky a dodavatele závislého na prodejích přes tuto privátní značku řetězec odsuzuje do pozice dodavatele „no name“;⁶⁷³
- koncentruje se trh na nabídkové straně, zanikají pracovní místa s dalšími ekonomickými a sociálními důsledky, atp.

Ochranářská pozice ve prospěch tzv. slabšího je v naší mentalitě zakotvena asi silněji než v tvrdším a liberálnějším anglosaském prostředí a nemůže se přirozeně neprojevit v právním řádu. Spíše u nás převládá obava, abychom neopomněli zregulovat něco, co by se ještě zregulovat dalo, na rozdíl

⁶⁷² V poslední cit. prameni na s. 35 se uvádí, že podle výzkumů se platby za *category management* a za výhodné umístění zboží na regálech a v prodejnách nepromítly ve zvýšení zisku řetězců, neboť byly přeneseny na spotřebitele v rámci soutěže mezi řetězci.

⁶⁷³ Dodavatelé značkového zboží, „které nelze nenabízet“ spotřebitelům, mají ve vztahu k řetězcům lepší vyjednávací pozici, ale na druhé straně jsou přímými konkurenty privátních značek řetězce, který přitom má k dispozici citlivé informace o marketingových, reklamních a dalších záměrech prodejců značkového zboží a může jim přizpůsobit svoji obchodní politiku.

od mentality amerického zákonodárce, který je jät spíše obavou, aby nereguloval něco nadbytečně. Nicméně se v praxi stále silněji prosazuje pozice *duálního přístupu* k vyšší tržní síle subdominantních řetězců, a to jak soukromoprávního, tak i veřejnoprávního.⁶⁷⁴

Panuje všeobecné mínění o potřebnosti úpravy⁶⁷⁵ omezující agresivitu obchodních řetězců. Tyto úpravy se pod různými názvy začaly prosazovat po celém světě. Pro veřejnoprávní dohled určitého typu a intenzity hovoří mj. okolnost, že obchodní potravinářské řetězce představují na straně poptávky obrazné „hrdlo láhve“, jímž proudí ke konečným spotřebitelům nepostradatelné zboží. Na nadřazeném trhu mají řetězce za partnera buď roztržštěné zemědělské prvovýrobce, nebo zpracovatele potravin, kteří mohou být neméně koncentrovaní jako distributoři a představují „hrdlo láhve“ na výstupu z nadřazeného trhu.

Fungující soutěž je nejlepším řešením; regulace pak - v případě, že soutěž nefunguje - druhým nejlepším řešením. Regulace na ochranu soutěže je opět vhodnější preventivní, abstraktní a systémová (kontrola fúzí), nežli dohledová, ex post (kontrola zneužití dominance, zákaz kartelových dohod). Na subdominantní soutěžitele (u nás jde o všechny obchodní řetězce bez výjimky) antitrustová regulace v zásadě nedosáhne, ledaže by proponovaná hypotetická fúze vedla k podstatnému narušení hospodářské soutěže.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ Srov. např. ZHANG, X.; ARAMYAN, H. A conceptual framework for supply chain governance (an application to agri-food chains in China). *China Agricultural Economic Review*. 2009, vol. 1, no. 2, s. 136 a násl. Argumentují nutností kombinovat v rámci neoklasické kontraktace smlouvy s vládními opatřeními, ale také s neformálními vztahy směřujícími k lepšímu zapojení malých a středních výrobců do zemědělsko potravinářského distribučního systému.

⁶⁷⁵ Což uznávají i britci kritici úrovně stávajícího zákona – srov. PELIKÁN, 2009, op. cit., s. 34.

⁶⁷⁶ Dokonce i v USA se konstatuje nebezpečí „dominového efektu“ v potravinářském sektoru, kterému je třeba zabránit: výrobci jsou utlačováni silnými zpracovateli a výrobci potravin, které zase utlačují silní distributoři potravin. Tvrdí se (bez argumentů a údajů), že to vede ke zvyšování cen pro spotřebitele, problémů s kvalitou a omezení výběru. Volá se po nutnosti začít na vládní úrovni s procesem decentralizace a nepovolovat další koncentraci na straně distributorů. Srov. MOSS, D. Proposed Merger of Sysco and US Foods. *American Antitrust Institute*. February 2014, dostupné na: <http://textlab.io/doc/114799/aai-letter-to-ftc-re-sysco-us-foods-merger>. Niže se na výsledcích reprezentativní ekonometrické studie dokládá, že taková tvrzení nelze zobecňovat a v EU se přinejmenším neprokázala.

Změny v nákupních návycích a životním stylu spojené se strukturální proměnou maloobchodní sítě⁶⁷⁷ si vynutily nepostradatelnost distribučního kanálu v podobě velkoobchodu řetězců pro úspěch většiny středních a větších dodavatelů zboží (byť zdaleka nejen potravinářského). To však neznamená, že nákupní síla řetězců by si apriorně zasloužila buď pozitivní nebo negativní hodnocení, neboť ona může vést jak k efektivnosti, tak i protisoutěžnímu nebo vykořisťovatelskému chování.⁶⁷⁸

Nákupní síla jako druh tržní síly je významná z hlediska ochrany soutěže, až pokud dosáhne hranice dominance, tedy způsoblosti soutěžitele chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích. Potom také její dosažení odůvodňuje přistupovat k dominantovi v souladu s diskriminační doktrínou tzv. „zvláštní odpovědnost“. Tato doktrína nemá ovšem opodstatnění u soutěžitelů, kteří dominantní postavení nezaujímají, tedy i u subdominantních obchodních řetězců. A u nás žádný obchodní řetězec dominantní postavení na trhu vymezeném geograficky jako území ČR v minulosti nikdy nezaujímal⁶⁷⁹ a dosud nezaujímá.⁶⁸⁰

Otázkou je, zda by nebylo vhodné v případě výrazné rajonizace a faktické vázanosti výrobců na určité distribuční kanály vymezit *místně relevantní trh* úžeji a chování velkých distributorů, kteří na takto úžeji vymezeném trhu zaujímají významné postavení, poměřovat testem zneužití dominantního postavení na trhu. Tento dřívější návrh⁶⁸¹ nenašel u nás podporu, ale jinde se o něm stále uvažuje.⁶⁸²

Bylo by metodicky vadné, pokud by se odlišná legislativní řešení posuzovala jen „sama o sobě“, bez vztahu ke konkrétním ekonomickým a právním podmínkám určité země a také k právní tradici. Brát si vzor z úpravy v jiné zemi a generalizovat poznatky z ní jen proto, že úprava pěkně a logicky vypadá,

⁶⁷⁷ Historicky velmi dekoncentrovaná maloobchodní síť se proměnila v odvětví ovládané malým počtem hráčů, kteří mají ve vztahu ke konečným spotřebitelům roli pomyslného vrátného (*gatekeeper*). Srov. LÜCKING, 2001-B, op. cit., s. 467.

⁶⁷⁸ Srov. BLOOM, op. cit., s. 412.

⁶⁷⁹ Srov. PETR, M. Možnosti legislativního řešení problematiky tzv. obchodních řetězců. *Informační list ÚOHS*. 2008, č. 1, s. 14.

⁶⁸⁰ Podle DZ k návrhu novely ZVTS.

⁶⁸¹ Srov. BEJČEK, 2000, op. cit., s. 9 an.

⁶⁸² Srov. např. SHIARISHI, T. A Baseline for Analyzing Exploitative Abuse of a Dominant Superior Position. *UT Soji Law Review*. 2013, no. 5 s. 5. Dostupné na: <http://ssrn.com/abstract=2246558>.

nebo že vyhovuje hodnotovému nastavení (předsudku) posuzovatele, či proto, že pochází z právně vyspělejší a kontinuálnější se vyvíjející právní kultury, by mohlo být zrádné.

Už jen např. míra koncentrace distributorů podmiňuje úplně odlišné legislativní přístupy, které se mohou odrážet i v neadekvátně prosazovaných teoretických a právně politických východiscích, pokud neberou na ekonomické odlišnosti zřetel. Snaha o postoj „*one size fits all*“ je výrazem neporozumění podstatě problému a/nebo duševní pohodlnosti.

Jiný přístup bude vyžadovat země, v níž čtyři hlavní hráči na trhu ovládají 90% trhu⁶⁸³ nebo kde dva největší řetězce kontrolují přes 80% trhu⁶⁸⁴, a jinak se bude potřeba a konstrukce právní úpravy posuzovat v zemi jako je Česká republika, v níž žádný ze tří největších obchodních řetězců nedosahuje⁶⁸⁵ ani 12% podílu na relevantním trhu maloobchodního prodeje potravin a společný podíl osmi největších se blíží 63%.⁶⁸⁶

Na rozdíl od předchozích případů je trh v této struktuře velmi soutěžní, byť je veden skupinou relativně silnějších subjektů.⁶⁸⁷ Že by se měla pravidla pro intervenci do obchodních vztahů v závislosti na těchto a dalších okolnostech lišit, je přinejmenším oprávněná hypotéza.

Apriorní výtky proti koncentraci na straně poptávky (distribučních řetězců) obligátně uvádějí negativní vliv na *inovaci*. Reprezentativní mezinárodní průzkum tento závěr nepotvrdil.⁶⁸⁸ Jedním z jeho závěrů naopak bylo konstatování, že vstup nových soutěžitelů vždy zvyšuje možnosti výběru a inovace. V řadě členských států EU není trh příliš koncentrován a nezdá se,

⁶⁸³ Jako je tomu např. v Austrálii - srov. Supermarket Power Project. *Melbourne Law School*. S. 1. Dostupné na: <http://www.law.unimelb.edu.au/suprmarkets/about-the-projectaims>.

⁶⁸⁴ Srov. OINONEN, op. cit., s. 97–121.

⁶⁸⁵ Podle Důvodové zprávy k Návrhu novely ZVTS, 2014.

⁶⁸⁶ Důvodová zpráva k Návrhu novely ZVTS, s. 11–13.

⁶⁸⁷ Podle informací pracovníků oddělení významné tržní síly ÚOHS, podaných na Svatomartinské konferenci 12. 11. 2014, působí na českém trhu s potravinami cca 18 000 subjektů a již padesátý soutěžitel podle velikosti má jen 0,1% podíl na relevantním trhu.

⁶⁸⁸ Srov. impozantní studii o rozsahu 452 stran - Cambridge Econometrics Ltd. Arcadia International, op. cit. Tam se na s. 209 uvádí, že ekonometrické výsledky naopak prokázaly pozitivní dopad vyšší koncentrace mezi distributory na národní úrovni na inovaci. Negativní vliv na některé inovace se naopak projevil jako důsledek vyšších koncentrací na národní úrovni na straně dodavatelů.

že by vyjednávací síla obchodníků měla negativní dopad na výběr a na inovaci. Možnosti výběru od r. 2004 trvale rostly. Jistý pokles inovací se v tomto období přičítá hospodářské krizi.⁶⁸⁹

Některé studie potvrzují explicitně hypotézu, že přítomnost silných kupujících silněji motivuje dodavatele ke zlepšování své produkce⁶⁹⁰ – silní kupující tak v tomto ohledu dodavatele více „drží pod krkem“,⁶⁹¹ což se může projevit ve zvýšení spotřebitelského blahobytu.

Tvrdé vyjednávání, při němž dodavatel přesto setrvá u svého odběratele, může v řadě případů dodavatele donutit k vlastním inovacím a zostřit tak soutěž na straně nabídky více než demotivační „bezpečné polštáře“ veřejnoprávně garantovaných obchodních podmínek.

Spíše spekulativní a neověřená jsou též všeobecná tvrzení, že vyšší kupní síla distributorů demotivuje dodavatele od zvyšování *quality* produkce.⁶⁹²

7.2 Mezinárodní kontext

Z výše uvedených důvodů je nezbytné zjednat si určitý základní mezinárodní přehled o právní úpravě poptávkové vyjednávací moci, ať už se prezentuje pod jakýmkoliv názvem, a teprve poté se dá komentovat stávající národní úprava nebo doporučovat její změna či případná (de)regulace. Protože variabilita právních řešení není vzhledem k velmi podobné ekonomicko-právní podstatě problému nekonečná, není účelné popisovat desítky úprav řady států, ale postačí rozebrat hlavní rysy a rozdíly mezi úpravami především těch zemí, které je již mají delší dobu, a mohou proto nabídnout jistou zkušenost. Účelné je též poukázat na ojedinělá a netradiční řešení, ovšem vždy v kontextu s podmínkami té které země. Proto v této části rozebírám jen některé úpravy ze zemí, které jsou pro nás přirozeně referenční. Připojuji

⁶⁸⁹ Srov. European Commission - IP/14/1080 02/10/2014.

⁶⁹⁰ Srov. INDERST, R.; MAZZAROTTO, N. Power in Distribution. In: COLLINS, W.D. (Ed.). *ABA Antitrust Section Handbook, Issues in Competition Law*. 1611-1637, Chicago: ABA Book Publishing, 2008.

⁶⁹¹ Srov. INDERST, R.; WEY, C. Countervailing power and Upstream Innovation, working paper. *IDEI*. 2005 (přístup 4. 2. 2016), s. 4–5. Dostupné na: http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/conf/fpi/papers_2006/vey.pdf

⁶⁹² Srov. BATTIGALLI, P.; FUMAGALLI, C.; POLO, M. Buyer power and quality improvements. *Research in Economics*. 2007, University of Venice, s. 45–61.

přehlednou tabulku sestavenou podle klíčových parametrů na základě reprezentativního dotazníku Mezinárodní ligy pro soutěžní právo, zpracovaného při příležitosti Kongresu LIDC v Kyjevě 2013.⁶⁹³

Tiskové oddělení ÚOHS vydalo sdělení,⁶⁹⁴ v němž konstatuje, že Evropská komise se dlouhodobě zabývá vztahy mezi dodavateli a odběrateli potravin při dodávkách potravin určených pro maloobchodní prodej v obchodních řetězcích zejména proto, že obchodní řetězce uplatňují vůči dodavatelům potravin různé nepoctivé obchodní praktiky. Z jednání zástupců Evropské komise vyplynulo, že členské státy EU přistupují k této problematice několika způsoby. V některých z nich (šest států) neexistuje žádná regulace chování obchodních řetězců. Ve dvou členských státech je regulace chování obchodních řetězců pouze na dobrovolné bázi a v ostatních členských státech upravuje chování obchodních řetězců vůči dodavatelům různé obecné zákony, jako např. soutěžní zákon, občanský zákoník nebo zákony speciální směřující upravující chování maloobchodních distributorských řetězců v oboru potravin a zemědělských výrobků.

Za výhodu obecnějšího přístupu k nepoctivým praktikám se pokládá flexibilita a plošný dopad. Nevýhodou je vysoký důkazní standard a nároky na zjišťování velkého množství faktických poznatků v každém jednotlivém případě.

Jiné státy se rozhodly pro přijetí předpisů velmi detailně popisujících a zakazujících nepoctivé obchodní chování. To sice umožňuje snazší aplikaci této legislativy a přináší to s sebou větší právní jistotu, ale nevýhodou této kasuistické metody je nutnost pravidelné aktualizace katalogu zakázaného chování, neboť se musí reagovat na vynalézavost ve způsobech dosahování téhož cíle jinými prostředky. Potřeba veřejnoprávní ingerence se zpravidla právně politicky zdůvodňuje tzv. faktorem strachu, kvůli němuž se dodavatel, k němuž se jeho partner chová „nepoctivě“, obává postihu v různých

⁶⁹³ Přidaná hodnota tabulky spočívá ve strukturovanosti, hutnosti a přehlednosti rozsáhlých informací, které se z různorodých a ne vždy dobře strukturovaných slovních odpovědí respondentů musely pracně vytěžit. Za výbornou odbornou spolupráci na tomto úkolu srdečně děkuji svému diplomantovi a současně pomocné vědecké síle Janu Kupčikovi a Martině Fojtové. Oba (a zejména Jan Kupčík) odvedli výbornou práci i při konečných úpravách mého chaotického rukopisu, který by bez nich dopadl ještě podstatně hůř než vidno. Neviditelné zlepšující zásahy jsou jejich, viditelné přetrvávající chyby jsou moje.

⁶⁹⁴ Sdělení č. 15/070/HS034 z 8. 12. 2015.

podobách ze strany obchodního řetězce, pokud by dodavatel na neférové chování upozornil. K efektivnosti dobrovolné etické autoregulace obchodních řetězců se Úřad vyžaduje setrvale se skepsí, byť patrně předčasnou a empiricky nepodloženou.

V celosvětovém pohledu se rozlišuje vícero skupin států ve vztahu k regulaci významné vyjednávací síly podle podrobnějších kritérií.⁶⁹⁵

V některých zemích se tzv. významná tržní, resp. vyjednávací síla posuzuje podle objektivních vyčíslitelných měřítek, tedy bez vztahu ke konkrétnímu obchodnímu partnerovi, vůči němuž by mohla být zneužita.

7.2.1 Maďarsko

V Maďarsku se podle zákona o obchodu CLXIV účinného od roku 2006 identifikuje významná tržní moc (nikoliv dominance ve smyslu antitrustových předpisů) podle kritéria čistého obrátu (včetně mateřských a dceřiných společností). Překročení 100 mld. forintů vede bez dalšího k získání statusu držitele významné tržní síly a není třeba provádět další důkazy o existenci významné tržní síly.⁶⁹⁶ Jde o nevyvratitelnou domněnku.⁶⁹⁷

Druhým kritériem (i bez dosažení obrátového prahu) je dosažení jednostranně výhodné vyjednávací pozice vůči dodavateli hodnocené podle řady hledisek, jako je struktura trhu, existence překážek vstupu, tržní podíl a finanční síla, velikost obchodní sítě, umístění provozoven, atd. Maďarský soutěžní úřad příslušný k aplikaci zákona aplikoval zatím vesměs kritérium čistého obrátu (více než dvě třetiny účastníků trhu jsou nad tímto prahem).

Významná tržní síla se podle zákona o obchodu definuje jako pozice odběratele umožňující mu donutit dodavatele, jenž není schopen se bez spolupráce s odběratelem obejít, vstoupit do smluvního vztahu a umožňující mu ovlivňovat umístění určitého produktu na trh.

⁶⁹⁵ ICN Special Program for Kyoto Annual Conference, Report on Abuse of Superior Bargaining Position. *ICN 7th Annual Conference*. Kyoto, Japan, April 14-16, 2008, s. 5 a násl [cit. 9. 12. 2015]. Dostupné na: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>

⁶⁹⁶ Srov. SÜKÖSD, P. Hungary: Dual Shield to protect Food Suppliers [online]. [cit. 5. 12. 2015]. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2011/hu_food.pdf

⁶⁹⁷ Právě jím se český ZVTS inspiroval při stanovení obrátového kritéria významné tržní síly (5 mld.), byť ve formě domněnky vyvratitelné.

Kromě zákona o obchodu vstoupil v roce 2010 v účinnost zákon XCV/2009 o zákazu nepoctivých obchodních praktik u zemědělských a potravinářských výrobků, který se částečně překrývá se zákonem o obchodu, ale jehož aplikace patří do působnosti ministerstva zemědělství.

Zneužití významné tržní síly podle zákona o obchodu se v rozhodovací praxi antitrustového úřadu vymezuje docela vágně a ekonomicky pochybně tak, že dodavatel nemá žádný prospěch z ekonomických výsledků prodeje ve velkém (*large-scale selling*).⁶⁹⁸

Oba zákony se liší i v dalších ohledech. Zákon o obchodu zakazuje distributorům uplatňovat ceny pod hranici ceny fakturované dodavatelem, pokud zboží není ve vlastnictví distributora. Tato podmínka znemožňuje konstatovat porušení zákona, protože komisionářský prodej a nákup se v tomto sortimentu zboží neprovozuje. V zákoně proti nepoctivým obchodním praktikám tato dodatečná podmínka chybí. Navíc se svěřuje ministerstvu zemědělství funkce cenového úřadu, který má právo kontrolovat, jestli jsou ceny stanovené distributorem pod úrovní ceny fakturované dodavatelem nebo pod jeho výrobními náklady. Tento zákon navíc neobsahuje test významné tržní síly, takže se jeho ustanovení dají použít na všechny vztahy mezi dodavateli a distributory zemědělských a potravinářských výrobků (včetně případů, kdy je distributor malý potravinářský obchod prodávající zboží bez úpravy konečnému zákazníkovi a dodavatelem značkového a obtížně zaměnitelného zboží je velká mezinárodní společnost).⁶⁹⁹

7.2.2 Litva a Lotyšsko

Rovněž v Litvě se pojem významné tržní síly váže na objektivní parametry, které mohou být relevantní a možná i funkční v konkrétní konstelaci v tomto obchodním sektoru tamní národní ekonomiky, ale sotva mohou sloužit jako obecněji použitelný nástroj. Předpokládá se totiž, že držitel významné tržní síly vlastní nejméně dvacet potravinářských obchodů o prodejní ploše nejméně 400 m² a s celkovým obratem v přepočtu cca 114 mil. €. Příslušný zákon obsahuje i výčet zakázaných neférových praktik vůči dodavatelům.

⁶⁹⁸ Rozhodnutí Maďarského soutěžního úřadu z 28. července 2008, Vj-149/2007, podle TÓTH, T. Hungary. In: KOBEL; KÉLLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 229.

⁶⁹⁹ SÜKÖSD, P., op. cit.

Lotyšsko zavedlo subjektivizovanou a pochybnou koncepci dominantního postavení v maloobchodě: důkaz tržní síly obchodníka ve vztahu k jeho dodavatelům totiž podle zákona indikuje dominanci v maloobchodě, aniž se musí zkoumat dominance vůči konkurentům a spotřebitelům. Jde tedy o jakousi „relativní dominanci“ ve dvoustranném vztahu, která nemusí mít vůbec nic společného s dominancí ve smyslu antitrustových předpisů. Navíc samotné „dominantní postavení v maloobchodě“ se definuje jako schopnost (!) maloobchodníka požadovat nebo vynucovat nespravedlivé a neoprávněné podmínky nebo platby vůči dodavatelům. Tato schopnost se zakládá na jeho kupní síle, kterou má na relevantním trhu po určitou dostatečně dlouhou dobu, a na závislosti dodavatelů na něm. Tato schopnost musí být způsobilá zabránit soutěži na relevantním trhu nebo ji omezit či narušit.⁷⁰⁰ Jde o podmínku, která se ovšem nemusí ve dvoustranném vztahu (při tzv. relativní dominanci) vůbec naplnit.

7.2.3 Spojené království

Potravinářská distribuční síť ve *Spojeném království* se vyznačuje poměrně vysokým stupněm koncentrace,⁷⁰¹ který vedl k potřebě úpravy chování obchodních řetězců, ovšem právě v těchto konkrétních podmínkách; zkušenosti s metodami regulace ze země s podstatně odlišnou strukturou trhu se přirozeně nedají mechanicky transplantovat do zemí s tržní strukturou diverzifikovanější a s jiným právním prostředím.

I v této zemi s vysokou koncentrací potravinářských řetězců dospěl národní soutěžní úřad (*Competition Commission*) ke zjištění, že velké řetězce disponují kupní silou, jež však sama o sobě není ze soutěžního hlediska problematická, neboť výhody z nižších dodavatelských cen umožněných touto kupní silou se přenášejí na spotřebitele. Ani existence vlastních značek obchodních řetězců jim neposkytovala podle závěrů soutěžního úřadu významnou soutěžní výhodu. Závěr, že i na poměrně silně koncentrovaném trhu

⁷⁰⁰ Srov. POKORNÁ, A. Specifická veřejnoprávní ochrana odběratelko-dodavatelských vztahů v Litvě a Lotyšsku. *Potravinářská revue*. 2012, č. 7, s. 55–57.

⁷⁰¹ Dvě třetiny prodeje v potravinářském maloobchodním sektoru zajišťují čtyři největší obchodní řetězce. Na místních trzích, kde je koncentrace ještě vyšší, může být ohrožena i hospodářská soutěž. Srov. PICCININ, D. United Kingdom. In: KOBEL; KËLLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 374, 383, 385.

maloobchodní distribuce potravin funguje soutěžně právní režim dobře a že nejsou potřebná žádná další zvláštní pravidla pro tento sektor, přijala ostatně i nevládní odborná Asociace pro soutěžní právo.⁷⁰²

Specifická soutěžní pravidla pro oblast potravinářské distribuce formulovalo zvláštní Nařízení⁷⁰³ a jeho součástí je kodex praktik při dodávkách potravin (*Groceries Supply Code of Practice* z r. 2008)⁷⁰⁴ upravující vztahy mezi velkými potravinářskými distributory (jmenovitě uvedenými v příloze) a jejich dodavateli. Jednak zakotvil obecnou povinnost férového jednání s partnery a navíc řadu velmi specifických a kasuistických požadavků. Obsah kodexu se měl naplňovat i za pomoci zvláštního rozhodce.⁷⁰⁵

7.2.4 Spojené státy americké

V USA neexistuje zvláštní úprava významné vyjednávací síly ani v rámci soutěžního práva a ani ve formě zvláštního právního předpisu o zneužití takové vyjednávací síly. Trh distribuce potravin (a zejména ten maloobchodní) se pokládá za dynamicky soutěžní a inovativní.⁷⁰⁶ S výjimkou několika „hyperlokalizovaných problémů“ nejde o prioritu veřejnoprávního anti-trustového dohledu a ani soukromoprávního vymáhání.

Regulace jednostranného chování pod hranicí dominance se v USA ostatně považuje za špatnou politiku.⁷⁰⁷ Souvisí to s očividnou tradiční rezervovaností a preventivní opatrností k jakékoliv regulaci ekonomiky, a to regulaci jak obecné, tak tím spíše sektorově specifické. Samozřejmě se i přes absenci takové specifické úpravy zneužití významné vyjednávací síly i v USA uplatňují zákonné standardy obecné, které v jiných zemích zachycuje úprava specifická.⁷⁰⁸

⁷⁰² Tamtéž, s. 398.

⁷⁰³ Groceries (Supply Chain Practices) Market Investigation Order 2009.

⁷⁰⁴ The groceries (supply chain practices) market investigation order 2009 [online]. [cit. 8. 12. 2015]. Dostupné z: <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-chain-practices-market-investigation-order>

⁷⁰⁵ KOBEL; KËLLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 378.

⁷⁰⁶ MERAND-SINHA, K.; BERGMAN, H.; BAKER, D. I. United States of America. In: KOBEL; KËLLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 401 a násl. Podle tohoto pramene (s. 408) měli v USA v r. 2011 čtyři největší distributoři podíl na trhu necelých 38%, osm největších mělo podíl cca 51% a dvacet největších distributorů se podílelo na celkovém obratu na trhu cca 64%.

⁷⁰⁷ Srov. ICN Special Program for Kyoto Annual Conference, op. cit., s. 17.

⁷⁰⁸ Na úrovni federální i státní, obecná i sektorově ohraničená (např. Franchisee Protection Statutes). Blíže viz MÄRZHEUSER-WOOD, B.; BAGGOTT, B. Franchise law in the United States [online]. [cit. 9. 12. 2015]. Dentons 2015. Dostupné na: www.dentons.com.

Antitrustová aktivita v oblasti potravinářství se v zemi za posledních zhruba 40 let (a zejména proti období od třicátých let do let sedmdesátých let 20. století) výrazně zliberalizovala a zaznamenala odklon od dřívějšího tvrzeného populismu k mírnějšímu konzervativnějšímu ekonomickému myšlení. Ani do budoucna se nepředpokládá zvýšení právní ingerence v tomto sektoru.⁷⁰⁹

7.2.5 Rakousko

Rakousko nemá zvláštní sektorovou úpravu zneužití významné vyjednávací síly, ale v rámci tzv. kartelového zákona⁷¹⁰ upravuje tzv. ovládnutí trhu. Podně se zahrnuje nejen klasická absence jakékoliv podstatné soutěže na obou stranách trhu, ale i případy, kdy má nabízející nebo poptávající účastník ve vztahu k ostatním soutěžitelům převažující tržní postavení (*übertagende Marktstellung*), tedy jakousi „relativní tržní moc“, byť pod hranicí dominance. Pokud má podnikatel na relevantním trhu nejméně 30% podíl, nebo má podíl větší než 5% a čelí soutěži od nejvýše dvou podnikatelů, nebo má podíl větší než 5% a patří ke čtyřem největším podnikům na tomto trhu, které společně dosahují nejméně 80% podíl na trhu, předpokládá se, že takový podnikatel má převažující tržní postavení, ledaže by dokázal opak.

V určité obměně platí tato pravidla a domněnky i pro podnikatele, kteří dosahují určitých podílů na trhu společně (jako celek – *Gesamttheit*). V § 4 odst. 3 zákona je zakotvena fikce (na rozdíl od vyvratitelných domněnek v předchozích ustanoveních), že v pozici toho, kdo ovládá trh je takový podnikatel, jenž má vůči svým (!) nabízejícím nebo poptávajícím převažující tržní postavení. To se předpokládá ze zákona zejména (!) případě, že partneři takového podnikatele jsou kvůli závažným podnikovým nevýhodám spojeným s přerušením spolupráce na onoho podnikatele odkázáni.

Z tohoto poněkud tautologického vymezení⁷¹¹ plyne jednak, že postačuje relativnost převažujícího tržního postavení (ne tedy nutně objektivní dominance na celém relevantním trhu); dále že je možná oboustrannost (úprava zákazu zneužití subdominance se nevztahuje jen na poptávkovou stranu jako

⁷⁰⁹ MERAND-SINHA, BERGMAN, BAKER, op. cit., s. 420–421.

⁷¹⁰ Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl I, Nr. 61/2005 (po poslední novele BGBl I, Nr 13/2013), ustanovení paragrafů 4 a 5.

⁷¹¹ „Ovládnutí trhu“ (*Marktbeherrschung*) se totiž definuje pomocí „převažujícího tržního postavení“ (*übertagende Marktstellung*).

např. český ZVTS); vzhledem k demonstrativnímu vymezení nelze vyloučit i jiná hlediska převažujícího tržního postavení nežli „odkázanost“ slabšího na silnějšího, resp. „nepostradatelnost“ silnějšího („tržně převažujícího“) podnikatele pro závislou stranu.

Pro obě skupiny tržně převažujících podnikatelů (tedy v relativním i absolutním smyslu) platí obecný zákaz zneužití tohoto postavení podle § 5 zákona. Mezi příkladmo uvedenými skutkovými podstatami se vyskytuje i prodej zboží pod nákupní cenu a zákaz odvetných opatření proti stěžovateli na zneužívající chování silnějšího partnera, což jsou situace typické pro zneužití tržní nebo vyjednávací síly na straně poptávky, po jejichž právním řešení často volají dodavatelé obchodních řetězců.

Tuto úpravu je třeba vidět v kontextu rakouského velmi silně koncentrovaného trhu maloobchodní distribuce. Dva největší distributoři potravin ovládají cca 65% trhu a tři největší již téměř 90% trhu.⁷¹² Kromě kartelového zákona platí v zemi ještě zákon o místních dodávkách,⁷¹³ zaměřující se na potravinářský sektor a zakazující zneužití, ale ten byl koncipován spíše na ochranu distributorů před dodavateli.

Jinak se v plném rozsahu uplatňuje i v maloobchodní potravinářské distribuci právo na ochranu soutěže. „Kupní síla“ a „vyjednávací síla“ se v Rakousku pokládají za ekvivalent a zneužití kupní síly se pokládá za antitrustový delikt jen v případech, že jde o zneužití dominance. Zneužití kupní síly nebo ekonomické závislosti se dosud nejudikovalo.⁷¹⁴

7.2.6 Německo

Německá úprava zneužití významné tržní síly je implicitně obsahem zákona o ochraně soutěže.⁷¹⁵ Německý distribuční sektor není tedy ani celkově a ani částečně vyňat z působnosti práva na ochranu soutěže,⁷¹⁶ které je však kon-

⁷¹² Tak FUSSENEGGER, G. Austria. In: KOBEL; KELLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 70.

⁷¹³ Tzv. Nähversorgungsgesetz, BGBl. 392/1977.

⁷¹⁴ FUSSENEGGER, op. cit., s. 76–77.

⁷¹⁵ Zejm. § 19 a 20 německého GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) naposledy změněného článkem 258 nařízení z 31. srpna 2015 (BGBl. I S. 1474).

⁷¹⁶ Nicméně určité sektorové výjimky obsahuje samotný GWB - srov. § 28 GWB zlepšující tržní pozici farem; § 3 GWB obsahuje určité podmíněné úlevy malým a středním podnikům ze zákazu kartelových dohod (specializační kartely) a § 2 GWB umožňuje vynětí tzv. normových, typových a podmínkových kartelů ze zákonného zákazu. Tyto podmínky mohou naplnit i účastníci maloobchodního distributorského trhu.

cipováno velmi široce. Nad rámec kartelového zákona neexistuje ani žádná zvláštní sektorová úprava pro distribuci potravin. Maloobchodní distributoři potravin jsou přitom v Německu mnohem koncentrovanější než například u nás. Působí tam pět hlavních společností, přičemž čtyři z nich zajišťují přes tři čtvrtiny celkového maloobchodního obrátu na trhu potravin a největší z nich (Edeka) má podíl na celkovém obrátu přes 25 %.⁷¹⁷

Zneužití kupní síly, resp. zneužití ekonomické závislosti jsou implicitně zahrnuty v úpravě § 19 a 20 GWB. V § 19 se definuje dominantní postavení na trhu a jeho zneužití a v § 20 GWB aktivní a pasivní diskriminace a neférové poškozování závislých podniků.⁷¹⁸ V § 20 zákona se nezakotvuje žádná zvláštní kategorie vyjednávací síly pro oblast maloobchodní distribuce potravin. Vytváření překážek soutěže a diskriminace jsou zakázány nejen objektivně dominantním podnikům (které mají dominantní postavení na trhu a nesou tzv. zvláštní odpovědnost dominantanta), ale i podnikům s tzv. *relativně silným* tržním postavením (*markstarke Stellung*). Sleduje se tím zejména prospěch malých a středních podniků.

V tomto ustanovení se rozlišují dvě kategorie subdominantní tržní síly a obě jasně vyjadřují koncepci relativní ekonomické závislosti, která nepotřebuje žádné předstírání nebo fikce tržní dominance u subdominantního podnikatele.⁷¹⁹ Jednak jde o „*relativní tržní moc*“ ve vertikálním vztahu mezi podnikem a jeho dodavateli, resp. zákazníky, a jednak o „*převládající tržní moc*“ v horizontálním vztahu mezi velkým podnikem a jeho malými a středními konkurenty. Při zjišťování případné diskriminace nebo neférového poškozování se tradičně vychází z vyvažování zájmů všech zúčastněných podniků.⁷²⁰

Zákaz zneužití pro dominantní podnik (*marktbeherrschendes Unternehmen*) platí totiž i pro podniky, na nichž jsou malé nebo střední podniky na straně

⁷¹⁷ Podle výsledků sektorového šetření Bundeskartellamt dostupného na: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20LEH-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=2

⁷¹⁸ Srov. blíže HARTMANN-RÜPPEL, M. Germany. In: KOBEL; KELLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 214 a násled.

⁷¹⁹ Německy nejvyšší spolkový soud (BGH) jasně rozlišuje mezi dominantním postavením a ekonomickou závislostí malých a středních podniků a uznává jakousi „relativní dominance“ existující ve dvoustranném vztahu mezi jednotlivými kupujícími a prodávajícími (subjektivní koncepce). Srov. KELLEZI, 2008, op. cit., s. 61–62, 77.

⁷²⁰ Tak HARTMANN-RÜPPEL, op. cit., s. 216.

nabídky nebo poptávky po určitém zboží nebo službách závislé proto, že neexistují „přijatelné a dostatečné možnosti přejít k jinému podniku.“⁷²¹ Jde o situace, kdy mezi stranami vertikálního vztahu existuje mocenský nepoměr mezi „silnějším“ podnikem a jeho „závislým“ dodavatelem nebo zákazníkem na straně druhé.

Toto ustanovení bylo zavedeno jako nástroj k odstranění obav z poptávkové tržní moci. Zakazuje „ždímání“ závislých dodavatelů „silnými“ zákazníky v podobě jejich požadavků na objektivně neospravedlnitelné výhody. Relativně silnější partner může jednáním proti uvedenému zakazu narušit jednak jeho primární ochranný účel ve vertikálních vztazích, ale může rovněž poškodit svoje konkurenty, kteří „relativní tržní silou“ nedisponují.⁷²²

Klíčová pro identifikaci relativní tržní moci je tedy otázka dostatečných vnějších voleb (*outside options*) domněle slabší strany. Na nich, a nikoliv na velikosti, závisí vyjednávací síla. Zákon přitom tuto možnost posuzuje z hlediska domněle závislého podniku, ale na druhé straně se slabší partner nemůže dovolávat ochrany, pokud si závislost, resp. omezení možností své vnější volby sám způsobil.⁷²³

V případě, že na trhu existuje účinná soutěž (což znamená, že zákazníci nebo dodavatelé na relevantním trhu budou všeobecně mít dostatek prostoru pro odpovídající rozumné vnější volby), ale domněle slabší strana přesto nebude mít takové volby k dispozici, mělo by se jí to přičítat jako důsledek jejího vlastního chování. Toto dilema se řeší v praxi tak, že k omezení voleb v důsledku vlastní činnosti slabší strany se nepřihlíží, pokud volba vedoucí k závislosti byla rovněž v zájmu druhé strany (např. pokud závislý podnik vynaloží investice specificky potřebné k obchodním transakcím s partnerem na partnerovo přání).⁷²⁴

⁷²¹ Srov. § 20 odst. 2 GWB.

⁷²² Podobně WAGNER-VON PAPP, F. Unilateral conduct by non-dominant firms: A comparative reappraisal. Dosud nepublikovaný koncept vystoupení na *10th ASCOLA Conference*, Tokyo 21. 5.–23. 5. 2015, s. 7.

⁷²³ Srov. LANGEN, H. J.; BUNTE, H. J. *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band I, 11. A.* Wolters Kluwer Deutschland, 2011, s. 494.

⁷²⁴ Jak uvádí WAGNER-VON PAPP, op. cit., s. 8. Tamtéž komentuje i následující příklady. Širší katalog typů závislosti uvádí DREHER, M.; KÖRNER, J. Germany, In: KÉLLEZI, P.; KILLPATRICK, B.; KOBEL, P. (eds.). *Antitrust for Small and Middle Size Undertakings and Image Protection from Non-Competitors*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2014, s. 135.

Relativní tržní moc se obvykle uznává zejména ve čtyřech skupinách případů:

- a) je-li distributor závislý na dodavateli značkových výrobků, bez nichž by na trhu v očích zákazníka jako „slušný prodejce“ neobstál (např. značkové lyže, značkové nápoje, značková elektronika, apod.) – tzv. sortimentově podmíněná závislost, která je nejzávažnější;
- b) rozhodne-li se obchodník těsně spojit svoje podnikání s výrobky jiného podnikatele - tzv. podnikatelsky či podnikově podmíněná závislost;
- c) je-li závislost důsledkem nouze (srov. např. postavení nezávislé čerpací stanice ve vztahu k dodavateli v době ropné krize nebo situace při stávkách ozbrojených konfliktech, apod.) – tzv. závislost podmíněná nedostatkem;
- d) vznikla-li závislost v důsledku jedinečného a specifického vztahu mezi dodavatelem a distributorem, zejména kvůli transakčně specifickým investicím do rozvoje tohoto vztahu v důsledku rozhodnutí dodavatele soustředit se jen na několik kupujících nebo na kupce jediného – tzv. poptávková závislost.

Nadřazená (vyšší mimořádná) tržní moc se podřizuje zvláštnímu režimu ve vztazích mezi silnějším podnikem a jeho malými nebo středními konkurenty. Silnější podnik nesmí mj. prodávat pod pořizovací cenou a stlačovat marže. Je přirozeně možný i souběh s nekalosoutěžním jednáním.

Německá judikatura o zneužití dominantní nebo nadřazené tržní pozice není příliš bohatá⁷²⁵, ale doktrína i německý Bundeskartellamt se shodují na tom, že legislativní změny v této oblasti nejsou pro sektor maloobchodní distribuce potravin potřebné.⁷²⁶

⁷²⁵ Týkala se prodeje pod nákupní cenu bez rozumného zdůvodnění (Rossmann, 2007) nebo tzv. svatebních rabatů (*Hochzeitsrabatte*, srov. <http://www.wiwo.de/unternehmen/handel/hochzeitsrabatte-bundeskartellamt-unterliegt-im-streit-mit-edeka-/12606124.html>). Podstata spočívala v zákazu vydaném německým BKarA, aby kupující podnik, který se tak dostal k obchodním podmínkám sjednaným jeho předchůdcem, požadoval zpětně po dodavatelích obchodujících s původním majitelem tytéž výhodnější obchodní podmínky. V listopadu 2015 soud rozhodnutí BKarA zrušil na základě obrany postiženého podniku argumentující porušením jeho základních práv. Dohoda o nových výhodnějších podmínkách byla podle soudu výsledkem svobodného jednání mezi přibližně stejně silnými partnery a nepředstavovala zneužití tržní pozice.

Známý je německý judikát o zneužití sortimentní závislosti dodavatele značkových lyží Rossignol, přestože měl na trhu jen 8% podíl a podíl prodeje této značky na celkovém obratu prodejce činil jen 3%. Podobné případy se týkaly značkových lihovin nebo značkových náhradních dílů. Zdroje včetně odkazů na judikaturu viz KÉLLEZI; KILLPATRICK; KOBEL, 2014, op. cit., s. 136.

⁷²⁶ HARTMANN-RÜPPEL, op. cit., s. 220.

Německá úprava zneužití vyjednávací pozice a zejména praktická realizace jsou tedy velmi strážlivé. Inhibiční účinek a zábranu proti intervencím státu do smluvní autonomie představuje už princip relativní ekonomické závislosti, který vyžaduje zkoumání situace a mocenských poměrů stran v každém jednotlivém případě.

V porovnání s plošnou a mechanickou metodou presumovat⁷²⁷ či dokonce fingoat⁷²⁸ významnou tržní sílu již jen při dosažení obrátové hranice je to určitě cesta úředně méně pohodlná, ale respektující smluvní autonomii a hospodářské sebeurčení stran a právní jistotu, aniž by bránila korekcím v extrémních případech zneužití nejen absolutní, ale i relativní tržní dominance. Situační a kontextová analýza mocenských poměrů a s nimi spojeného chování údajně silnější strany je dražší a náročnější, ale je mnohem jemnější a šetrnější k právům zúčastněných.

Ochrana slabší strany by měla být principiálně jen kompenzačním doplňkovým mechanismem tržních možností volby. S tím samozřejmě neladí mechanistické statusové vymezení slabší strany,⁷²⁹ které německá úprava neobsahuje. Skloubení svobody vůle a smlouvy s kontrolou obsahové správnosti smluv je možné i bez rizika „přeregulace“ (*overregulation*).⁷³⁰

Zajímavá je tendence (asi ne dlouhodobá), která se prosadila v Německu od konce r. 2007. Podniky s poptávkovou mocí měly od té doby zakázáno v obchodním styku vyžadovat podmínky, které jim bez věcně ospravedlivitelného důvodu zajišťují výhody, nejen od malých a středních podniků, ale od *kobokoliv* bez ohledu na velikost. I velcí výrobci požívali tedy výhod právní ochrany vůči nositelům poptávkové moci. Tento přístup německá Monopolní komise kritizovala,⁷³¹ neboť velké podniky jsou na rozdíl od malých a středních s to bránit se samy proti neospravedlivitelným požadavkům.

Opětovně se potvrzuje výhodnost a regulatorní převaha obecnějšího přístupu nad účelovostí a kasuistikou. Nechť k zavádění nového druhu

⁷²⁷ Jako v českém ZVTS.

⁷²⁸ Jako v úpravě maďarské.

⁷²⁹ Resp. (jak je tomu v českém případě) nositele významné tržní síly.

⁷³⁰ K tomu srov. inspirativní úvahy z příbuzné oblasti spotřebitelského práva, které jsou založeny na stejných východiscích—DREXL, J. *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1998, zejm. s. 630 a násl.

⁷³¹ Viz Hauptgutachten 2010/2011, op. cit., s. 380.

regulace bez jasných hranic byla založena především na nespolehlivosti teoretické základny ekonomické závislosti; neví se, kde končí a kde začíná, což vyvolává pochybnosti o legitimitě jakýchkoliv opatření v této oblasti a vede to mj. též k tomu, že se jí regulátoři soutěže snaží vyhnout, seč mohou.⁷³²

7.2.7 Portugalsko

Portugalsko reguluje férovost smluvních podmínek v odvětví zemědělství a potravinářství bez jakéhokoliv vztahu k tržní síle. Zvláštní úprava⁷³³ omezujících obchodních praktik nepředstírá jako cíl ochranu hospodářské soutěže a zakládá novou pravomoc správního Úřadu pro potravinovou a ekonomickou bezpečnost. Vychází se z myšlenky, že transparentnost obchodních vztahů a rovné vyjednávací postavení ekonomických subjektů jsou základní podmínkou zachovávání ústavních zásad, jakými je základní právo na svobodné podnikání a záruka spravedlivé hospodářské soutěže mezi podnikateli, a stát proto zavádí mechanismy, jejichž účelem je zajistit dodržování těchto zásad a předcházet jejich porušování.

Zákon se přitom nevztahuje mj. na služby obecného hospodářského zájmu a na koupi a prodej zboží a služeb, pokud podléhají zvláštní odvětvové regulaci (např. odvětví finančních služeb, poštovních služeb, dopravy, elektronické komunikace a energetiky). Mezi hlavní oblasti úpravy vztahů mezi podnikateli patří standardní zákaz uplatňovat diskriminační ceny nebo jiné prodejní podmínky u srovnatelných obchodních transakcí,⁷³⁴ příkaz

⁷³² Srov. SCHEELINGS; WRIGHT, op. cit., s. 14, s. 29. Jako *pars pro toto* může svou jednoznačností a vyhoceností sloužit odmítnutí takové regulace bulharskou komisí pro ochranu soutěže z 13. 7. 2010 v reakci na Sdělení Komise z 28. 10. 2009 o lepším fungování potravního řetězce. Konstatuje se v něm, že jde o otázky mimo ochranu soutěže, a tedy mimo působnost komise. Koncept významné tržní síly zavedený v řadě států EU se v praxi podle tohoto prohlášení ukázal jako docela neefektivní. I zvláštní zákony o takové regulaci nesou s sebou riziko opačného účinku na malé dodavatele, které by měly chránit—totiž že supermarkety odkloní svoji poptávku do sousedních zemí s mírnější regulací, a že budou preferovat větší dodavatele. Východisko vidí ve zvláštních zákonech o poctivé soutěži, v informačních kampaních a prosazování etického kodexu, jakož i v utváření profesionálních sdružení drobných dodavatelů chránících jejich kolektivní práva a pravidla soutěže (srov. http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/bg_supermarket.pdf, staženo 15. 3. 2012).

⁷³³ Vládní nařízení s mocí zákona č. 166/2013 ze dne 27. prosince 2013.

⁷³⁴ Srov. čl. 3 vládního nařízení.

transparentnosti cenové politiky a prodejních podmínek vůči podnikatelům a spotřebitelům,⁷³⁵ zásadní zákaz prodeje se ztrátou a zásady fakurace.⁷³⁶

Velmi kontroverzní je administrativně právní zakotvení (neurčité a na diskreci závislé) kontraktační povinnosti pro podnikatele v pozici prodejce nebo poskytovatele služeb (ne tedy v postavení kupujícího, např. obchodního řetězce),⁷³⁷ a to při respektování běžných odvětvových zvyklostí a právních předpisů. Nemusí přitom jít ani o nezbytně nutné zboží a služby a nemusí tím ani být dotčeno řádné zásobování na trhu. Připouští se však jistá úleva a kontraktační povinnost nevznikne, existuje-li k takovému odmítnutí „řádný důvod“, jehož existenci by musel dokázat prodávající.⁷³⁸

Mezipodnikatelské nekalé obchodní praktiky se obecně zakazují, ale pro odvětví zemědělství a potravinářství se ještě uvádí zvláštní výčet statusově podmíněných zákazů,⁷³⁹ které vážou jen kupujícího, pokud je dodavatelem mikropodnik nebo malý podnik,⁷⁴⁰ sdružení pěstitelů či chovatelů nebo družstvo; jakékoliv smluvní ujednání, které je se zákonnými zákazy v rozporu, je absolutně neplatné. Kromě toho se za porušení zákazů vyměří správní pokuty, jejichž výše není limitována poměrem k obratu,

⁷³⁵ Čl. 4 vládního nařízení stanoví povinnost předložit jakémukoli prodejci či spotřebiteli na žádost ceníky s příslušnými prodejními podmínkami, včetně slev a platebních podmínek; dohody o jakýchkoliv podmínkách, podle nichž má podnikatel nárok na finanční nebo jinou odměnu od svého *dodavatele* jako protiplnění za poskytnutí určitých služeb, musí být uzavřena *písemně* pod sankcí *absolutní neplatnosti*.

⁷³⁶ Čl. 5 vládního nařízení.

⁷³⁷ Tamtéž, čl. 6.

⁷³⁸ Výčet těchto důvodů (z kontextu demonstrativní) obsahuje vládní nařízení v čl. 6 odst. 2.

⁷³⁹ Zakázáno je odmítnutí nebo vrácení dodaného zboží z důvodu neodpovídající jakosti některého nebo veškerého zboží nebo prodlení s dodáním, pokud kupující neprokáže, že za tyto skutečnosti je odpovědný dodavatel. Dále se zakazuje uložení platby, přímé nebo v podobě slevy: za nesplnění objemu nebo hodnoty prodeje očekávaných kupujícím; za zařazení nebo opětovné zařazení zboží do sortimentu; jako náhrady nákladů na vyřízení reklamace uplatněné spotřebitelem, pokud kupující neprokáže, že tato reklamace byla důsledkem nedbalosti, zavinění nebo porušení smluvních povinností ze strany dodavatele; k pokrytí ztráty jakéhokoli zboží od dodavatele, pokud kupující neprokáže, že byla způsobena nedbalostí, zaviněním nebo porušením smluvních povinností ze strany dodavatele; jako náhrady nákladů na přepravu a skladování zboží po jeho dodání; jako příspěvek na otevření nových provozoven nebo rekonstrukci stávajících provozoven; jako podmínku pro uzavření obchodního vztahu s dodavatelem.

⁷⁴⁰ Kategorizace těchto podniků se řeší odkazem na doporučení Evropské komise 2003/361 ES ze dne 6. května 2003.

ale je stanovena v absolutních částkách odstupňovaných podle toho, zda porušitelem je fyzická osoba, mikropodnik, malý podnik, střední podnik nebo velký podnik.⁷⁴¹

Obchodní praktiky, které nejsou takto speciálně zakázány zejména vzhledem k velikosti dotčených účastníků nebo jejich předmětu podnikání, podléhají samoregulaci.⁷⁴²

Ingerence do smluvních vztahů i mezi podnikateli je podle tohoto předpisu masivní a důsledky porušení zákazu jsou dramatické. Úprava ochrany soutěže je zákonem nedotčena, byť se některé zásahy na základě tohoto speciálního zákona mohou mít za následek narušení soutěže. Možnost pozitivního kompetenčního konfliktu a případného dvojího postihu za totéž jednání v případě, že zneužívající podnikatel je dominantem, je nasnadě.

Orgánem dohledu je zvláštní odvětvový správní orgán, jehož cílem není ochrana soutěže. Tento úřad⁷⁴³ nemá postavení nezávislého soudu povinného adekvátním způsobem respektovat práva zúčastněných stran a přitom může v naléhavých případech a *bez vyslechnutí dotčených účastníků* rozhodnout o přerušení omezující obchodní praktiky, jež by mohla způsobit jiným podnikatelům závažnou nenahraditelnou nebo jen obtížně nahraditelnou újmu (jakási obdoba předběžného opatření).⁷⁴⁴

Cílem nařízení je přímá ochrana účastníků trhu a zajištění transparentnosti obchodních vztahů, aniž by nutně musela být narušena hospodářská soutěž. Úprava se zásadně vztahuje na všechny podniky bez ohledu na jejich tržní sílu. V podstatě se jedná o administrativní cestu zajištění spravedlnosti.

Je přitom poučné, že na rozdíl od odmítavého až animózního přístupu ke konsenzuálnímu řešení konfliktů mezi dodavateli potravinářské produkce a odběrateli ze strany českého ÚOHS se v portugalské úpravě vyjadřuje výslovně snaha o skutečné dosažení cíle vyvážených obchodních vztahů a zdravé hospodářské soutěže, jež nezávisí pouze na přijetí vládních regulačních opatření,

⁷⁴¹ Čl. 10 vládního nařízení.

⁷⁴² Ta se uskutečňuje prostřednictvím zákonem stanovených nástrojů (srov. čl. 16): samo-regulační nástroje přijaté zástupci hospodářských odvětví musí být schváleny příslušnými odvětvovými ministry odpovědnými za hospodářství a obchodní odvětví, na která se tyto nástroje vztahují.

⁷⁴³ Úřad pro potravinovou a ekonomickou bezpečnost (*Autoridade de Segurança Alimentar e Económica*).

⁷⁴⁴ Srov. čl. 8 odst. 1 vládního nařízení.

ale měla by být *upřednostňována konsensuální řešení* vycházející z dohody mezi ekonomickými subjekty zastoupenými příslušnými odvětvovými organizacemi. Zákon zakotvuje i právní rámec autoregulace v této oblasti (čl. 16).

Tento doplňkový postup samoregulace, který je svou povahou dobrovolný, má řadu výhod, mimo jiné znamená závazek účastníků trhu dodržovat určité zásady a způsoby jednání a rovněž je s ním z podstaty věci spojena pružnost a schopnost přizpůsobovat se rychle se rozvíjející ekonomice.

Vypracování dokumentu, který stanoví všeobecné obchodní podmínky, rovněž zvyšuje transparentnost, brání diskriminaci a zajišťuje vyváženost vzájemných plnění smluvních stran, což je důležité zejména v obchodních vztazích mezi dodavateli a odběrateli mimo zemědělské a potravinářské odvětví, a v rámci tohoto odvětví mezi středními a velkými dodavateli. Explicitně se zdůrazňuje, že „prostřednictvím *samoregulace* lze dosáhnout *efektivnějších a účinnějších* výsledků, včetně dohledu nad dodržováním pravidel a řešení sporů, jež zajišťují jejich důvěryhodnost“.⁷⁴⁵

7.2.8 Slovensko

Slovensko se⁷⁴⁶ vydalo podobnou cestou velmi podrobné a kasuistické administrativní reglementace obsahu smluv mezi partnery, na něž se zákon o ochraně hospodářské soutěže nevztahuje. Přijaté řešení je ovšem předmětem odůvodněné kritiky.⁷⁴⁷

Prvý slovenský pokus definovat tržní moc absolutními údaji o obratu řetězce⁷⁴⁸ narazil na odmítavé stanovisko Evropské komise kvůli diskriminačnímu vlivu na mezinárodní řetězce a Slovensko muselo svůj zákon upravit. Komise vyčítala zákonu omezení hospodářské soutěže zejm. tím, že zákon definoval „ekonomickou sílu“ překročením určitého ročního obratu,⁷⁴⁹ což bylo podle Evropské komise diskriminační hlavně vůči velkým

⁷⁴⁵ Srov. preambuli k vládnímu nařízení 166/2013, neoficiální překlad; zvýraznění textu JB.

⁷⁴⁶ Bez zásahu do specializovaného zákona o ochraně hospodářské soutěže č. 136/2001 Z.z. ve znění pozdějších změn a doplňků.

⁷⁴⁷ Poslední zákonná úprava má č. 362/2012 Z.z. Kritizuje ji nesmlouvavě a nemilosrdně např. CSACH, K. Návrh zákona o neprimeraných podmienkach...bič na reťazce? *Lexforum.cz [online]*. 2012. Dostupné na: <http://www.lexforum.cz/424>; CSACH, 2009, op. cit., s. 249 a násl.

⁷⁴⁸ V Zákoně o obchodných reťazcoch č. 358/2003 Z.z.

⁷⁴⁹ Tedy vymezenou podobně jako v českém zákoně č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle.

obchodním řetězcům a vytvářelo to překážky volného pohybu zboží a služeb. Přitom původní zákon směřoval k ochraně slabšího či závislého partnera v pozici dodavatele potravin, zatímco stávající úprava takový požadavek neobsahuje a předepsané obsahové korektivy se vztahují na každého podnikatele provozujícího potravinářský podnik.

Po novelizaci původního zákona z r. 2003 se na Slovensku „ekonomická síla“ vymezovala kvalitativně, ale nicneříkajícími slovy jako „pozícia prevádzkovateľa obchodného reťazca vo vzťahu k jej dodávateľovi.“⁷⁵⁰ Nastaly dlouhé spory, které měly evidentně politický, tedy zájmový, a nikoliv právní charakter.⁷⁵¹ Po zrušení zákona usilovala nově zvolená slovenská politická reprezentace o jeho znovuzavedení.⁷⁵² Právní argumenty sloužily jako nástroj legitimizující či delegitimizující protichůdné hospodářsko-politické skupinové zájmy. Záměr se nakonec na Slovensku politicky prosadil a kodifikoval, byť v poněkud zúžené podobě zákona č. 362/2012 Z. z., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch, ktorých predmetom sú potraviny.

Příznačné je, že kontrolou nepřiměřených podmínek nebyl pověřen nezávislý orgán (typu ÚOHS), ale Ministerstvo zemědělství a rozvoje venkova Slovenské republiky.⁷⁵³ Problém může vzniknout proto, že nejde o zájmově indiferentní a nestranný orgán, ale měl by přitom náročně posuzovat vysoce specializované právní otázky spojené s velkou mírou diskrece při ukládání potenciálně vysokých sankcí.

Zákon postrádá jasná koncepční východiska a obsahuje jen technicistní katalog zakázaných ujednání bez zastřešení generálními klauzulemi, v důsledku čehož je jeho aplikace těžko předvídatelná. Aplikační sebezničující spirála výčtově kasuistických úprav, které volají po ještě přesnějších kasuistikách, je přitom předvídatelným důsledkem podobných úprav. Vždy se ostatně obchází kasuistika lépe nežli generální klauzule.

⁷⁵⁰ Srov. Vláda novelizovala zákon o obchodných reťazcoch, op. cit.

⁷⁵¹ Zákonem č. 172/2008 Zb., o neprimeraných obchodných podmienkach v obchodných vzťahoch byl zrušen zákon o obchodných reťazcoch z r. 2003. Zákonem č. 140/2010 Zb. o neprimeraných obchodných podmienkach v obchodných vzťahoch medzi odberateľom a dodávateľom tovaru, ktorým sú potraviny (sektorovost namísto dřívější průřezovosti) byl zrušen zákon č. 172/2008 Zb. Dne 28. 6. 2011 byl onen zákon bez náhrady zrušen s účinností k 1. 8. 2011, a to zákonem č. 207/2011 Zb. (za mohutných protestů zemědělsko–potravinářské lobby).

⁷⁵² Srov. Směr-SD avizuje aj znovuzavedení zákona o obchodných reťazcoch, op. cit.

⁷⁵³ Srov. § 6 zákona.

Zákon ani neobsahuje ustanovení o svém cíli, ale implicitně je to zřejmě apriorní *sektorová ochrana* jakéhokoliv *dodavatele před distributorem*.⁷⁵⁴ Dodavatelem přitom může být i velmi silný velkoobchodník (nejen zemědělec nebo výrobce potravin) ve vztahu vůči drobnému maloobchodnímu distributorovi; chráněn však bude vždy dodavatel.

Nedostatečná je úprava důsledků porušení. Delikt patrně bude - vzhledem k nedostatku zvláštního sankčního ustanovení - stížen přímo nejen pokutou, ale důsledkem bude i sankce absolutní neplatnosti smlouvy, resp. alespoň neplatnosti částečné.

Celková legislativně technická úroveň předpisu je na pováženou.⁷⁵⁵ Na rozdíl od analogické české úpravy v zákoně o významné tržní síle nepoužívá slovenský zákon neurčité pojmy významné tržní síly, resp. ekonomické závislosti apod., ale upravuje vybraná ujednání mezi stranami *plošně*, bez ohledu na *obchodně mocenské poměry* mezi partnery a kvalifikuje je jako zakázaná. Nechce se tedy regulovat závislost či ochrana slabšího, ale výsledek smluvních jednání, a nanejvýš prostě obchodní poctivost.

Zákon má ambice (podobně jako česká úprava) zasahovat do obsahu smluvních ujednání mezi stranami konstruováním správného deliktu za zakázané smluvní ujednání, někdy dokonce za pouhý „požadavek“⁷⁵⁶ nebo i neúspěšnou „snahu“.⁷⁵⁷

Dotčen zákonem je každý odběratel bez ohledu na jeho relativní nebo absolutní tržní moc, významnou tržní sílu, vyjednávací sílu, atp. Chybí tedy

⁷⁵⁴ Český ZVTS byl původně aplikovatelný jen v případě, že zneužití významné tržní síly způsobilo podstatné (sic!) narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu nebo k němu směřovalo (srov. § 4 in fine ZVTS 2009). Po poslední novele v r. 2015 byla tato podmínka (jakožto obtížná vyšetřovací překážka) vypuštěna a český zákon se implicitním účelem přiblížil úpravě slovenské.

⁷⁵⁵ Mimo jiné zaráží třeba nejen to, že veřejnoprávní předpis (v § 5) povoluje soukromoprávním stranám obchodního vztahu, aby si sjednaly etický kodex upravující podrobněji kritéria čestných a transparentních obchodních vztahů, ale deklaruje jeho závaznost okamžikem, kdy k němu jedna či druhá strana přistoupí. Závaznost etického kodexu je buď morální, nebo soukromoprávní, pokud má „etický“ kodex jen takový název, ale fakticky má obsah smlouvy. Veřejnoprávní „posvěcení“ závaznosti je kontroverzní ingerencí státu, jehož důsledky zákonodárce patrně nedomýšlel.

⁷⁵⁶ Srov. § 4 odst. 4, písm. h-j zákona-požadavky odběratele na dodatečné plnění po převzetí potravin, nebo na právně neodůvodněnou náhradu sankce uložené kontrolním orgánem.

⁷⁵⁷ Srov. § 4/4 písm. y)-snaha o získání jakéhokoliv neadekvátního prospěchu.

stanovení jakékoliv kontrolovatelné hranice zásahu veřejnoprávní autority;⁷⁵⁸ obsahová správnost soukromoprávních smluv tak podléhá v sektoru potravin veřejnoprávní kontrole vždy a je vystavena možnosti zásahu sektorového regulátora *ex officio*, což může úplně vyřadit a ochromit tržní autoregulaci.⁷⁵⁹

Předepisují se takto dokonce sektorově povinné náležitosti soukromoprávních smluv, na nichž základní soukromoprávní kodexy vůbec netrvají;⁷⁶⁰ právní důsledky nedodržení těchto požadavků při souladu se soukromoprávními předpisy jsou nejasné – samotné nedodržení těchto náležitostí smlouvy se pokládá za nepřiměřenou podmínku.⁷⁶¹

Ochrana poskytovaná zákonem je přitom vždy jednostranná - ve prospěch dodavatele (který může třeba být i dominantem na trhu) a bez ohledu na silový poměr k odběrateli.

Zákon zakazuje i některá smluvní ujednání, z nichž dodavatel ekonomicky profituje.⁷⁶² Nejasné je, proč zákon u některých praktik používá zákazy⁷⁶³ a u jiných domněnky,⁷⁶⁴ aniž je zřejmý rozdíl v právním režimu.⁷⁶⁵

Není vyřešen ev. potenciální pozitivní kompetenční konflikt mez ministerstvem zemědělství a Protimonopolním úřadem SR; pokud bude jednání

⁷⁵⁸ Na rozdíl např. od analogické české úpravy v § 3 odst. 3 ZVTS.

⁷⁵⁹ Jedinou kvantifikovatelnou výjimku ve prospěch právní jistoty zákon upravuje v § 4 odst. 3 (stanoví se 3% obrátová hranice z ročních tržeb za potraviny, dosažených u jednoho odběratele; není ovšem jasné, z čeho se počítá, zda agregátně, nebo jednotlivě z každé položky podle § 4 odst. 3 zákona).

⁷⁶⁰ Srov. § 3 odst. 1 zákona, podle něhož smlouvy musí obsahovat třeba blíže neurčené „podmínky nákupu“ nebo „harmonogram plnění s dohodnutou tolerancí“, či „lhůtu na úhradu kupní ceny“.

⁷⁶¹ Srov. § 4 odst. 4a) zákona.

⁷⁶² Jak např. a mimo jiné plnění poskytnuté odběrateli za to, že na omezenou dobu umístí ve své provozovně dodavatelovu potravinu (což má nesporný marketingový a akviziční efekt pro dodavatele), nebo za to, že odběratel provede spotřebitelský průzkum trhu (na jehož výsledky se může výrobce či dodavatel v předstihu adaptovat) - srov. § 4 odst. 2 c), i).

⁷⁶³ Srov. např. § 4 odst. 3, podle něhož je nepřiměřenou podmínkou plnění poskytnuté odběrateli za spotřebitelský a tržní průzkum.

⁷⁶⁴ Podle § 4 odst. 4 se za nepřiměřenou podmínku pouze považuje, pokud smlouva mezi stranami neobsahuje povinné náležitosti. Existenci či neexistenci některé obsahové náležitosti přece nelze činit předmětem vyvracení, neboť jde otázku fakticity – buď je, nebo není ve smlouvě obsažena.

⁷⁶⁵ Že by se zákaz v rámci jednoho paragrafu formuloval z důvodů větší stylistické pestrosti jinými slovy (jednou „je“ a podruhé „sa považuje“), se nezdá uvěřitelné.

zakázané v zákoně naplňovat i skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení podle § 8 slovenského ZOHS, patrně bude dvojnásobný, neboť ochranné účely obou zákonů jsou úplně odlišné.

Celkově slovenský zákon vztahy mezi obchodními partnery v potravinářském obchodě situaci nevyjasnil, ale spíše zkomplikoval. Zkušenosti z aplikační praxe a poznatky z výkonu kontrol od nabytí účinnosti zákona prokázaly, že kontrolované subjekty přizpůsobily svoje aktivity a začaly používat nové formy nepřiměřených podmínek, resp. nepřiměřené podmínky uvedené v zákoně obcházejí na základě odlišných právních interpretací jejich znění;⁷⁶⁶ tyto nejružnější interpretace přitom zákon přímo nabízí.

7.2.9 Španělsko

Španělský soutěžní úřad se zabýval analýzami funkčnosti trhu s potravinami a publikoval o nich některé zprávy.⁷⁶⁷ V nich vyslovil některé obavy z hlediska fungování soutěže v tomto sektoru.⁷⁶⁸ Konstatoval, že existuje značný nepoměr mezi výrobními náklady potravinářských výrobků a konečnou spotřebitelskou cenou. Příčinu úřad viděl v počtu účastníků potravinářského dodavatelského řetězce; rostoucí kupní síla distributorů je důsledkem koncentrace do podoby několika velkých distributorů, které jsou s to vynucovat od výrobců potravin agresivní obchodní podmínky. Navíc vlastní obchodní značky distributorů,⁷⁶⁹ jež původně rozšiřovaly možnosti spotřebitelského výběru, dlouhodobě vytlačily značky výrobců a ještě více posílily kupní sílu distributorů. Národním specifikem je existence chaotického regulatorního prostředí vytvářejícího zbytečné právní překážky vstupu na trh.

⁷⁶⁶ Srov. Prax ukázala, že neprimerané podmienky v obchodných vzťahoch sa obchádzajú. *Roľnícke noviny*. 16. 7. 2014. Dostupné na: <http://rno.sk/prax-ukazala-ze-neprimerane-podmienky-v-obchodnych-vztahoch-sa-obchadzaju/>

⁷⁶⁷ Podle GONZÁLEZ-PARAMO, C.; SALVADOR, S. Food for thought: new competition legislation targets food sector. *[online]*. [cit. 16. 5. 2013]. <http://www.internationalallawoffice.com/Newsletters/Competition-Antitrust/Spain/Hogan-Lovells-International-LLP/Food-for-thought-new-competition-legislation-targets-food-sector>

⁷⁶⁸ Španělský trh spotřavinami má přitom velmi příznivou strukturu z hlediska soutěžního. Nejsilnější distributor měl v roce 2013 podíl necelých 20% a prvních pět největších distributorů se na celkovém obratu podílelo cca 45%. Zdroj: http://gain.fas.usda.gov/Recent%20GAIN%20Publications/Retail%20Foods_Madrid_Spain_1-15-2015.pdf, [cit. 10. 12. 2015].

⁷⁶⁹ Běžný je podíl vlastních značek v rozsahu 20-30 %, ale některé řetězce (LIDL) dosahují až 80% podílu.

Proto se volalo po nové právní úpravě souladné se soutěžním právem. V roce 2012 navrhlo ministerstvo zemědělství soubor legislativních opatření, jež by zlepšila fungování potravinářského řetězce. Ta se týkají některých formálních smluvních podmínek, které by měly být povinné, aby zvýšily právní jistotu.⁷⁷⁰

Byla navíc přijata opatření proti zneužívajícím obchodním praktikám jakožto potenciálně (za jistých podmínek) protisoutěžním, jako jsou výrobcem placená účast na promočních a reklamních akcích výslovně nesjednaných ve smlouvě; výměna citlivých obchodních informací, jež nejsou pro obchodní vztah nezbytné; nepoctivé použití partnerových značek, patentovaného balení a presentace výrobků.

Ke všeobecnému zákazu obchodních plateb byl soutěžní úřad velmi zdrženlivý a prosadil řadu výjimek, neboť přestože mohou některé platby mít zneužívající charakter a mohou oslabovat soutěž, na druhé straně mohou vést k ekonomickým přínosům a zvýšení efektivity (např. za rezervaci prostoru v regálech nebo za řízení zásob – ty motivují distributory a výrobce k zefektivňování potravinářského řetězce).

Upravil se též kodex dobrých praktik zachycující a upravující určité prvky, které běžně nejsou upraveny výslovně. Na obsahu kodexu se dohodnou zástupci ministerstva zemědělství, odvětvových sdružení a dalších organizací. Předpokládá se i vydání dalších podrobnějších a náročnějších kodexů. Ačkoliv se soutěžní úřad stavěl dříve za existenci kodexů, pokud byly kompatibilní se soutěžním právem, později prohlásil kombinaci zákonné úpravy a autoregulace za „poněkud divnou“⁷⁷¹ a vyslovil obavy z nejednotnosti v odvětví kvůli uplatňování různých etických kodexů.⁷⁷²

Zavedla se i monitorovací instituce pro potravinářskou distribuci, která má poskytovat stanoviska ke kodexům chování a zajišťovat, aby všichni účastníci trhu o jejich ustanoveních věděli, a dále má poskytovat studie a cenové a další potřebné analýzy. Zaváděla se též přísnější sankční opatření (pokuty až do výše 1 mil. EUR), proti nimž ovšem soutěžní úřad namítal,

⁷⁷⁰ Mj. trvání smlouvy, platební podmínky, důvody pro ukončení vztahu.

⁷⁷¹ Podle posledně citovaného internetového zdroje, s. 3.

⁷⁷² Jako by jednotnost a přehlednost „pro úřední potřeby“ měla mít přednost před kultivací obchodních vztahů a před soutěží prostřednictvím rozdílných obchodních podmínek.

že jsou zbytečná, protože stávající antitrustové právo a právo proti nekalé soutěži pokrývají všechna potenciální zneužití. Sankční řízení přitom může být zahájeno jak ministerstvem, tak příslušným odborem územní samosprávy. Tato opatření se nezaměřují ani tak na vztahy mezi výrobci a velkými distributory, ale spíše na celou strukturu potravinářského odvětví a posílení spolupráce účastníků a větší integraci, ovšem nikoliv na úkor soutěžeschopnosti v odvětví, která by měla vzrůst (měla by se v rámci boje proti překážkám vstupu na trh např. otevřít možnost otevřít provozovnu kdekoli v zemi, pokud zájemce splní podmínky i v jediné autonomní územní jednotce). Uvedená opatření se spojují s nadějí na podporu soutěžeschopnosti v daném odvětví, jejíž potenciál ještě není využit.

7.2.10 Francie

Francouzský potravinářský distribuční sektor je středně koncentrovaný; podíl největšího distributora nedosahuje 20% a šest největších prodejců zajišťuje necelých 80% obrátu,⁷⁷³ takže na žádného z nich nedopadnou ustanovení antitrustových předpisů o dominantním postavení na trhu a jeho zneužití. Přitom se prostřednictvím velkých řetězců na trhu uplatňuje 60 – 70% potravinářské produkce.

Potravinářský sektor není vyňat z obecné působnosti soutěžního práva v obou jeho větvích. Ve Francii se klade důraz nikoliv na objektivní dominanci ve smyslu antitrustové doktríny a legislativy; naopak i subdominantní podnik na poptávkové straně trhu se může ocitnout v situaci, že je na něm jiný partner závislý a tuto závislost může subdominant zneužít. Prosadil se relativní koncept ekonomické závislosti.⁷⁷⁴ Co do výsledku se toto řešení zakotvené ve francouzském obchodním zákoníku podobá německé koncepci relativní dominance podle § 20 odst. 2 – 4 zákona proti omezování soutěže (GWB).

Francouzský obchodní zákoník obsahuje standardní úpravu zákazu nekalých obchodních praktik, takže se použije i na vztahy velkých řetězců a jejich malých nebo středních dodavatelů. Dodavatelé i velkoobchodníci a dovozci

⁷⁷³ Srov. LAJNEF, N. France. In: KOBEL; KËLLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 179.

⁷⁷⁴ Podle čl. L-420-2, odst. 2 Code de commerce.

mají povinnost vydat všeobecné obchodní podmínky. Řetězce musí mj. dbát na maximální lhůty splatnosti faktur a za určitých podmínek na písemnou formu smluv.⁷⁷⁵

Jakkoliv jsou pravidla zakazující praktiky, které omezují hospodářskou soutěž, použitelná všeobecně a na všechny obchodníky, je zřejmé, že se v odvětví distribuce potravin pro jejich použití vytvořila strukturální nerovnováha stran. Velcí distributoři - obchodní řetězce - mají oligopolní postavení, které se dá využít v neprospěch dodavatelů, zejména těch menších a středních. To potvrdilo i několik sektorových šetření francouzského soutěžního úřadu. Francouzský obchodní zákoník ve výše cit. ustanovení zakazuje podniku nebo skupině podniků těžit zneužívajícím způsobem ze stavu ekonomické závislosti zákazníka nebo dodavatele, pokud by to pravděpodobně mohlo ovlivnit fungování nebo strukturu soutěže. Podle francouzského soutěžního úřadu se při zjišťování znaků ekonomické závislosti musí vzít zřetel na známost dodavatelovy značky, na velikost a význam tržního podílu dodavatele, na význam podílu dodavatele pro obrat distributora a na možnosti distributora opatřit si rovnocenné výrobky od jiných dodavatelů.⁷⁷⁶

Judikatura upřesnila obsah pojmu „ekonomické závislosti“ jako situaci podniku, jenž nemá možnost nahradit dodavatele někým jiným, kdo by byl schopen uspokojit jeho potřebu za obdobných technických a ekonomických podmínek; samotná skutečnost, že distributor naplňuje podstatnou část nebo všechny dodávky za pomoci jediného dodavatele, nepostačuje k charakteristice tohoto stavu jakožto ekonomické závislosti ve smyslu zákona.⁷⁷⁷

Francouzská tradice zásahů do ekonomiky se projevuje v možnosti předpokládané obchodním zákoníkem, že dekretem Státní rady se dají mj. určovat ceny v odvětvích s omezenou cenovou soutěží v důsledku monopolu nebo při trvalých potížích s dodávkami. Zvláštní pozornost s cílem posílit jejich

⁷⁷⁵ Srov. bližší informace a odkazy na příslušná ustanovení Code de commerce v poslední cit. práci, s. 181–182.

⁷⁷⁶ Rozhodnutí francouzské Soutěžní rady 04-D-26 z 30. 6. 2004 (SARL Reims v. Champagne Ardenne), tamtéž, s. 196.

⁷⁷⁷ Odvolací soud v Paříži, rozsudek z 15. října 2008 (SCEA Vergers de la Motee), tamtéž.

vyjednávací sílu vůči zpracovatelům si mají podle doporučení Evropské komise zasloužit ještě výrobci mléka, kteří čelí ještě větším potížím než jiní farmáři.⁷⁷⁸

7.2.11 Itálie

Italské poměry v zemědělsko-potravinářském sektoru jsou velmi specifické. Jeho ekonomická váha je mimořádná – zaměstnává téměř 14% zaměstnanců a vytváří 8,7 % HDP.⁷⁷⁹ Distribuční systém je fragmentovanější než např. ve Francii, Německu a Velké Británii a podobá se svou hustotou⁷⁸⁰ a počtem tzv. tradičních obchodů např. Španělsku. Tyto vlastnosti trhu vedou mj. k dobrovolnému sdružování drobných a středních obchodníků do neformálních aliancí a obchodních družstev.

Italská úprava zneužití ekonomické závislosti má daleko k homogenitě a harmonizaci.⁷⁸¹ Italský zákon č. 27 z 24. března 2012 klade důraz na poctivou soutěž v zemědělském a potravinářském sektoru. Nepoctivé chování distributora přitom nemusí bezpodmínečně být protisoutěžní ve smyslu antitrustových předpisů. Porušitel nemusí mít dominantní postavení, pokud používá nepoctivé obchodní praktiky, které jsou prohlášeny za rozporné s veřejným zájmem.⁷⁸² Interpretace tohoto požadavku v praxi je nicméně

⁷⁷⁸ A to kvůli tomu, že se - nejen jako ostatní zemědělci - musejí přizpůsobit rychle se měnícímu trhu, ale že musejí vynaložit značné investice do chovu zvířat; přitom produkce mléka je stabilní a nelze ji krátkodobě omezit. Mléko je přitom vysoce standardizovaný výrobek a v obchodu s ním panuje tvrdá soutěž. Tato politika přesahuje již bezprostřední vztahy mezi dodavateli potravin a řetězci – je však dokladem, že zájmové střety a politické tlaky na úpravu smluvního obchodního práva v rovině vztahů mezi dodavateli a velkodistributory nekončí. Dalším specifikem francouzského právního prostředí je přísnější urbanistické plánování, které vytváří jistou překážku vstupu nových distribučních řetězců či provozoven na trh – proto se uvažuje o reformě i v tomto směru. Srov. tamtéž, s. 205.

⁷⁷⁹ Podle RAFFAELLI, E.A. Antitrust issues in the large-scale food distribution sector, *Rivista Italiana di Antitrust*, 2014, no. 3, s. 42, 75-76.

⁷⁸⁰ Měřenou jako poměr celkového počtu všech prodejen jakéhokoliv typu k počtu obyvatel nebo k ploše zkoumaného území.

⁷⁸¹ Jak konstatuje FALCE, op. cit., s. 1.

⁷⁸² Předpis je spíše z kategorie úprav proti nekalým obchodním praktikám a obsahuje např. úpravu povinné písemnosti smlouvy, minimální lhůty splatnosti faktur, výčet obecně formulovaných nekalých obchodních praktik a sankční ustanovení. Blíže srov. O'CONNOR, B. New rules for business-to-business contracts in the food and agricultural sector in Italy, *NCTM, Studio Legale Associato*. November 2012, s. 1–5. Dostupné na: http://www.nctm.it/wp-content/uploads/2013/07/135539568412_11_19_Article_62.pdf.

poměrně restriktivní a národní soutěžní úřad se může zabývat zneužitím závislosti jen v případě, že takové chování přeroste ve zneužití ze strany dominantního účastníka.⁷⁸³

Kromě toho platí starší zákon o subdodávkách.⁷⁸⁴ V jeho čl. 9 se stanoví dvě kritéria hodnocení závislosti (která ovšem sama o sobě není ilegální, na rozdíl od svého zneužití): výrazná nerovnováha práv a povinností, a reálná nemožnost zneužité strany najít na trhu uspokojivé alternativy, tedy nahradit svoje výrobky nebo protistranu bez vynaložení nepřiměřených nákladů, přičemž tento stav dokonce nemusí předpokládat nutně existenci předchozího obchodního spojení (v případě odmítnutí prodeje nebo nákupu).⁷⁸⁵

Kupní síla se samostatně nedefinuje, ale může se skrývat v pojmu ekonomické závislosti. Jde o opatření proti vykořisťování prostřednictvím „relativní moci“, byť je jednání relevantní pouze pro zúčastněné strany a bez trvalého vlivu na trh. Je zaznamenáníhodné, že se vztah mezi ekonomicky nerovnými partnery i v této zemi posuzuje přísně na dvoustranné relativní bázi, a nikoliv podle tzv. objektivizovatelných parametrů jako v případě české úpravy.

Nekonceptnost úpravy se kritizuje kvůli nebezpečí expanze soutěžněprávní úpravy, jež má jinou funkci než chránit soukromoprávní zájmy obchodníků. Panuje obava ze zmatení a setření hranic mezi veřejnoprávním a soukromoprávním vymáháním zákazu zneužití ekonomické závislosti.⁷⁸⁶

⁷⁸³ BUTTÁ, A.; PEZZOLI, A. Buyer Power and Competition Policy: from Brick-and-Mortar Retailers to Digital platform, *Economia e Politica Industriale*. Vol. 41, 2014/4, s. 159–179. K tomu srov. italský soutěžní zákon č. 287 z 10. října 1990 - podrobnější komentář RAFFAELI, S.; LEONE, S. Italy. In: KOBEL; KÉLLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 243 a násl.

⁷⁸⁴ Zákon o subdodávkách ve výrobních činnostech č. 192 z 18. června 1998 ve znění zákona č. 57 z 5. března 2001 (opatření k otevření a správě trhů). Byl zamýšlen jako pro-soutěžní opatření, jež pomocí decentralizované techniky poskytne specifické možnosti rozvoje malým a středním obchodníkům—srov. názor CASO, R., cit. podle FALCE, V. Abuse of Economic Dependence and Competition Law Remedies: A sound interpretation of the Italian Regulation, *ECLR*. 2015, Issue 2, s. 71.

⁷⁸⁵ Podle judikatury italského nejvyššího soudu cit. FALCE, V., 2015, op. cit., s. 5.

⁷⁸⁶ Tamtéž, s. 8. Kritizuje se zákon č. 108/2011 proti opožděným platbám. Jeho aplikace se přisuzuje antitrustovému úřadu a konstruuje se tak nová skutková podstata *per-se* antitrustového deliktu trvalých pozdních plateb bez jakékoliv ekonomické analýzy a bez jakéhokoliv prokazatelného dopadu na soutěž na příslušném trhu. Jakákoliv data o tom jsou v podstatě neúčinná a nepotřebná a vyřazuje se systém kontroly a vyvažování (*check and balance*).

7.2.12 Japonsko

Obsahovou expanzi antitrustového zákazu zneužití dominantního postavení i vůči subdominantním zneuživatelům pouhé nadřazené vyjednávací síly sleduje i japonská právní úprava antimonopolního zákona č. 54 ze 14. dubna 1947.⁷⁸⁷ Ten upravuje jak zákaz nekalé soutěže, tak i protisoutěžních postupů. Antimonopolní zákon upravuje mj. zákaz zneužití dominantního postavení, ale i zneužití kupní síly a nebo ekonomické závislosti bez ohledu na existenci či neexistenci dominance ve smyslu práva na ochranu hospodářské soutěže.

Definice nadřazené vyjednávací pozice⁷⁸⁸ předpokládá existenci takové závislosti, která nutí slabší stranu přijmout od strany silnější i podstatně znevýhodňující nabídku proto, že jinak by bylo obtížné pokračovat v obchodní transakci se silnější stranou. Zneužití této pozice se zakazuje, jestliže by mohlo vést k omezení poctivé soutěže používáním praktik nespravedlivých z hlediska normálních obchodních postupů.⁷⁸⁹

Japonské *soft law* zdůrazňuje, že nadřazená vyjednávací pozice může existovat nejen mezi velkými a malými či středními podniky, ale též mezi dvěma velkými nebo dvěma středními (malými) podnikateli; pokud je rozdíl ve velikosti partnerů faktorem pro zjištění nadřazené vyjednávací síly, je pravděpodobnější, že velký podnik bude v takovém postavení vůči podniku malému či střednímu.⁷⁹⁰

Předpoklad existence nadřazené vyjednávací pozice se nedá vyvozovat z pouhého dosažení hranice obratu podle Návodů o velkých distribučních podnicích, ale soutěžní úřad musí zkoumat, zda jsou či nikoliv k dispozici

⁷⁸⁷ Srov. TAKIZAWA, S.; ARAI, K. Abuse of superior bargaining position: the Japanese Experience. *Journal of European Competition Law*. 2014, no. 5, s. 557; KAMEOKA, E. *Competition Law and Policy in Japan and the EU*. Edward Elgar Publishing 2014, s. 86–95. Informativně SUGIMOTO, K.; ITAI, N.; TANAKA, S. Japan. In: KOBEL; KÉLLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 261 a násl.

⁷⁸⁸ Podaná v Návodech japonské Komise pro poctivý obchod týkajících se zneužití nadřazené vyjednávací pozice z r. 2010—dostupné na: http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.html

⁷⁸⁹ Výjmenovávají se příklady z běžného katalogu takových praktik, jako jsou nespravedlivé platby, nespravedlivé ukládání povinností a plnění, nespravedlivé vrácení zboží, nespravedlivé snížení cen, donucování slabšího prodávajícího k nákupu zboží nebo služeb od silnějšího distributora.

⁷⁹⁰ Srov. pozn. 10 výše cit. Návodů.

alternativní distribuční možnosti; malí dodavatelé totiž mohou mít i jiné odbytové cesty navzdory oligopolnímu trhu distribuce zboží.⁷⁹¹ Je proto zásadní zjišťovat nikoliv závislost jako takovou, ale její stupeň. Jde tedy mj. nikoliv o to, zda dodavatel má nějaké jiné možnosti než konkrétního distributora zneužívajícího svoji nadřazenou vyjednávací pozici, ale o to, zda dodavatel může zůstat funkční a životaschopný.⁷⁹²

Přijata je i speciální úprava v zákoně o podpoře malých a středních distribučních podniků, která se týká zejm. právního rámce franchisingu. V zájmu ochrany malých a středních podnikatelů a poctivé soutěže jsou dokonce z působnosti soutěžního práva vyňati drobní farmáři a prodejní družstva, která tak mohou získat protiváhu vůči kupní síle velkých distributorů. Regulace zneužití nadřazené vyjednávací síly se právě v Japonsku s jeho důrazem na sektor malých a středních podniků pokládá za doplněk nedostačujícího vymáhání smluvního práva.⁷⁹³

7.2.13 Shrnutí

Není účelné hromadit další ukázky rozdílných úprav ve světě⁷⁹⁴ a jejich podrobnější komentáře; proto přikládám přehlednou tabulku zahrnující

⁷⁹¹ Srov. CHOI, Y. S.; FUCHIKAWA, K. *Comparative Analysis of Competition Laws on Buyer Power in Korea and Japan. World Competition.* 2010, vol. 33, no. 3, s. 516.

⁷⁹² Srov. WAKUI, M.; CHENG, T. K. *Regulating abuse of superior bargaining position under the Japanese competition law: an anomaly or a necessity? Journal of Antitrust Enforcement.* 2015, no. 3, s. 309.

⁷⁹³ Tamtéž, s. 302.

⁷⁹⁴ Mezi nimi může zaujmout třeba méně dostupná úprava finská z r. 2013. Byla přijata ve specifických podmínkách extrémně koncentrovaného sektoru maloobchodní distribuce potravin. Dva největší potravinářské distribuční řetězce zajišťují více než 80% obratu na potravinářském trhu. Proto musela být přijata úprava přizpůsobená „na míru“ těmto poměrům. Podle ní se považuje každý potravinářský řetězec dosáhnoucí větší než 30% podíl na národním trhu za dominanta včetně zátěže jeho tzv. „zvláštní odpovědnosti“. Jeho slabší partneři, kteří mu čelí, jsou navíc vyňati ze všeobecného zákazu dohod omezujících soutěž. Srov. OINONEN, op. cit., s. 97–121.

Řecko se opírá o osvědčený německý příklad zákazu zneužití ekonomické závislosti, resp. relativní tržní dominance. Tamní státní rada konstatovala, že subdominantní podnik může porušit zákaz zneužití ekonomické závislosti, a to dokonce při absenci smluvního vztahu mezi stranami. Srov. PANTAZIS, op. cit., s. N-45-46.

Z pohledu vyplývá, že převažuje přístup postihovat subdominantní podniky za zneužití jejich nadřazené vyjednávací síly na relativním základě, tedy pokud zneužijí ekonomické závislosti slabšího partnera, a nikoliv na objektivním základě jakési významné síly jako takové bez vztahu ke konkrétnímu partnerovi, ale potenciálně ke všem na trhu se vyskytujícím partnerům (aniž by ovšem byl takto silný odběratel v dominantním postavení).

několik hlavních srovnávacích hledisek a ilustrující rozdíly a podobnosti úprav ve vybraných důležitých zemích. Ze srovnání vyplývá, že velká část zemí preferuje obecnou úpravu práva na ochranu hospodářské soutěže a pokud jsou přijaty zvláštní zákony proti zneužití nadřazené vyjednávací síly, pak se za předpoklad zásahu pokládá převážně ekonomická závislost a relativní vyjednávací síla (subjektivní přístup) v konkrétním jednotlivém případě, a nikoliv objektivní tržní síla.

Pro uplatnění klasického antitrustového práva proti zneužití dominantního postavení by bylo vhodné vymezovat citlivěji geograficky relevantní trh v případě, že dodavatelé jsou kvůli infrastruktuře, transakčním nákladům a podobným okolnostem odkázáni na distributory, kteří v celostátním rozměru nemají na trhu dominantní postavení, ale disponují tzv. relativní dominancí (Německo).

Přístup Finska, v němž na tamním velmi koncentrovaném trhu distribuce potravin je každý distributor potravin s podílem nad 30% pokládán za dominantního soutěžitele, je jen jiným řešením téhož problému a má fakticky tentýž účinek jako zúžení geograficky relevantního trhu.

Účinnou sebeobrannou taktikou relativně slabších dodavatelů proti zneužívání tzv. relativní dominance by mohla být dohoda dodavatelů o společném postupu vůči zneužívajícím praktikám obchodních řetězců, a to včetně tzv. *hard core* ujednání cenových, o rozdělení trhu či zákazníků. To by ovšem byla *stricto sensu* dohoda omezuující soutěž, pro niž vesměs platí zákonný zákaz. Uskutečnitelné ovšem je vynětí takové dohody z obecného zákazu, pokud její dopad na soutěž na celém trhu je zanedbatelný. Pro *hard core* kartely se ovšem pravidlo *de minimis* v EU a ve většině národních úprav neuplatňuje, neboť se deklaruje (ostatně bez řádného ekonomického zdůvodnění), že dopad „tvrdé“ dohody na soutěž musí být vždy významný.⁷⁹⁵

⁷⁹⁵ Touto otázkou se podrobněji zabývám v 9. kapitole.

Opačnou cestou povolení výjimky ze zákazu dohod omezujících soutěž v případě i tzv. „tvrdých dohod“, pokud jejich dopad na soutěž je zanedbatelný, se vydalo Nizozemsko⁷⁹⁶ a Finsko.

Výsledky uplatňování zvláštních sektorových těchto úprav jsou problematické, kasuistika je skromná. Vcelku se konstatuje, že soutěž v potravinářském distribučním sektoru funguje dobře a že tradiční ustanovení o zneužití dominantního postavení (případně ve verzi předpokládající rozšíření pojmu dominance i na tzv. ekonomickou závislost) se dají dobře použít. Řada zemí⁷⁹⁷ proto nepředpokládá změny v právních úpravách ochrany soutěže a ani zvláštní úpravy pro distribuční potravinářský sektor.⁷⁹⁸

V České republice a několika dalších zemích byl naopak zaveden mlhavý pojem „objektivní“ významné tržní síly odlišné od monopolu a dominance na trhu, která má být přesto způsobilá narušit soutěž jako takovou (ne jen ve smyslu její poctivosti, ale existenčně).⁷⁹⁹

⁷⁹⁶ Čl. 7 nizozemského soutěžního zákona vyjímá ze zákazu kartelových dohod všechny dohody, rozhodnutí a sladěné praktiky mezi nanejvýše osmi podniky s kombinovaným obratem maximálně 5,5 mil. EUR, pokud se zabývají prodejem zboží, a obratem maximálně 1,1 mil. EUR ve všech ostatních případech.

Dále se zákaz dohod omezujících soutěž nevztahuje na dohody, rozhodnutí a sladěné praktiky mezi (potenciálními) konkurenty, pokud jejich společný podíl na trhu nepřekročí 10% na kterémkoliv z dotčených trhů.

Tato druhá výjimka platí od roku 2011 a jejím cílem je posílit postavení malých a středních podniků, tedy včetně těch, které působí jako dodavatelé velkých obchodních řetězců. Srov. BEESTON, S.; JOE, J.J.; LAP, S. The Netherlands. In: KOBEL; KĚLLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 277. Kromě toho může nizozemský soutěžní úřad v rámci své prioritizační politiky rezignovat na projednání případu, který nenaplní kritéria pro pravidlo de minimis.

⁷⁹⁷ Mezi nimi např. i Polsko, jehož zemědělský a potravinářský sektor je ekonomicky velmi významný a srovnatelný třeba s Itálií nebo Španělskem. Speciální úprava významné tržní síly tam vůbec neexistuje a vystačí si s veřejnoprávním zákonem o soutěži a o ochraně spotřebitele a se zákonem o nekalé soutěži.

⁷⁹⁸ Jako např. Austrálie, Estonsko, Německo, Rakousko, Spojené království, Švédsko. Srov. JENNY, F. International Report. In: KOBEL; KĚLLEZI; KILPATRICK, op. cit., zejm. s. 39 - 40. Sdílím, přejímám a komentuji i jeho další hodnocení a závěry uvedené tamtéž. Reprezentativní průzkum provedený kvalifikovanými národními zpravodajci podle předem dané osnovy na půdě Mezinárodní ligy pro soutěžní právo (LIDC) bych ani neměl možnost a schopnost nahradit přínosnějším individuálním průzkumem vlastním.

⁷⁹⁹ Poslední novela ZVTS z r. 2016 tuto podmínku již vypustila; nepodařilo se jí ostatně v řešených případech věrohodně dokázat a její naplnění se dovozovalo hypoteticky.

Doktrinální čistota právní úpravy je samozřejmě tím posledním, co by proponenty nových úprav zajímalo, neboť jde zejména o redistribuci přidané hodnoty ve vertikále od výrobců až po spotřebitele.⁸⁰⁰

Tak například je velmi častou motivací pro zákonodárné iniciativy odpor dodavatelů proti prodeji jejich zboží za podnákladové ceny. V této otázce se přístupy jednotlivých zemí velmi podstatně rozcházejí. V některých zemích se postihuje jen v případě, že má predátorský charakter, což je ovšem pojmově možné jen jako skutková podstata zneužití dominantního postavení (ev. tzv. kolektivní dominance) – subdominant není totiž objektivně schopen touto metodou nikoho z trhu vytlačit, neboť takto postihovaný partner by přešel k jinému odběrateli. Tuto metodu aplikují např. Belgie, Bulharsko, Finsko, Německo, Švédsko. V jiných zemích se však tato praktika zakazuje jako forma zneužití dominantního postavení i v případě, že není predátorská (např. v Rakousku). Jinde se pře prodej za podnákladové ceny zakazuje všeobecně, bez ohledu na dominantní či subdominantní pozici distributora (tak např. v Maďarsku a Rumunsku).⁸⁰¹

Rozdílnost přístupů jednotlivých zemí má řadu důvodů a projevuje se nejen v právní úpravě, ale též v ochotě a přísnosti, s níž se uplatňuje a vymáhá v praxi. Kromě rozdílného vlivu silových politických poměrů jednotlivých zájmových skupin pokládám jeden faktor za společný všem, a to *protichůdnost právně politických cílů*, které si jednotlivé úpravy vytyčují (nebo aspoň implicitně předpokládají). Iničiátoři právních úprav sotva mohou poctivě předpokládat, že by mohly být splněny všechny současně a myslí patrně především na ten cíl, který si přeje prosadit zájmová skupina, již reprezentují, jako na ten hlavní.

⁸⁰⁰ Zajímavý je nicméně vývoj v Bulharsku. Je to země, v níž je trh malobchodní distribuce podobně dekoncentrován jako v České republice; podíl žádného distributora nepřekračuje 10% celkového obratu. V Bulharsku původně zvažovali zavedení zneužití významné tržní síly (byť subdominantní–stejně jako v České republice) coby skutkové podstaty antitrustového deliktu–tedy že by držitel významné tržní síly mohl pojmově i bez dominantního postavení narušit soutěž. Nakonec byla přijata vhodnější úprava z oblasti práva proti nekalé soutěži (čl. 27a zákona o ochraně hospodářské soutěže), obsahující pojem nadřazené vyjednávací pozice vznikající v důsledku relativní závislosti druhého obchodního partnera a projevující se v jakémkoliv jednání nebo opomenutí vůči slabší straně, které je v rozporu s dobrými mravy v obchodních praktikách a může poškodit zájmy slabší smluvní strany. Je jasné, že nepoctivé obchodní praktiky sice nevyplývají z tržní síly, nicméně tržní síla jejich uplatňování vůči slabšímu usnadňuje a zbavuje jejich silnějšího uplatňovatele jistých zábrán. Srov. PETROV, A. Bulgaria. In: KOBEL; KÉLLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 118, 135.

⁸⁰¹ Srov. JENNY, op. cit., s. 28.

Není možné současně a ve stejné míře sledovat (spotřebitelsky a voličsky atraktivní) cíl mít v obchodech kvalitní zboží za nízké a stabilní ceny a navíc s inovacemi v sortimentu, dále pak (rovněž politicky významný) cíl zajistit zemědělcům a potravinářským podnikům dostatečně ziskové ceny za prodej jejich produktů, a k tomu ještě mít na trhu ostrou selekční a eliminační soutěž. Tyto cíle se v určitém poměru mohou jen vyvažovat, a deabsolutizovat, tedy v podstatě deformovat. Míra a poměr těchto deformací je otázkou politického a hodnotového (ideologického) konsensu.

V souboji hodnot by mohla nejvíce utrpět hodnota funkční a nezkreslené soutěže, která nemá žádné voliče. Ostrá soutěž se však tradičně pokládá za toho nejlepšího přítele spotřebitele. Poškozuje-li se soutěžní prostředí (a tím v důsledku i spotřebitelé) předstíráním, že ochranou proti zneužití subdominantní kupní síly se naopak soutěž nebo efektivnost chrání, je z toho zřejmé, že motivací jsou jiné (redistribuční zápas o nadhodnotu).

V koncepčně rozptýlených řešeních lze rozlišit jisté skupiny přístupů k regulaci kupní síly, resp. nadřazené vyjednávací síly. Odráží se v nich samozřejmě i specifika a míra koncentrace maloobchodního trhu, jakož i úroveň protíváhy v podobě koncentrace na straně nabídky. V České republice se vyjednávací síla řetězců dá pokládat za jednu z nejslabších v Evropě, přičemž na lokální úrovni panuje mezi obchodníky značná konkurence.⁸⁰²

Prvá skupina (Spojené království, Kanada, Belgie, Švédsko, Nizozemsko, Finsko, Rumunsko) je chápána jako část širší kategorie zneužití dominantního postavení, tedy jako antitrustový delikt, jehož se mohou dopustit účastníci na obou stranách trhu. S kupní silou se podle tamních předpisů lze vypořádat s pomocí tradičních nástrojů soutěžní politiky. Hranice dominance, které je třeba dosáhnout, samozřejmě znesnadňují až znemožňují postih zneužití i značné (jakkoliv ne dominantní) kupní síly podle těchto předpisů a odkazují je do sféry soukromého práva, v níž je to obtížné zase z jiných důvodů.

⁸⁰² Podle DZ k návrhu na zrušení zákona č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití z 25. 2. 2015, s. 4 (dostupné na: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?0=7&CT=4788&CT1=0>) ovládá ve většině evropských zemí největší řetězec 20–30 % rychloobrátkového trhu, v ČR je to méně než 10 %; u tří nejsilnějších řetězců je to zpravidla 40–50% trhu, v ČR necelých 28 %; u pěti největších hráčů (se dvěma výjimkami) se pohybují všechny státy v rozsahu 52–78 %, v ČR je to v současnosti 41 %. Přitom je u nás ve většině sortimentních kategorií koncentrace (a tím i tržní pozice) velkých dodavatelů výrazně silnější než u velkých obchodních řetězců.

Druhá skupina zemí (Austrálie, Německo, Rakousko, Švýcarsko,⁸⁰³ Bulharsko) chápe pojem dominance buď velmi široce (i jako relativní dominance, resp. ekonomickou závislost), a nebo jejich soutěžní právo umožňuje kontrolu chování soutěžitelů i v případě, že mají pouze silnou (byť subdominantní) pozici na trhu.

Třetí skupina zemí (Francie, Japonsko, Česká republika, Slovensko, Itálie) uplatňuje zvláštní opatření proti zneužití kupní síly (tedy jednostranně jen vůči poptávkové straně trhu). Kupujícímu se nemusí prokazovat existence dominantního postavení na trhu. Deklarovaným cílem těchto úprav je spíše nastolení poctivosti ve vertikálních obchodních vztazích nežli dosažení soutěžní rovnováhy na trhu, a to bez ohledu na případně odlišnou rétoriku zákonů. Za tímto líbivým záměrem se ovšem může skrývat skutečný zájmový ekonomický cíl, což je redistribuce nadhodnoty v distribuční vertikále ve prospěch dodavatelů.⁸⁰⁴

Překryvy a konkurence se soukromoprávními předpisy o ochraně slabší strany a o obsahové kontrole správnosti smluv jsou pravděpodobné, včetně možnosti pozitivních i negativních kompetenčních konfliktů mezi orgány vymáhajícími právo.

7.2.14 Přehledné srovnání přístupu k regulaci maloobchodních řetězců

⁸⁰³ Ve Švýcarsku se rovněž striktně rozlišuje mezi dominantním postavením a ekonomickou závislostí: ekonomická závislost (odmítnutá jako pojem rezolutně u nás) se chápe jako relativní vztah (opačně než u nás podle tzv. absolutního konceptu), posuzovaný podle schopnosti či neschopnosti podnikatele chovat se nezávisle na zákaznících (ne tedy na soutěžitelích). Zejména je výrobce pokládán za závislého na distributorovi, pokud nemá k dispozici jiného srovnatelného kupce (marginální poptávka jiných kupujících není s to pokrýt jeho fixní náklady, takže pokud výrobce může zboží prodat kdekoliv jinde, závislost výrobce na prodávajícím neexistuje) a pokud kvůli výrobcově specializaci na zboží prodávané distributorem nemá výrobce možnost přeorientovat se na výrobu jiného zboží. Srov. KÉLLEZI, op. cit., s. 67.

⁸⁰⁴ Srov. např. přímočaře a velmi expresivně a nepokrytě vyjádřený zájem nejen nedopřát obchodním řetězcům jejich enormní marže a „neukojitelnou nenasytlost“, ale zabránit jim „ničtí naše hospodářství a ožebračovat vlastní národ“, který vyjádřila poslankyně Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR; Balaštíková, M. Úspěch obchodních řetězců, *Veřejné zakázky*. 2015, č. 4, s. 26.

		Německo	Austrálie	Rakousko	Belgie
Ekonomické prostředí - 1	Struktura trhu - maloobchodní odvětví - Charakteristika	Konsolidace, nasycení trhu, silná cenová soutěž a nízké ceny	Rostoucí koncentrace, 2 největší řetězce rostou	Velmi koncentrovaný, převážně středně velké obchody (400 - 1000 m ²)	Relativně koncentrovaný sektor supermarketů, diskonty dosahují významného tržního podílu
	Specifika	Diskonty (40 % trhu), trend v růstu preferencí malých obchodů mezi zákazníky	2/3 zemědělské produkce se vyváží (což snižuje kupní sílu)	Téměř 6000 potravinářských řetězců	Aukční domy pro ovoce a zeleninu
	Tržní podíly - odběratelé	4 velké skupiny ovládají přes 85 %	2 řetězce drží 80%, třetí 15%	3 největší skupiny - 87 %	3 soutěžitelé 75 %
	Nabídková strana - charakteristika	Mnohonárodní skupiny, většina poptávky pokryta domácí produkcí, ale převaha dovozu nad vývozem	2/3 zemědělské produkce se vyváží (což snižuje kupní sílu)	Malí farmáři, nejmenší výměra v EU, většina v horských oblastech	Specializace na maso a mlékárenství, v Belgii jsou produkovány rozmanité výrobky
	Tržní podíly - dodavatelé	Malé a střední podniky přes 50 %	1 společnost zásobuje nezávislé řetězce, 3 největší řetězce nakupují od drobných zemědělců	93% malé, individuálně vlastněné podniky	přes 50 % specializované na masné a mlékárenské produkty
Právní prostředí - 2	Zákony	Zákon proti omezením soutěže (ARC), Zákon proti nekalé soutěži (AUC), právo EU	Zákon o soutěži a spotřebitelích (2010, CCA) + Kodex o jednotkových cenách pro supermarkety (pod CCA)	Obecné zákonodárství, Zákon o místních dodávkách (NVG)	Belgický soutěžní zákon (2006, momentálně nahrazován Zákoníkem hospodářského práva), Zákon o tržních praktikách a ochraně spotřebitelů
	Orgán dohledu	Federální kartelový úřad (FCO)	Australská soutěžní a spotřebitelská komise (ACCC)	Federální soutěžní úřad (BWB), kartelový soud, nejvyšší kartelový soud	Belgický soutěžní úřad (BCA), Belgická soutěžní rada (BCC)
	Rozsah soutěžního práva ve vztahu k potravinářskému sektoru	Jen několik zvláštních ustanovení v ARC, potravinářský sektor je předmětem úpravy v obecných ustanoveních	Úprava v obecných ustanoveních	Úprava v obecném soutěžním právu + NVG speciálně zaměřen na potravinářský sektor	Obecné soutěžní právo
	Zákaz nekalé soutěže	Pouze v AUC		ANO	ANO
	Zákaz protisoutěžního jednání	Prodej pod cenou (velmi omezené), dohody o určování cen pro další prodej - RPM (rule-of-reason)	Protisoutěžní dohody, výlučné obchody, fúze, zneužití dominance (zejména predátorské ceny)	ANO	ANO – stejné jako v EU - kartely jejichž účelem či důsledkem je omezení soutěže, zneužití dominantního postavení

Brazílie	Bulharsko	Estonsko	Finsko	
Převážně nekoncentrovaný, pomalu fúzující	Nekoncentrovaný (malé obchody s potravinami, minimarkety)	Rostoucí konsolidace, středně koncentrovaný	Velmi koncentrovaný	Ekonomické prostředí - 1
Největší hráči na trhu převážně mezinárodní řetězce	Nárůst obchodních řetězců	Většina sektoru – mléčné farmy	Domácí produkce	
		3 hlavní hráči 60 %	2 největší řetězce - 80 %	
Dodavatelé obecně spíše koncentrovaní, ale zemědělství převážně místní, nekoncentrované	Zemědělství extrémně roztržštěné, dodavatelé nekoncentrovaní (většinou malé a střední podniky)	Rostoucí konsolidace (většina země využita pro mléčné farmy)	Roztržštěné, ale některé zpracovatelské sektory koncentrované	
Někdy téměř dominance	Většina malých a středních podniků	Zemědělské holdingy	Zpracovatelské sektory – několik velkých hráčů	
Brazílský soutěžní zákon (2011)	Zákon o ochraně soutěže (2008, PCA)	Soutěžní zákon	Finský soutěžní zákon (2011), Zákon o nekalých obchodních praktikách (1978)	Právní prostředí - 2
Správní rada hospodářské ochrany (CADE)	Komise na ochranu soutěže (CPC)	Estonský soutěžní úřad (ECA)	Finský soutěžní a spotřebitelský úřad (FCCA)	
Obecné soutěžní právo	Obecné soutěžní právo	Obecné	Obecné + dodatek zaměřený speciálně na dva největší řetězce	
ANO	ANO	ANO	ANO	
ANO – narušení jako účel, podobné jako per se (kartely, zneužití dominantního postavení), RPM (rule of reason)	ANO – narušení jako účel či důsledek	ANO	-	

		Německo	Austrálie	Rakousko	Belgie
3	Per se zákazy aplikované na potravinářské trhy	Prodej pod cenou (velmi omezeně)	Kartelové jednání, primární bojkoty, podmínka nakupování od specifického dodavatele na předcházejícím trhu, fixní nebo minimální prodejní ceny (všechny mohou být předem povoleny)	Všechny obecně per se zákazy	RPM
	Zvláštní ustanovení zaměřená na maloobchodní trh	Velmi málo v ARC	Formálně žádné, ale úprava predátorských cen je zaměřena primárně na maloobchodníky	NVG	NE
	Zvláštní zákony mimo soutěžní zákony	NE	NE (orgány místní samosprávy mohou přijmout)	NE	NE (nepřímě ovlivněno obecnou úpravou – tj. Zákonem o autorizaci vedení obchodu, přesná pravidla prodejních dob)
	Výjimka sektoru ze soutěžních zákonů	NE	NE (autorizace a notifikace)	NE	NE
	Tržní šetření - 6	Tržní studie od soutěžních úřadů	1) Potravinářský maloobchodní sektor (2011-2013), 2) Mlékárenský sektor (2008 - 2012)	Konkurenceschopnost maloobchodních cen pro standardní obchody s potravinami (2008)	1) sektorové šetření (2007)
8	Důvody pro šetření	1) stížnosti dodavatelů, vysoká koncentrace, podezření na kartely, 2) stížnosti různých soutěžitelů na dohody o určování cen, prodej pod cenou, další zneužití, bojkot farmářů v roce 2008	Zvýšené ceny potravin	Stížnosti založené na koncentraci v sektoru	Konečné ceny byly vyšší než v sousedních zemích
	Hlavní témata šetření	1) účinek koncentrací na menší soutěžitele, efekt na nákupní společenství, 2) tržní síla řetězců v kontrastu s roztržitějším trhem s mléčnými výrobky	Důvod růstu cen, vztah k nedostatku soutěže	Definice relevantního trhu zboží a relevantního geografického trhu, kupní síla, zkoumáno devět výrobků, chování řetězců ve vztahu k dodavatelům	Rozsah a možné příčiny vyšších cen, velikost supermarketů, překážky vstupu na trh, koncentrace, dopad omezujících pravidel

Brazílie	Bulharsko	Estonsko	Finsko	
„podobné jako per se“ – kartely, zneužití dominantního postavení	ANO – fixní cen, rozdělení trhu a zákazníků	-	-	
NE	NE	NE	Dodatek FCA (účinnost od 1. 1. 2014) – tržní podíl přes 30 % v maloobchodním potravinářském sektoru považován za dominanci	3
NE (nepřímý vliv práva na ochranu spotřebitele)	ANO (pouze technické standardy a kontrola kvality)	ANO (obecná ustanovení – zákon na ochranu spotřebitele, obchodní zákon, zákon o právu závazkovém)	NE	4
NE	NE	NE	NE	5
NE	ANO (pšenice a chléb – 2005, 2012, mléčné výrobky – 2010, stolní olej – 2010)	NE	Studie o obchodu v potravinářství (2012+2013), Stanovení cen a funkčnosti trhu potravin (2010)	Tržní šetření - 6
NE	Prudký vzestup maloobchodních cen	NE	Ad 1) kritika koncentrace v sektoru, otázky ohledně aplikace soutěžního práva, a 2) rozhodnutí ministerstva, faktory určování cen	7
NE	Chléb 2005 (trh pšenice, mouky a chleba a jeho vertikální řetězec), Mléko 2010 (soutěžní prostředí), Olej 2010 (struktura trhu, cenové trendy), Chléb 2010 (revize předchozího šetření)	NE	Ad 1) kupní síla a možnost potenciálních nekalých praktik, soutěžní podmínky, ad 2) stanovení cen, funkčnost trhu, vysoké ceny ve srovnání s jinými zeměmi	8

		Německo	Austrálie	Rakousko	Belgie
9	Závěry šetření	1) žádná, předpokládáné později v roce 2013, 2) nerovnováha existuje, žádná individuální protisoutěžní jednání nezjištěna, vedlo k šetření o platebních podmínkách	Trh je soutěžní, ale vysoké překážky vstupu, výhody kupní síly byly částečně sdíleny se spotřebiteli, doporučení jednotkových cen	Vysoká koncentrace, vysoké překážky vstupu, kupní síla (ne špatná sama o sobě, ale často omezuje inovace), džungle podmínek a slev (musí být posuzováno případ od případu), obtížná spolupráce, pomalá řízení	O 12,5 % dražší než v Nizozemsku, faktory: lehce vyšší DPH, pracovní náklady, pořizovací náklady, politika nízkého zisku Carrefouru a politika nejlepších cen Colruyt (omezuje motivaci ostatních snižovat ceny), několik obecných doporučení
Kontrola fúzí - 10	Práh pro kontrolu fúzí v sektoru	Obecná ustanovení (celkový obrat 500 mil. EUR, domácí nebo jedna z 25 mil., další přes 5 mil.)	Obecná ustanovení	NE	Obecná ustanovení (společný obrat přes 100 mil., dva ze soutěžitelů přes 40 mil.)
11	Úřad povolující fúze	FCO – vylučná pravomoc	ACCC	BWB, kartelový soud	BCA
	Vymezení relevantního trhu v rámci sektoru	Judikatura – orientovaná na poptávkovou stranu (zastupitelný z pohledu spotřebitele)	Zastupitelné nebo jinak soutěžící zboží (liší se případ od případu)	Maloobchodní trh X Zprostředkovatelský trh	Trh prodeje zboží každodenní spotřeby
	Společné nebo rozdílné trhy pro diskonty, supermarkety, kamenné obchody	Smíšené obchody (supermarket, diskonty) X specializované obchody s potravinami	Společné (otázka účasti e-shopů nebyla dosud nastolena)	ANO	Zahrnuje pouze obchody, které prodávají veškeré zboží denní spotřeby, poslední dobou společně trhy bez ohledu na velikost obchodu
	Legální definice trhu	NE	ANO	ANO (rakouský kartelový zákon – obecné vymezení, zaměřené na poptávku)	NE
	Aplikace zákonného testu	NE	NE (Směrnice o fúzích ACCC, test hypotetického monopolisty)	NE	NE
12	Vymezení geografického trhu	Judikatura – regionální trhy (v praxi FCO dosah 20 km nebo 20 minut dojezd)	Trh v Austrálii, státu, teritoriu nebo regionu	V souladu s praxí Komise	V minulosti lokální trhy, později národní trh (z důvodu národních obchodních politik supermarketů)
	Legální definice	NE (FCO vede seznam 345 trhů dle PSC)	ANO (čl. 50 odst. 6 CCA), viz výše	NE	NE
	Užívaná kritéria	Km nebo dojezdová vzdálenost v minutách	SSNIP test	SSNIP test	Spádová oblast každého obchodu

Brazílie	Bulharsko	Estonsko	Finsko	
NE	Chléb 2005 (šedá ekonomika, špatná organizace státních zásahů), Mléko 2010 (nedostatek rovnováhy mezi koncentrací na trhu mléka a na trhu zpracování mléka), Olej 2010 (nerovnováha mezi trhem produkce semen a trhem zpracování semen), Chléb 2012 (nulová transparentnost cen, asymetrie mezi stranou nabídky a poptávky)	NE	Ad 1) soukromé značky a category management mohou poškodit soutěž, finanční podpory zvyšují překážky, přenášení rizika na dodavatele, nutné podrobnější šetření, přísná regulace primární produkce ovlivňuje neutralitu, různé zdanění závislé na velikosti společnosti vyhodnoceno jako problém, ad 2) vysoké ceny vedou k vysoké DPH, slabá soutěž (podnebí – nízká produktivita)	9
Obecná ustanovení (společný obrat přes 750 mil. BRL, jeden ze soutěžitelů přes 75 mil.)	Obecná ustanovení (společný obrat přes 25 mil. BGN, dva nebo více soutěžitelů obrat 3 mil., nebo dosažený obrat v Bulharsku přes 3 mil. BGN)	NE	Obecné (společný obrat přes 350 mil. EUR, každý z alespoň dvou soutěžitelů 20 mil. EUR ve Finsku)	Kontrola fúzí - 10
CADE	CPC	ECA	FCCA	
Na základě SSNIP testu (+ v komplexních případech dodatečné testy)	Rychloobrátkové spotřebitelské zboží	Žádná zvláštní definice	Spotřebitelský koš – zboží denní spotřeby (jídlo, pití, tabák, noviny, každodenně používaná kosmetika)	11
Všechny supermarkety, hypermarkety a samoobsluhy společně	Společné	Společné	Společné (s výjimkou kiosků, čerpacích stanic a obdobných podniků)	
NE	ANO	ANO	NE	
NE	ANO (pohled spotřebitele na zboží jako na zaměnitelné)	ANO – zaměnitelné či zastupitelné z pohledu ceny, kvality, technických parametrů, podmínek prodeje či užití, spotřeby či dalších vlastností)	NE	
Města s méně než 200 000 obyvateli – jeden trh pro každé město, větší města zahrnutí více trhů	Dojezdová vzdálenost přibližně 20-30 minut	Dojezdová vzdálenost 30 minut	Podmínky dostatečně homogenní, může být rozlišen od sousedních oblastí	12
NE	ANO - obecné (stejně podmínky a odlišný od sousední oblasti)	NE	NE – navrhován národní trh (alel odchylky v rozhodovací praxi)	
Hustota zalidnění, vzdálenost	Podmínky	NE	SSNIP test	

		Německo	Austrálie	Rakousko	Belgie
13	Zvyšující se koncentrace vnímána jako problém	ANO (ale koncentrované po několik desetiletí)	NE	NE	NE
	Právní nástroje k zabránění koncentrace	Kontrola fúzí	NE	NE	NE
14	Koncentrace na straně řetězců jako důvod pro fúze na straně dodavatelů	NE	NE	ANO (neexistuje publikované rozhodnutí)	ANO (fúze mezi aukčními domy s ovocem, zeleninou a moukou)
	Vyrovňovací síla, kterou souděžní úřad bere v úvahu	NE	NE	NE	ANO
15	Opak 14	NE	NE	NE	NE
16	Opatření při problematické fúzi	Předběžný zákaz, rozhodnutí o povolení, zrušení rozhodnutí o povolení spojení	Preferována strukturální opatření	Podmínky povolení	Zrušení rozhodnutí o povolení spojení, závazky soutěžitelů k určitému chování
	Počet opatření v posledních 5 letech	2 (rozhodnutí o povolení)	NE	1 (Pfeiffer's)	NE
17	Internetové obchody jako důležitá součást	NE (pouze 10 % spotřebitelů nakupovalo někdy online – údaje z roku 2012)	NE (1 % trhu, ale roste)	NE (velké řetězce je mají)	Malý tržní podíl (všechny významné supermarkety mají internetové obchody)
	Specifický problém (soutěž nebo poctivost) v souvislosti s internetovými obchody	NE	Otázka zahrnutí na potravinářský trh	NE	NE
	Zákony neaplikovatelné speciálně na internetové obchody	NE	NE	NE (sporné ohledně doby dodání)	Pravidla pro prodejní doby, stavební povolení atd. (v jejich základní podstatě)
Zneužití kupní síly (závislost) - 18	Legální definice kupní síly	NE (obecně – 1. Dominantní soutěžitel – 33,3% tržní podíl, asociace 2-3 s 50 %, asociace 3-5 s 66,6 %; 2. Relativně silná pozice na trhu – rozhoduje u malých a středních podniků, zvláštní domněnky)	NE (obecná definice zneužití tržní síly)	NE	NE (v budoucnu Zákonník hospodářského práva – s ohledem na vymezení dominantního postavení z případu Michelin, 322/81).
	Používaný test	1. dominantní soutěžitel – všechny relevantní faktory a podmínky (podíl, finanční síla, přístup, integrace s ostatními, překážky, elasticita, ...); 2. Relativně silná pozice na trhu (podíl, vertikální výhody, specifické podmínky na trhu)	Případ Safeway – schopnost společnosti zajistit výhodnější podmínky než konkurenční kupující (včetně ceny)	Schopnost výhodného nákupu, obecná možnost vyjednávání na celém trhu	V souladu s vymezením dominantního postavení z případu Michelin

Brazílie	Bulharsko	Estonsko	Finsko	
NE (naopak, dodavatelé jsou silní)	NE (nízká koncentrace)	NE	ANO (vedlo to k výše zmíněnému dodatku)	13
Kontrola fúzí	-	Kontrola fúzí	Dodatek FCA	
NE	NE	NE	ANO (fúze zmrzlinářů, 2011; fúze producentů masa, 2007)	14
NE	NE	NE	ANO	
NE	NE	NE	NE	15
Neexistuje precedent (nedávno případ v sektoru dlouhotrvajícího zboží – zrušení povolení)	NE	NE	Strukturální podmínky nebo závazky k určitému chování (zrušení rozhodnutí o povolení spojení)	16
NE	NE	NE	-	
NE	NE	NE	NE	17
NE	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE (dodatečná legislativa k prodeji na dálku)	
NE	NE (žádný zákaz, návrh zavádějící zneužití významné tržní síly)	NE	NE	Zneužití kupní síly (závislost) - 18
Stejně limity jako pro tržní sílu	NE	NE	Možnost prodávajícího použít alternativní distribuční kanál, ztráta způsobená ukončením prodeje	

		Německo	Austrálie	Rakousko	Belgie
19	Zákaz per se nebo rule-of-reason	PER SE	Rule-of reason (s výjimkou minimálních nebo fixních prodejních cen)	Rule-of-reason (nebo něco mezi – vhodnost, negativní dopady)	Per se (pokud není objektivní ospravedlnění)
20	Legální definice zneužití kupní síly	Demonstrativní výčet zneužívacích praktik, pouze obecná ustanovení o diskriminaci závislých soutěžitelů	NE (obecně tržní síla – značný stupeň síly, má z něho výhody, pro účel zabránění přístupu nebo odstrašování osob od soutěžního chování)	NE (dominance – soutěžitel má nadřazenou tržní pozici – dodavatelé se na něj musejí spoléhat)	NE (ale seznam zneužívajících chování z čl. 102 SFEU, totéž v chystaném Zákonníku hospodářského práva)
	Test užívaný pro taková zneužití	Zvažování zájmů všech zainteresovaných soutěžitelů	Mnohé, dříve aplikován primárně „porovnávací test“	Zda mají dodavatelé alternativní poptávku od jiných kupujících	Viz výše – případy zneužívacího chování
21	Výčet praktik z judikatury	Manželská sleva (koupěn jiný soutěžitel a žádána retroaktivně stejná cena), retroaktivní redukce, bezplatné označování cen	Žádné zvláštní postupy	NE (judikatura pouze ke zneužití dominantního postavení)	NE
23	Vymáhání soutěžního práva - 22	Rossmann (2007) – prodej pod cenou, neprokázalo se; Agro-food industry (2010) – dosud neskončeno	Fúze Metcash, Franklin (povoleno, přijata širší definice trhu)	Neohlášená šetření na místě (Rewe, Spar, Sutterlüty, M-Preis), fúze (Rewe+Billa/Meinl/ADEG, Pfeiffer – ceny z jiných regionů vázány na vídeňské ceny, Römerquelle/Coca-Cola-trh s minerální vodou, Berglandmilch – trh s mlékem – závazky ve Fázi I), kartely (Rewe - RPM, Berglandmilch – fixní ceny, Sugar producers – dosud neskončeno, pivovary/HoReCa – vstup na trh), dominance (Red Bull - odmítnuto, Organic corn - závazky)	Flemish association of bakeries (2008) – cílem ovlivnit cenovou hladinu – pokuta zrušena z procesních důvodů, Ferrero (2011) – koordinované zvyšování cen a výměna důvěrných informací – odmítnuto
	Řešení horizontálních mikro-narušení	Zákaz, ale existuje správné uvážení FCO ohledně zahájení řízení (směrnice – nezahajovat v případě nižšího podílu než 10 %, kdy nejde o hard-core omezení) + soukromoprávní nároky (náhrada škody)	Neexistuje výjimka de minimis, ACCC je zodpovědná za vymáhání (v jiném sektoru se věnují relativně malým kartelům, takže by tak pravděpodobně jednali i v tomto sektoru)	ANO (hard-core kartely nikdy neměly výjimku), předchozí případy – autoškoly (2006, 2008), instalatéri	Musí zahrnovat alespoň významnou část (náznak BCC, že může být dokonce na místní úrovni)

Brazílie	Bulharsko	Estonsko	Finsko	
Stejně jako v případě obecných zákazů (závisí na praxi)	NE (v návrhu kdy je omezen dokonce cíl, potom per se)	Per-se zneužití dominantního postavení (z judikatury)	Rule-of-reason	19
NE (judikatura – jakákoli potenciální újma)	NE	NE	NE	20
Případ od případu	NE	Obecný test zneužití dominantního postavení	NE	
NE	Libovolné vymezení poplatků za přístup, aplikace doložek o nejnižší ceně, nátlak na dodavatele	NE	Z dodatku – cenová diskriminace, predátorské nabídky, redukce cen, exkluzivita, vázané obchody, neopodstatněné smluvní podmínky	21
NE	Vemira v Metro (zneužití dominance, formát cash and carry), The Retail Cartel (jednání ve vzájemné shodě – koordinace obchodních politik, maloobchodní and cash and carry formát)	Kartel mezi řetězci prodávajícími věcmi denní potřeby (2010, dosud nestiháno), Kartel cen vodky (2012, přípravné řízení)	Výměna informací (týdenní statistiky prodeje vyměňovány prostřednictvím výzkumné společnosti mezi 3 významnými řetězci, bylo ukončeno bez pokut), horizontální a vertikální fixace cen (fixace maximálních cen v horizontálních i vertikálních vztazích, pokuta 110 000 EUR)	Vymáhání soutěžního práva - 22
ANO (zřídkka, rovněž soukromé vymáhání prostřednictvím spotřebitelských asociací)	ANO (pravděpodobně, posuzováno z hlediska případů z jiných sektorů)	ANO (hard-core kartely jsou kriminalizovány, ale v případě nepatrných jsou ukládány symbolické pokuty a neprovádí se záznam do rejstříku)	NE (de minimis pravidla EU)	23

		Německo	Austrálie	Rakousko	Belgie
24	Sankcionování horizontálních množstevních dohod mezi dodavateli	NE	NE	NE (probíhá případ s výrobcí cukru)	NE
24.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	NE	NE	NE	NE
25	Vnitřní řízení maloobchodních sítí jako problém	NE	NE	NE (pravděpodobně následuje unijní blokové výjimky a směrnice)	NE (dohody ohledně přístupu k maloobchodní síti musejí být analyzovány – dosud žádná rozhodnutí)
	Právní nástroje kontroly	Obecný zákaz kartelů (jenom pro nezávislé soutěžitele)	NE	NE	NE
	Soutěžní úřad se zabývá vnitřními pravidly	NE	NE	NE	Belgický soutěžní úřad
25.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	NE	NE	NE	NE
26	RPM jako narušení	Jako takové ne, pouze pokud vede řetězec k následování	Jako takové ne, ale když indikuje fixní ceny, pak zakázané	ANO (cíl nebo důsledek omezení soutěže, výjimka pokud se výslovně prohlásí za nezávazné a bez nátlaku)	NE (v souladu s právem EU)
26.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	Několik, dosud nerozhodnuto	NE	NE (v roce 2013 nejvyšší kartelový soud zamítlo žádost BWB)	NE (viz rozhodnutí Flemish bakery – 2008)
27	Zakázán další prodej pod cenou	Rule-of-reason (jako zneužití dominantního postavení)	NE	ANO (pokud není objektivně ospravedlněno)	NE (pouze obecné zneužití dominantního postavení)
	Zakázán de-listing	Rule-of-reason (jako zneužití dominantního postavení)	NE	NE (obecný koncept predátorský / prodeje pod cenou)	NE (pouze obecné zneužití dominantního postavení)
	Zákaz stanovování cen pro další prodej	PER SE (výjimky – léky, knihy a časopisy)	NE	ANO - per se (několik případů s výjimkou dle čl. 101 odst. 3 SFEU), směrnice ohledně RPM	ANO
27.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	Rossmann (2007) – prodej pod cenou, neprokázalo se	NE	Zeitungsabonnement (prodej pod cenou), Handsets (predátorství), Red Bull, Presse-grosso (povolené RPM), Benetton (jednotné ceny)	NE
28	Kolektivní bojkoty malých obchodů v posledních 5 letech	NE	NE	NE	NE

Brazílie	Bulharsko	Estonsko	Finsko	
NE	ANO	NE	NE	24
NE	Drůbežářský kartel	NE	NE	24.1
NE	NE	NE ve skutečnosti, ale případ ETK (kooperace podniků považována za jednoho soutěžitele – rozhodnuto ve prospěch, žádné omezení soutěže)	NE	25
NE	NE	NE	Před rokem 2004 individuální výjimky	
Žádná specifikace	NE	ECA (ve skutečnosti NE)	FCCA	
NE	NE	(ETK, 2002)	NE	25.1
NE	NE (ano, pokud má nedobrovolnou povahu)	NE/ANO (ale pravděpodobně v souladu s pravidly EU – pouze pokud může být vynucováno)	NE (v souladu s obecnými soutěžními pravidly)	26
Bearings units and housing (2001)	Danone (1998)	Viz výše 22.	NE	26.1
ANO (musí být neodůvodněné)	NE (pouze zneužití dominantního postavení)	NE (pouze obecné zneužití dominantního postavení / kartel)	NE (pouze u predátorských cen)	27
Ne výslovně	NE (pouze zneužití dominantního postavení)	NE (pouze obecné zneužití dominantního postavení / kartel)	NE	
ANO	ANO (pouze pro minimální ceny)	NE (pouze obecné zneužití dominantního postavení / kartel)	ANO (obdobně jako čl. 101 SFEU)	
NE	Přeprdej pod cenou -případ Simid (2005)	NE	NE (pouze pro dodavatele - Valio Oy, 2012, predátorské ceny, dosud nerozhodnuto; Iittala Group Oy Ab, 2011, RPM, uložena pokuta)	27.1
NE	NE	NE	NE	28

		Německo	Austrálie	Rakousko	Belgie
28.1	Relevantní judikatura v posledních 5 letech	NE	NE	NE	NE
29	Potrestání řetězců malými dodavateli	NE	NE	NE	NE
	Porušení soutěžního práva	Může porušit zákaz kartelů nebo zneužití dominantního postavení + porušení § 3, 4 AUC	NE	NE	NE
	Další právní prostředky pro boj s takovými praktikami	NE	NE	NE	NE
29.1	Relevantní judikatura v posledních 5 letech	NE	NE	NE	NE
30	Dohody velkých obchodů o omezení soutěže v cenách	NE	NE	NE (předpokládáno po nyní prováděných inspekcích BWB)	ANO
30.1	Relevantní judikatura v posledních 5 letech	NE	NE	NE	Ferrero (zamítnuto z procesních důvodů), 2012 (7 supermarketů, dosud nerozhodnuto)
31	Trestné hrubě vysoké ceny	ANO	NE	ANO	ANO (zneužití dominantního postavení)
	Standard ke zjištění vysoké ceny	Test hypotetické soutěžní ceny	NE	Dvoufázový test (strana nákladů, srovnání cen – srovnatelné produkty v různých časových údobích)	Vybočení z růstu nákladů (případ AMP)
31.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	Hesse Water Company (2010); procesy s ostatními vodárnami dosud neskončeny	NE	Dodávka raketového paliva (strukturální opatření pro OMW kolem vídeňského letiště), PayLife (bezhotovostní platby, pokuta 7 mil. EUR)	AMP (zvýšen poplatek nepřiměřeně k navýšení cen)
32	Efekt vodního lůžka	NE	NE	NE	NE
32.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	NE	NE	NE	NE
33	Obecné regulace struktury a chování mimo soutěžní právo	NE	Kodexy chování	NE	NE

Brazílie	Bulharsko	Estonsko	Finsko	
NE	NE	NE	NE	28.1
NE	NE	ANO (protesty proti dovezeným výrobkům)	NE	29
NE (pouze pokud je posouzeno jako kartel)	NE (pouze pokud je posouzeno jako zakázaná dohoda - kartel)	NE	NE	
NE	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE	29.1
NE	ANO	Viz výše 22	ANO	30
NE	Případ maloobchodního kartelu	NE	Horizontální a vertikální fixace cen (2009)	30.1
NE (pouze důkaz zneužití dominantního postavení)	NE (pouze jako zneužití dominantního postavení)	ANO (pokud nespravedlivé)	ANO (jako zneužití dominantního postavení)	31
Žádný zřejmý standard (marže, cena nebo zvýšení)	Žádný zřejmý standard (musí být založeno na bázi nákladů nebo srovnatelné s podobným zbožím)	Srovnání mezi cenovou a ekonomickou hodnotou (Eesti Telefon), ve spojení s dvouhrotovým testem EU (SDEU: United Brands), možné porovnání relativní marže	Následuje judikaturu SDEU	
NE	NE	Levíra (pokud cena souvisela s ekonomickou hodnotou, zisk byl příliš vysoký)	NE	31.1
NE	NE	NE	NE	32
NE	NE	NE	NE	32.1
NE	NE	ANO (regulace ochrany spotřebitele, zákon o obchodu, zákon o reklamě)	ANO (zákon o užívání půdy a stavbě – částečná podmínka týkající se rozdělení do pásem)	33

		Německo	Austrálie	Rakousko	Belgie	
34	Specifická sektorová regulace	NE	Kodex o jednotkových cenách (povinné) a kodexy chování pro produkční a potravinářský průmysl	NE (územní plány – pro některé oblasti)	Zákon o autorizaci vedení obchodu (2004), úprava prodejních dob	
	Omezení rámce soutěže v sektoru	NE	NE	NE	NE	
	Specifická omezení pro velké řetězce v závislosti na struktuře	NE	NE	NE	NE	
	35	Specifická regulace aplikovaná na internetové obchody	NE	NE (pouze kodex o jednotkových cenách se vztahuje na všechny)	NE	NE
	36	Zákaz dalšího prodeje pod cenou, de-listingu, RPM ve zvláštních zákonech	NE	NE	NE	Pře prodej pod cenou v zákoně o tržních praktikách a ochraně spotřebitele (2010), de-listing (odlistování), ale RPM ne
	37	Předcházení (omezení) předávání slev	NE	NE	NE	NE
	38	Výrobky pod správní kontrolou cen	NE	NE	NE	NE (BCA má za zvláštních okolností možnost stanovit na 6 měsíců)
		Důvody pro takovou regulaci	NE	NE	NE	NE
		Pravidelné kontroly cen, periodicita	NE	NE	NE	NE
Soutěžní úřad dává stanovisko		NE	NE	NE	NE	
Regulace velkých potravinových řetězců a vertikální vztahy - 39	Regulace vztahů mezi velkými potravinovými řetězci a těmi malými	NE	NE (pouze v dobrovolném kodexu)	NE	NE	
	40	Rozsah regulace	NE	NE	NE	NE
	41	Role soutěžního úřadu	NE	NE	NE	NE
		Rozsah působnosti	NE	NE	NE	NE
		Spravedlivost transakcí	NE	NE	NE	NE
Soudní interpretace	NE	NE	NE	NE		

Brazílie	Bulharsko	Estonsko	Finsko	
NE	NE (regulace hygieny a kvality, distribuční standardy)	Specifická regulace alkoholu	Omezení otevírací doby, zákaz prodeje léků mimo lékárny a nápojů s více než 4,7 % alkoholu mimo obchody pod státním monopolem	
NE	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE (ale dodatek - 30 %)	34
NE	ANO (dodatečná regulace v zákonu o e-obchodu a CPA)	ANO (dodatečná regulace v zákoně o obchodu pro e-obchod)	ANO (prodej na dálku v FCPA – ale ne předběžná informace)	35
NE	NE	NE	NE	36
NE	NE	NE	NE	37
NE	NE	NE	NE (regulované slevy alkoholu a dětského mléka)	38
NE	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE	Regulace velkých potravinových řetězců a vertikální vztahy - 39
NE	NE	NE	NE	
NE	NE (pokud bude návrh přijat, pak ústřední vymáhací úřad)	NE (může dávat doporučení a zprávy)	NE	40
NE	NE	NE	NE	41
NE	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE	

		Německo	Austrálie	Rakousko	Belgie
42	Drobní farmáři vyňati z působnosti soutěžního práva	Zákon o struktuře trhu (zakládání družstev), ospravedlnění kartelů malých a středních podniků, de minimis kritéria FOC	CCA – mohou kolektivně vyjednávat o svých podmínkách (předchozí notifikace ACCC)	NE - obecně nějaké praktiky jsou (nikoli hard-core)	NE
43	Zákaz vyjednávacích praktik velkých řetězců per se	Obecná ustanovení o zneužití dominantního postavení, pokud je lze aplikovat	NE	Seznam praktik v příloze směrnice č. 2005/29	Přeprdej pod cenou, zřejmě nespravedlivé platební podmínky
	Instituce pro implementaci	Parlament	Ne	Parlament	Parlament
	Množství judikatury	NE	NE	NE	Několik neskončených případů ohledně přeprdeje pod cenou
Budoucnost - 44	Doporučené legislativní změny	Nejsou nutné. FCO by v rámci aplikace existujícího práva měla zvažovat ekonomické a obchodní potřeby.	Povinný kodex chování pro produkční a potravinářský průmysl, proces musí být pro malé obchodníky zjednodušen	Žádné	První hodnocení nového zákoníku hospodářského práva, pravděpodobně navýšení rozpočtu odvolacího soudu v Bruselu nebo legislativa ke zmírnění jeho zatížení, harmonizace mimo soutěžní právo, regulace v duchu práva EU

Brazílie	Bulharsko	Estonsko	Finsko	
NE	NE	NE (EU pravidla de minimis)	Právo EU (asociace zemědělských producentů vylučeny z působnosti čl. 101 SFEU / jeho finského ekvivalentu)	42
NE	Omezení odpovědnosti za pozdní platby	Zveřejnění zavádějících informací, zneužití důvěrných informací	Určité formy reklamy, zneužití důvěrných informací, pozdní platby (zákon o platebních podmínkách v obchodních smlouvách)	43
NE	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE	
Žádné	Lepší definice nespravedlivých podmínek, předcházení zneužití nadřazené vyjednávací pozice (bez významné tržní síly), žádné přesahy mezi dominancí a podstatnou vyjednávací silou, nespravedlivé donucovací chování zakázané, spravedlnost na základě přístupu případ od případu, základní odpovědnost za vynucení na stranách v soukromém sporu	Soutěžní právo v této podobě zůstává nejučinější, zůstává pouze otázka efektivitě vymáhání trestního práva	Revize územně-plánovací legislativy, zdanění (DPH v potravinářství), zákazu prodeje léků mimo lékárny a nápojů s obsahem alkoholu vyšším než 4,7 % mimo obchody v rámci státního monopolu	Budoucnost - 44

		Velká Británie	Maďarsko	Itálie	Japonsko
Ekonomické prostředí - 1	Struktura trhu - maloobchodní odvětví - Charakteristika	Relativně vysoký stupeň koncentrace	Nekonzentrované (největší Tesco, následně národní franšizy nadnárodních společností)	Středně koncentrované	Velkoobchodní zprostředkovatelé a potravinářský maloobchod, postupující koncentrace
	Specifika	Někdy spotřebitelské preference farmářských produktů, dobrovolný systém oznamování fúzí	Nadnárodní řetězce centralizovaly dodavatelský systém, místní prodejci jsou závislí na místních dodavatelích	Moderní distribuční model	Žádná
	Tržní podíly	4 hlavní řetězce - 67%	3 hlavní hráči - přes 40 %	Moderní distribuční model (supermarkety atd.) - 70 %	Nespecifikováno
	Nabídková strana - charakteristika	Nízká úroveň koncentrace	Silně dekoncentrovaná, klesající vliv na HDP, ale rostoucí zaměstnanost	Není možné zobecnění - některé sektory nekonzentrovány, některé stále více koncentrovány	Zemědělská produkce, zemědělská družstva
	Tržní podíly	Možnost vytvářet organizace producentů	3 % společností, 97 % jednotlivců	-	Nespecifikováno
Právní prostředí - 2	Zákony	Zákon o podnikání	Zákon o zákazu nekalých tržních praktik a omezení soutěže (1996, CA), obchodní zákon, zákon o nekalých distribučních praktikách	Směrnice a dekrety, žádný obecný kodex	Antimonopolní zákon (AA), další zákony
	Orgán dohledu	Úřad pro poctivé obchodování (OFT), Soutěžní komise (CC) – sloučený v roce 2014	Maďarský soutěžní úřad (GVH)	Italský soutěžní úřad (ICA)	Komise pro poctivé obchodování (JFTC)
	Rozsah soutěžního práva ve vztahu k potravinářskému sektoru	Obecný	Obecný	Obecný	Obecný
	Zákaz nekalé soutěže	ANO	ANO	ANO	ANO
	Zákaz protisoutěžního jednání	ANO	ANO	ANO	ANO
	Per se zákazy aplikované na potravinářské trhy	NE	ANO – hard-core kartely, RPM	ANO – prodej pod cenou pro dominanty (přes 50 %)	NE
	Zvláštní ustanovení zaměřená na maloobchodní trh	NE	ANO – ustanovení obchodního zákona (zneužití významné tržní síly) a zákona o nekalých distribučních praktikách	Regulace k monitorování struktury maloobchodního trhu a praktik velkých distributorů	Ustanovení o specifických nekalých obchodních praktikách velkých řetězců vztahujících se na obchod s dodavateli (2005) – nezávazné, seznam nekalých praktik
	3				

Nizozemsko	Rumunsko	Švýcarsko	Česká republika*	USA	
Většinu trhu tvoří supermarkety, ne mnoho hypermarketů, těžké cenové války	Vývoj supermarket a diskontů v minulém desetiletí, silná soutěž	Koncentrovaný, většinou soukromé značky spjící k maloobchodům, spotřebitelé se účastní věrnostních programů	Nízká koncentrace	Velkoobchodní trh má klesající vliv, soutěž na národních trzích, méně na regionálních	Ekonomické prostředí - 1
Asociace výrobců, které prodávají produkty svých členů, někdy operují jako obchodníci rovněž na sekundární úrovni	Značná část půdy užívána pro individuální potřebu, mnoho půdy leží ladem	Dva největší řetězce (Coop, Migros) založené na konci 19. / začátku 20. století	-	Supermarkety i producenti chtějí odstáhnout velkoobchody	
75 % produkce v supermarketech (3 největší mají 85%)	Neznámé (ale 60 % spotřebitelů upřednostňuje malé obchody před supermarkety)	2 řetězce drží 80 %	Žádný z hlavních řetězců nemá 10 %, pět velkých řetězců nemá ani 50%	Největší 4 řetězce 37%, největších 8 50%	
Rostoucí koncentrace, většina farmářů organizována v asociacích, které jim umožňují prodávat výhradně prostřednictvím asociace	Tendence investovat na zelené louce, malí farmáři, spolupráce	Malý podíl HDP (1 %), velmi regulováno	Nekoncentrovaná, specifické podtrhy (minerální vody, sušenky, pivo, prádelny), kde je koncentrace vyšší	Kooperativní struktura, cena a množství obilnin (silně ovlivněno cenou ropy) má vliv na živočišnou produkci	
Mléčné farmy 25 %, pěstování ovoce, zeleniny a brambor 17 %, kolem 69.000 farmářů, od roku 2000 úbytek o 30 %	Neznámé	Vysoce koncentrované (57.600 farem, průměrně 3 pracovníci na farmu)	Nekoncentrované	Nekoncentrované, farmáři sdružení ve družstvech	
Holandský soutěžní zákon (DCA, 1998)	Soutěžní zákon (1996, CA), zákon o boji proti nekalé soutěži (1991, LUC)	Švýcarský zákon o kartelech (Lcart), zákon o nekalé soutěži (LUC)	Zákon o ochraně hospodářské soutěže (ZOHS), zákon o významné tržní síle (ZVTS)	Shermanův antitrustový zákon, Claytonův antitrustový zákon, Robinson-Patmanův zákon	Právní prostředí - 2
Úřad pro spotřebitele a trhy (ACM)	Soutěžní rada (RCC)	Soutěžní komise (CC), Úřad pro dohled nad cenami (PSA)	Úřad na ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS)	Federální obchodní komise (FTC) + státní úřady	
Obecný	Obecný	Obecný	Obecný	Obecný	
NE	ANO	ANO	ANO	-	
ANO	ANO	ANO	ANO	-	
ANO – stejná obecná pravidla jako v EU (ale nezdá se, že by ACM postihoval RPM)	ANO - bid rigging, RPM, rozdělení trhu, omezení výroby	NE	ANO - v ZVTS (požadavek na zapisovací poplatek, retroaktivní dosahování prodeje, nespravedlivé vrácení zboží,...)	-	
ANO – národní blokové výjimky (dekrét o výjimce dohodě o spolupráci v maloobchodu, dekrét o maloobchodních dohodách o exkluzivitě)	ANO – úprava prodeje produktů a tržních služeb (rovněž otázka predátorských cen) a prodeje potravinářských produktů	NE	ANO - ZVTS	NE	3

		Velká Británie	Maďarsko	Itálie	Japonsko
4	Zvláštní zákony mimo soutěžní zákony	ANO – etický kodex pro dodávky potravin - (GSCOP)	NE (výjimky – zákon o zastaveném prostředí)	čl. 62 zákona č. 27/2012 – o vyjednávání a uzavírání smluv v rámci zemědělsko-potravinářských řetězců, dekret o oteviracích dobách	Zákon o preventivních opatřeních velkých obchodních řetězců pro zachování životního prostředí (1998)
5	Výjimka sektoru ze soutěžních zákonů	NE	NE (výjimky – zákon o mezioborových organizacích – asociace producentů a zpracovatelů)	NE	Některé spolupracující asociace – cílem ochránit malé podnikatele a podpořit spravedlivou a volnou soutěž
Tržní šetření - 6		Tržní studie od soutěžních úřadů	Šetření v potravinářství (2008)	Obecná studie (2007, 2013), Studie trhu těstovin (2011)	Výrobci a velkoobchodníci s potravinami (2011), Velké řetězce a dodavatelé (2012)
7	Důvody pro šetření	Vztah k mnoha soutěžním otázkám	2007 - účinek obchodního zákona, rostoucí koncentrace řetězců, 2009 – nízké nákupní ceny od dodavatelů specifických produktů	Ad 1) cena ovoce a zeleniny vzrostla v kontextu změny měny, ad 2) část projektu monitorování cen	a) k porozumění obchodu mezi nimi, b) možné zneužití dominantního postavení v sektoru
8	Hlavní témata šetření	Plánovací systém, překážky vstupu, omezující dohody, tvorba maloobchodních cen, možné koluzní jednání, koncentrace na lokálních trzích	2007 - vztah mezi velkými řetězci a dodavateli, 2009 – sektor višní, melounů, jablek a mléka	ad 1) vztah mezi přechodem z líry na euro a zvýšením cen, ad 2) ceny výrobků, zejména přechod změn cen surových materiálů směrem dolů výrobním procesem	a) předchozí jednání mohlo vest ke zneužití vyjednávací pozice, velkoobchody občas přenášejí podmínky maloobchodníků na producenty, b) méně než 10 % veškerých žádostí mohlo vest ke zneužití dominantního postavení
9	Závěry šetření	Silná soutěž na maloobchodním trhu, držení půdy velkými řetězci omezuje soutěž, žádné další porušení nezjištěno	2007 – občas zneužití významné tržní síly, poplatky a podmínky pro vstup na trh, tlak na vysoké standardy má na soutěž pozitivní vliv, 2009 – legislativa neschopná vyřešit hluboké problémy jako je asymetrie, černý trh, malé a střední podniky musejí být přizpůsobivější	Ad 1) velké řetězce mají vliv na zvyšování efektivity celého distribučního řetězce, pouliční prodejci udržují ceny ovoce a zeleniny nízkou, nutné zlepšení v rámci obchodní organizace farmářů, Ad 2) vzrůst cen přesáhl období nastartování ekonomiky po povodních, rostl zisk v sektoru průmyslové přeměny, ve zbytku zůstal	a) příbuzné obchodní organizace požádány o vysvětlení směrnice týkající se zneužití nadřazení vyjednávací pozice svým členům, b) JFTC bude prosazovat povitý obchod a zamezí zneužívání

Nizozemsko	Rumunsko	Švýcarsko	Česká republika*	USA	
NE (pokračující diskuse, vláda si přeje, aby tržní subjekty přijaly etický kodex)	ANO – nad rámec zmíněných předpisů	NE	NE	NE	4
NE	NE	NE	NE	NE	5
Dokument o kupní síle (2004), Stanovení cen v zemědělsko-potravinářském sektoru (2009, další odpovědi ve vztahu k této studii) , Studie o rybářském sektoru (2011)	Sektorové šetření o potravinářském maloobchodním sektoru (2009)	NE (ale bylo zkoumáno jako část několika řízení, obecné monitorování)	Sektorové šetření (2010)	Konference na různá témata (2007), Poplatky za umístění zboží v regálu (2003)	Tržní šetření - 6
Zemědělsko-potravinářský sektor je jeden z prioritních, koncentrovaná povaha, homogenní produkty, několik stížností	Stížnosti, několik fúzí v rámci sektoru	NE	Situace na trhu naznačovala, že by soutěž mohla být narušena	-	7
8 základních potravin – vejce, jablka, cibule, okurky, sladká paprika, chléb a brambory (popis distribučního řetězce, vývoj cen, marže, analýza cenových mechanismů)	Identifikace trhů, doložka o nejnižší ceně, poplatky za umístění zboží v regálu, category management, stanovení nákladů, potenciální otázky soutěžního práva	NE	Vztahy mezi dodavateli a kupujícími potravinářských a zemědělských produktů – používané praktiky, jakékoli porušení ZVTS	-	8
Ceny na všech úrovních vzrostly, nejvíce na úrovni produkce, nejméně na úrovni supermarketů, žádné ukazatele dominance supermarketů, koncentrace měla pouze omezený vliv	Upřednostňování tradičních forem obchodu („obchody na rohu“), klesající podíl cash and carry, žádná soutěž mezi C&C a malými řetězci, soutěž mezi moderními a tradičními formami, vyjednávací síla bez dominantního postavení není otázkou pro RCC, kontrola fúzí je nejlépeším nástrojem, růst cen je v souladu s rostoucími náklady výroby	NE	Řetězce s významnou tržní silou užívaly delší lhůty splatnosti, dohodnuté slevy za brzké platby (musí být zcela jasné), UOHS zahájil 6 řízení	-	9

		Velká Británie	Maďarsko	Itálie	Japonsko
Kontrola fúzí - 10	Práh pro kontrolu fúzí v sektoru	Obecný (společný obrat přes 70 mil. GBP nebo společný podíl na dodávkách 25 % ve Velké Británii nebo její významné části)	Obecný (společný obrat přes 15 bil. HUF v Maďarsku, každý z alespoň dvou příjem přes 500 mil. HUF)	Obecný (společný domácí obrat 482 mil EUR, alespoň dva 48 mil EUR)	Obecný (nespecifikovaný)
	Úřad povolující fúze	OFT, CC	GVH		Místní pobočka JFTC
11	Vymezení relevantního trhu v rámci sektoru	Rozdělen do 3 kategorií dle velikosti (viz níže), dále některé řetězce vyňaty (mražené potraviny, speciality)	Judikatura: jídlo, nealkoholické a alkoholické nápoje, chemické produkty pro domácnost, kosmetika a další každodenní nezbytnosti	Definice EU, 4 různé trhy pro statistické účely: (superette – menší supermarkety, disko, supermarkety, hypermarkety)	Založeno na zastupitelnosti výrobků pro uživatele, když nelze jinak, rovněž pro dodavatele
	Společné nebo rozdílné trhy pro diskonty, supermarkety, kamenné obchody	Jednotná kontaktní místa (přes 1400 m ²), obchody střední velikosti (280-1400 m ²) a obchody pro příležitostné nákupy (méně než 280 m ²)	ANO (někdy rozdělené, hypermarkety mohou být substituty pro menší obchody, ale nikoli obráceně)	3 trhy: hypermarket (hypermarket a supermarket přes 1500 m ²), supermarket (supermarket, hypermarket, suprette) a menší (pod 1500 m ²)	Rozdílné (ale supermarket se smíšeným zbožím a potravinářské supermarkety náležejí na jeden trh)
	Legální definice trhu	NE	NE	NE	NE
12	Aplikace zákonného testu	NE (judikatura: velikost, škála produktů, vysoce flexibilní)	NE	NE	SSNIP test
	Vymezení geografického trhu	Obchodní centra (dojezdová vzdálenost 10-15 min), obchody střední velikosti (5-10/15) obchody pro příležitostné nákupy (5/10)	Lokální trhy (jedna nebo více obcí, přibližně třicetikilometrová oblast)	Národní trh nebo jeho významná část (může jít o obec)	Rovněž založeno na zastupitelnosti v oblasti
	Legální definice	NE	NE		NE
	Užívaná kritéria	Dojezdová vzdálenost	Test řetězce zastupitelnosti, dojezdová vzdálenost		SSNIP test
13	Zvyšující se koncentrace vnímána jako problém	-	NE (ale diskutováno)		ANO
	Právní nástroje k zabránění koncentrace	-	Členové stejného franšizového systému mohou být považováni za nezávislé soutěžitele, kontrola fúzí		Zrušení rozhodnutí o povolení (příkaz k převodu části akcí jiným vlastníkům nebo i jině)
14	Koncentrace na straně řetězců jako důvod pro fúze na straně dodavatelů	-	NE	ANO (Bolton Alimentari/Branch of Brands and Bauli/Branch of Italian Nestle)	ANO
	Vyrovňovací síla, kterou soutěžní úřad bere v úvahu	-	NE	ANO	NE

Nizozemsko	Rumunsko	Švýcarsko	Česká republika*	USA	
Obecný (společný celosvětový obrat přes 113.45 mil. EUR, dva ze soutěžitelů samostatný domácí obrat přes 30 mil. EUR)	Obecný (společný celosvětový obrat přes 10 mil. EUR, alespoň dva soutěžitelé s domácími obraty přes 4 mil. EUR)	Obecný (společný celosvětový obrat přes 2 bil. CHF/domácí před 500 mil. CHF, dva ze soutěžitelů každý domácí obrat přes 100 mil. CHF, nebo pokud je zde dominant operující rovněž na předcházejícím/následujícím trhu)	Obecný	Obecný	Kontrola fúzí - 10
ACM	Zemská nejvyšší obranná rada (CSDC)	CC	ÚOHS	Antitrustová divize ministerstva spravedlnosti (DOJ), FTC	
NE – principy unijního soutěžního práva	Všechny produkty a/nebo služby, které spotřebitel považuje za zaměnitelné nebo zastupitelné vzhledem k jejich vlastnostem, ceně a konečnému užití	Veškeré zboží nebo služby, které jsou na jedné straně spotřebiteli a na druhé straně dodavateli považovány a zaměnitelné, a to s ohledem na jejich vlastnosti a zamýšlené užití	Zboží, které je identické, srovnatelné a vzájemně zaměnitelné z hlediska svých vlastností, ceny a zamýšleného užití	-	11
Rozdílné (supermarkety, tržiště – rozdíly mezi skupinami produktů, a franšizové obchody)	Vše v jednom (C&C vyloučeno)	Společné, vyloučené jsou specializované obchody, smíšená zboží a obchodní turistika na hranicích	-	Rozdílné trhy	
NE	ANO	ANO	ANO	NE	
NE (ACM zohledňuje velikost obchodu a obrat)	Zastupitelnost	Škála produktů, koncept obchodních center	Zaměnitelnost nebo zastupitelnost z hlediska spotřebitele	Případ od případu	
NE – principy soutěžního práva EU (místní – dojezdová vzdálenost 15 minut, stejně jako národní trh supermarketů, menší obchody a franšizy také národní trh)	Soutěžitelé zahrnutí na straně nabídky/poptávky, dostatečně homogenní podmínky, oblast může být vymezena vůči ostatním oblastem	Oblast, kde spotřebitelé nakupují a dodavatelé prodávají zboží, které tvoří trh zboží	Území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedících území	Supermarkety – obchodní centra, většinou oslovují spotřebitele v okruhu o poloměru 3 - 4 mil (většinou více než 10.000 položek, alespoň 10.000 m ²)	12
NE	ANO	ANO	ANO	NE	
Dojezdová vzdálenost	Dojezdová vzdálenost (od 10/20 do 30 min)	Dojezdová vzdálenost (10-20 min)	V zákoně nevynezena	Poloměr okruhu v mílech	
NE (zabývá se tím kontrola fúzí)	NE	NE	NE	ANO (zvyšující se koncentrace Wal-Martu)	13
Kontrola fúzí, zákaz omezujících dohod (v případě franšiz)	NE	NE	Kontrola fúzí	Antitrustové upozornění	
NE (ne výslovně, bylo zmíněno v odůvodnění dvou případů, ale ACM to odmítla)	ANO (zmíněno v jednom rozhodnutí, ale nikoli jako hlavní argument)	ANO	NE	ANO	14
NE	ANO	ANO	NE	NE	

		Velká Británie	Maďarsko	Itálie	Japonsko
15	Opak 14	-	NE	NE	NE
16	Opatření při problematické fúzi	Zrušení rozhodnutí o povolení	NE	Zrušení rozhodnutí o povolení, prodej obchodní značky, smíšená cena	Aplikace obecných pravidel soutěžního práva
	Počet opatření v posledních 5 letech	Mnohé případy fúzí	NE	Mnohá	NE
17	Internetové obchody jako důležitá součást	-	NE		ANO
	Specifický problém (soutěž nebo poctivost)	-	NE		Zákon o farmaceutických záležitostech zakazuje prodávat farmaceutické produkty v internetových obchodech
	Zákony neaplikovatelné speciálně na internetové obchody	-	NE		NE
Zneužití kupní síly (závislost) - 18	Legální definice kupní síly	NE	ANO (obchodní zákon – významná tržní síla)	NE	NE - AA používá termín zneužití nadřazené vyjednávací pozice (zneužití vyjednávací pozice a závislosti), ale bez definice
	Používaný test	Obecné posuzování dominantního postavení (velmi obtížné, hranice je obvykle kolem 40 %)	Čistý obrat nebo klasické posuzování trhu (struktura, překážky, velikost, umístění, finanční síla)	Z definice ekonomické závislosti z hlediska nabídkové strany – extrémní nerovnováha mezi právy a povinnostmi, reálná možnost najít uspokojivé alternativy	Účastník není schopen odmítnout žádost, která je v zásadě nevýhodná a účastník má obtíže s pokračováním v obchodování
	Zákaz per se nebo rule-of-reason	NE (závisí na praxi)	Per se (v režimu obchodního zákona) + v režimu CA stejně jako čl. 102 SFEU	Per se	Rule-of-reason
	Legální definice zneužití kupní síly	NE	NE (ale detailní seznam ukazatelů zneužití)	NE	ANO – výčet praktik
	Test užívaný pro taková zneužití	NE	Dodavatel nemá žádný užitek z ekonomických důsledků prodeje ve velkém	NE	Případ od případu (pokud je nespřavedlivé z hlediska běžných obchodních praktik)

Nizozemsko	Rumunsko	Švýcarsko	Česká republika*	USA	
NE	NE	NE	NE	NE	15
Zrušení rozhodnutí o povolení, kontrolní správce, správce pro prodej	Kontrola fúzí (závazky k určitému jednání nebo strukturální závazky)	Závazky k určitému jednání, zrušení rozhodnutí o povolení	NE	Zrušení rozhodnutí o povolení fúze	16
8 případů, 4 nápravná opatření v první fázi	10 v 17 letech	NE	NE	4 zrušení o povolení spojení (1-32 obchodů)	
NE, ale růst (předpokládá se, že mají podíl kolem 20 %)	NE	NE	NE	NE	17
NE	NE	NE	NE	Nebyla věnována pozornost „suchým potravinám“ a nepotravinářským trhům (potenciální vliv Amazonu na potravinářský trh)	
Regulace otevíracích dob	NE	NE	NE	NE	
NE – obecné zneužití dominance (tržní síla na poptávkové straně trhu – z dokumentu o kupní síle, 2004)	NE – obecné zneužití dominantního postavení	NE – obecné zneužití dominantního postavení	ANO - ZVTS (dodavatel se stává závislým na základě možnosti dodávek jeho zboží konečným spotřebitelům a odběratel může donutit dodavatele přijmout jednostranné výhodné podmínky)	NE	Zneužití kupní síly (závislosti) - 18
Alternativní prodejní kanály pro dodavatele, existence tržní síly	Existence závislosti soutěžitele na jiném soutěžiteli, kdy první nemá žádné alternativní řešení, využití takové situace	Žádní srovnatelní zákazníci na trhu, dodatečná poptávka ostatních nepokrývá fixní náklady, aktiva pro specifickou produkci nemohou být s průměrným úsilím využita k výrobě jiného zboží	S ohledem na tržní strukturu, překážky vstupu, tržní podíly obou, finanční sílu, velikost obchodních řetězců, umístění a velikost jednotlivých obchodů	Tržní síla a nebezpečná pravděpodobnost kompenzace utrpěných ztrát	
Rule-of-reason	Per se	Rule-of-reason	Per se (ale musí být systematické)	Rule-of-reason	19
NE	NE	NE – obecné zneužití dominantního postavení	ANO – systematické, porušení pravidel pro fakturaci, všeobecné obchodní podmínky, porušení smluvních povinností, nedodržení podmínek prodeje, zakázané praktiky (ZVTS)	NE	20
Chování, které vede k vyloučení účastníků trhu nebo může být považováno za koristnické	Test na kupní sílu (závislost, vykořisťování)	Bránění ostatním soutěžitelům v započítání nebo pokračování v soutěži, znevýhodňování obchodních partnerů	NE	Případ od případu	

		Velká Británie	Maďarsko	Itálie	Japonsko
21	Výčet praktik z judikatury	NE	Zneužívající listovací poplatky, přenášení nákladů, neodůvodněné poplatky, předčasné účtování maloobchodních služeb, neomezené právo vracet zboží, exkluzivní slevy pro maloobchody	Ze zákona: odmítnutí prodeje nebo koupě, nečestné tísňové nebo diskriminační smluvní podmínky, svědomčné přerušování obchodu	Peněžitě příspěvky, nespravedlivé přidělování práce zaměstnancům dodavatele, nespravedlivé vracení zboží, nespravedlivé snížení cen, nucený prodej
Vymáhání soutěžního práva - 22	Relevantní judikatura z posledních 5 let	Případ Tabák (2003, kartel, zrušen), Mlékárenský případ (2002, mléčný kartel, zrušen)	Tesco (2008), Cora/Match/Profi (2008), Spar (2008), Auchan (2008), Metro (2008), Auchan (2009), Spar (2010) – ve všech případech zneužití významné tržní síly	Coop Estente (bránění vstupu, poškozování spotřebitelů)	Marukyo (2008, potravinářský supermarket, nespravedlivé vracení zboží, přidělování cen), Eco's (2008, nespravedlivé přidělování práce a snižování cen a potvrzení peněžitých příspěvků), Seven-Eleven (2009, franšizy, zákaz slev členům franšizy), K. K. Sanyo Marunaka (2011, potravinářské supermarkety, všechny praktiky z předchozího bodu)
	Řešení horizontálních mikro-narušení	NE	ANO (pouze hard-core kartely, ostatní pod de minimis výjimkami)	ANO (pokud narušuje soutěž na významné části domácího trhu – může jít o obec)	ANO
24	Sankcionování horizontálních množstevních dohod mezi dodavateli	NE	NE (ale jiné kartely o určování cen nebo o rozdělení trhu)	ANO	ANO
24.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	NE	Pekařský kartel (asociace stanovující minimální ceny, RPM), Mlýnářský kartel (rozdělení trhu)	Konsorcium na ochranu sýra Grana Padano (2001) – stanovení kvót za účelem předcházení významnějšímu nárůstu produkce a udržení cen na stejné úrovni	NE
25	Vnitřní řízení maloobchodních sítí jako problém	NE	ANO (franšizy, otázka odpovědnosti za jednání franšiz, později byla prisouzena poskytovateli licence)	NE (ale navrhováno brát v úvahu články řetězce jako nezávislé jednotky)	ANO
	Právní nástroje kontroly	NE	NE	NE	AA, Jmenování (2005) + Směrnice
	Soutěžní úřad se zabývá vnitřními pravidly	NE	GVH	ICA	ANO
25.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	NE	Kereskedelmi (2005, 2011)	NE	Seven-Eleven (JTFC přikázala přestat zakazovat slevy ve franšizách)
26	RPM jako narušení	NE	NE (pouze za dodatečných okolností)	ANO	NE (jen pokud fakticky závazné)

Nizozemsko	Rumunsko	Švýcarsko	Česká republika*	USA	
NE	Bezodůvodně vysoké ceny, zvýšení cen hned po povolení fúze	NE	NE	Kapacita podniků po fúzi by byla menší než dva nezávislé podniky (omezení produkce), řešeno závazky k určitému jednání	21
Fúze (8 případů), 3 kartely (viz níže)	Profi, Interfruct and Albinuta Shops (2011, určování cen, udělena pokuta)	NE (všechny případy se týkaly fúzí)	NE	Antitrustový spor ohledně velkoobchodu s potravinářskými produkty	Vymáhání soutěžního práva - 22
NE (de minimis výjimky)	ANO	NE (musí významně omezit soutěž)	NE (de minimis výjimky)	ANO (státní nadvláda – počet se liší v kontextu různých států) – případy sdílení výnosů a monopolizace v Kalifornii	23
ANO	NE	NE	NE	ANO (soukromé kolektivní žaloby)	24
Krevety (2003, kartel, uložena pokuta), cibule (2012, kartel, uložena pokuta), Játka pro vepřové (1999, kartel, výjimka)	NE	NE	NE	Antitrustový spor ohledně mléčných farem na americký sýr	24.1
NE	NE	ANO (případ Migros/Denner - fúze, Migros dostal nařízeno provozovat Denner jako nezávislou jednotku)	NE	NE	25
-	Kontrola fúzí	Kontrola fúzí	NE	NE	
-	NE	CC	NE	NE	
NE	NE	Migros/Denner (2008)	NE	NE	25.1
NE (pouze pokud kombinováno s podněty nevybočovat)	NE (pouze určování cen)	NE (pouze nátlakové)	NE (pouze pokud má za cíl nebo důsledek narušení soutěže)	Rule-of-reason	26

		Velká Británie	Maďarsko	Itálie	Japonsko
26.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	NE	NE	Rímský kartel asociace výrobců chleba (2008) – doporučení minimálních cen	NE
27	Zakázán další prodej pod cenou	NE	NE per-se (pouze v případě významné tržní síly nebo vlivu na zemědělskou nebo potravinářskou produkci)	NE	ANO
	Zakázán de-listing	NE	NE per-se (pouze v případě významné tržní síly nebo vlivu na zemědělskou nebo potravinářskou produkci)	NE	ANO
	Zákaz stanovování cen pro další prodej	NE	ANO	ANO (výjimky v případě podílů pod 30 %, a když nejde o minimální ceny)	ANO
27.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	NE	NE	NE	Mitsubishi Shokuhin (2012, přeprava pod cenou), Hamanaka (2008, RPM), Adidas Japan (2012, RPM)
28	Kolektivní bojkoty malých obchodů v posledních 5 letech	NE	NE	NE	NE
28.1	Relevantní judikatura v posledních 5 letech	NE	NE	NE	NE
29	Potrestání řetězců malými dodavateli	NE	NE (několik demonstrací)	NE	NE
	Porušení soutěžního práva	NE	NE	NE	ANO
	Další právní prostředky pro boj s takovými praktikami	NE	NE	NE	NE
29.1	Relevantní judikatura v posledních 5 letech	NE	Vaječný kartel – producenti založili společný podnik (joint venture) za účelem společného navyšování cen	NE	NE
30	Dohody velkých obchodů o omezení soutěže v cenách	NE	ANO	NE	NE
30.1	Relevantní judikatura v posledních 5 letech	NE	Melounový Kartel (rozhodnutí ministerstva, určení cen, případ ukončen z důvodu nové výjimky ze soutěžního práva)	NE	NE
31	Trestné hrubé vysoké ceny	NE	ANO	-	ANO

Nizozemsko	Rumunsko	Švýcarsko	Česká republika*	USA	
NE	NE	NE	NE	NE	26.1
NE	ANO	NE (nikoli per se, pouze v případě dominantního postavení, potom rule-of-reason)	ANO	NE (ANO z hlediska rule-of-reason)	27
NE	ANO	NE (pouze pokud je užito jako výhružka)	ANO	NE (ANO z hlediska rule-of-reason)	
ANO	ANO	ANO	ANO – v ZVTS	ANO (probíhá případ Leegin – překonán zákaz per se)	
NE	NE	NE	NE	Leegin	27.1
NE	NE	NE	NE	NE	28
NE	NE	NE	NE	NE	28.1
NE	NE	NE	NE	NE	29
ANO (v případě překonání de minimis prahu)	ANO (posuzování případ od případu)	NE	ANO (možné porušení obecného soutěžního práva, společně mohou vytvořit tržní sílu)	ANO (možné z hlediska rule-of-reason)	
NE	NE	NE	NE	Kolektivní žaloby společnosti	
NE	NE	NE	NE	NE	29.1
NE	NE	NE	NE	NE	30
NE	NE	NE	NE	NE	30.1
ANO (jako zneužití dominantního postavení)	ANO (jako zneužití dominantního postavení)	ANO (jako zneužití dominantního postavení nebo v režimu zákona o dohledu nad cenami)	ANO	ANO (z hlediska rule-of-reason)	31

		Velká Británie	Maďarsko	Itálie	Japonsko
31.1	Standard ke zjištění vysoké ceny	NE	Srovnání nákladů a účtovaných cen	NE	Žádný zvláštní standard
	Relevantní judikatura za posledních 5 let	NE	NE	NE	NE
32	Efekt vodního lůžka	NE	NE	NE	NE
32.1	Relevantní judikatura za posledních 5 let	NE	NE	NE	NE
33	Obecné regulace struktury a chování mimo soutěžní právo	NE	Obchodní zákon – významná tržní síla	Regulace územního plánování, udělování autorizací	NE
	Specifická sektorová regulace	Skotsko – minimální ceny alkoholu, ochrana spotřebitele v rámci nařízení o nekalém obchodování	UDPA – nespravedlivá distribuce v zemědělství	NE	Velké obchodní řetězce pro zachování životního prostředí
34	Omezení rámce soutěže v sektoru	NE	NE	NE	NE
	Specifická omezení pro velké řetězce v závislosti na struktuře	NE	NE	NE	NE
35	Specifická regulace aplikovaná na internetové obchody	NE	NE	NE	ANO – zákon o speciálních obchodních transakcích
36	Zákaz dalšího prodeje pod cenou, de-listingu, RPM ve zvláštních zákonech	NE	ANO (pře prodej pod cenou, de-listing v rámci obchodního zákona a UDPA)	NE (existuje mnoho pravidel soutěže, RPM je jedno z nich)	NE
37	Předcházení (omezení) předávání slev	NE	NE	NE	ANO – zákon proti pozdním platbám při subdodávkách
38	Výrobky pod správnou kontrolou cen	NE	NE	NE	ANO – rýže, ječmen, pšenice, mléko, maslo, maso, cukr
	Důvody pro takovou regulaci	NE	NE	NE	Stabilizace nabídky
Regulace velkých potravinových řetězců a vertikální vztahy - 39	Pravidelné kontroly cen, periodičita	NE	NE	NE	NE
	Soutěžní úřad dává stanovisko	NE	NE	NE	NE
40	Regulace vztahů mezi velkými potravinovými řetězci a těmi malými	ANO – etický kodex dodavatelů potravin (GSCOP)	ANO – zneužití významné tržní síly (obchodní zákon), ale od roku 2012 pouze nepotravinářské produkty, nekalé praktiky (UDPA)	NE	ANO – zákon proti pozdním platbám při subdodávkách
	Rozsah regulace	Obecný	Obecný	NE	Pouze subdodavatelé
	Role soutěžního úřadu		Stanoviska	NE	Vyšetřuje a doporučuje nápravná opatření

Nizozemsko	Rumunsko	Švýcarsko	Česká republika*	USA	
Nepřiměřené marže mohou být ukázněm, srovnání s cenami pro dodavatele	Cenové úrovně srovnávány s výrobními náklady	Kritéria: vývoj cen, nutnost dosažení přijatelných zisků, vývoj nákladů, inovace a přijetí rizika, zvláštní podmínky na relevantním trhu	NE	Případ od případu	
Hudební práva (odmítnut), Přístavní poplatky (odmítnuto)	Národní poštovní společnost (2010, sledována vinnou), Národní distribuce plynu (2012, závazky)	NE	NE	California ex. Rel. Lockyer v. The Vons Companies, Inc.	31.1
NE	NE	NE	NE	NE	32
NE	NE	NE	NE	NE	32.1
Zákon o otevíracích dobách	Narizení vlády o prodeji výrobků a tržních službách	NE	ANO – zákon o cenách	ANO – obchodní a pracovní regulace	33
NE (pouze dvě kolektivní smlouvy)	Zákon č. 321/2009 o prodeji potravinových produktů	Ochranná pravidla v zemědělském sektoru, technické překážky obchodu	Zákon o potravinových a tabákových výrobcích	ANO – regulace bezpečnosti a hygieny potravin	
NE	NE	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE	NE	34
NE	NE	NE	NE	Mnoho z nich osvobozeno od státních daní z prodeje	35
NE	ANO - přeprdej pod cenou (narizení vlády, 321/2009), de-listing (321/2009)	NE	NE	NE	36
NE	NE	NE	NE	NE	37
NE	NE	NE	NE	NE	38
NE	NE	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE	NE	
NE (předmět obecného smluvního práva)	NE	NE (pouze obecný smluvní kodex)	ANO (ZVTS)	NE	Regulace velkých potravinových řetězců a vertikální vztahy - 39
NE	NE	NE	Obecný	NE	
NE	Možné nezávazné souhlasy	Doporučení	Dohled, vyšetřování, ukládání povinností	NE	40

		Velká Británie	Maďarsko	Itálie	Japonsko
41	Rozsah působnosti	NE	ANO (vyvážená vyjednávací pozice - UDPA)	NE	ANO
	Spravedlivost transakcí	NE	ANO (praktiky poctivého trhu – obchodní zákon)	NE	ANO
	Soudní interpretace	NE	NE	NE	NE
42	Drobní farmáři vyňati z působnosti soutěžního práva	Možné asociace producentů	Blokové nebo individuální výjimky v režimu čl. 101 SFEU, zákon o mezioborových organizacích)	Unijní výjimky	ANO – družstva (ale bez nekalých praktik a významného omezení soutěže)
	Zákaz vyjednávacích praktik velkých řetězců per se	NE	Doložka zpětné koupě, požadování příspěvků na slevy řetězců, přenos odpovědnosti, pozdní platby, bonusy za včasné platby, vyloučení úroku, prodej pod cenou atd.	NE	Nespravedlivé vracení zboží, redukce cen, smlouvy o komisním prodeji, přidělování práce, potvrzení ekonomických výhod, znevýhodňující zacházení jako odpověď na odmítnutí žádosti nebo oznámení JFTC, nucení dodavatelů k nižším cenám, nátlak ke koupi, odmítnutí přijetí objednaného zboží
43	Instituce pro implementaci	NE	NĚBIH – Národní úřad pro bezpečnost potravinových řetězců	NE	JFTC
	Množství judikatury	NE	Omezené	NE	Nezodpovězeno
Budoucnost - 44	Doporučené legislativní změny	Není potřeba dalších zvláštních pravidel, GSCOP je dostačující jako zvláštní zákon	Sloučit obchodní zákon a UDPA do jednoho zákona, zbytečně přehnaná regulace v UDPA, kromě farmářů žádní další soutěžitelé s výjimkou z mezioborového zákona, zvláštní hranice pro fúze na potravinářském trhu	Nejsou třeba další legislativní změny, možná aby členové řetězců byli považováni za nezávislé jednotky, potřebná změna v restriktivních pravidlech pro územní plánování a udělování autorizací, povinné etické kodexy	Nezodpovězeno

Nizozemsko	Rumunsko	Švýcarsko	Česká republika*	USA	
NE	ANO	NE	NE	NE	41
NE	ANO	NE	NE	NE	
NE	NE	NE	NE	NE	
ANO – v režimu de minimis výjimek	NE (ANO, pokud rovněž působí na maloobchodním trhu, jsou výňaty z působnosti nařízení vlády)	NE	NE	ANO (Caper-Volsteadův zákon – zemědělská družstva mají omezenou imunitu)	42
NE	Požadavek na dodavatele, aby platili za služby, které nejsou přímo spojeny s prodejem, platby za rozšíření maloobchodní sítě, prodejní prostor nebo zvýhodnění maloobchodu, pozdní platby (pro specifické zboží)	NE	Platby bez vazby na obchodní služby, náhlé přerušení bez předchozího oznámení, odmítnutí nebo vrácení zboží, odmítnutí umístění firmy nebo značky dodavatele na výrobek, atd. (ZVTS)	NE	43
NE	Parlament	NE	ÚOHS	NE	
NE	Nezodpovězeno	NE	NE	NE	
Žádné legislativní změny nejsou potřeba, nekvalitním praktikám by se mělo věnovat více pozornosti (seberegulace prostřednictvím etického kodexu jako dobrý nápad)	RCC by měla vydat směrnice týkající se poplatků za umístění zboží v regálu, doložek o nejnižší ceně a kupní a vyjednávací síly	Mělo by se posoudit Zelená kniha Evropské komise o obchodních praktikách a, bude-li to nutné, mělo by se jí řídit	ZVTS – vážní termíny, obtížná interpretace, široký prostor pro uvážení ÚOHS, selhání v ochraně dodavatelů, kolize s jinou legislativou – potřeba úpravy formulací, nahrazení nebo úplné zrušení	Omezené legislativní změny v potravinářském sektoru nejsou dobrý nápad, ochrana farmářů by měla být buď rozšířena po vertikálních úrovních produkce potravin, nebo úplně odstraněna, aby bylo dosaženo rovnováhy	Budoucnost - 44

* Jednotlivé odpovědi u ČR uvedeny pouze orientačně a ve velmi zkrácené podobě (zpracovány dle právního stavu v r. 2013 - vztahují se k verzi ZVTS z r. 2009). Podrobná analýza následuje v sub. 7.3 a násl.

7.3 Česká úprava významné tržní síly

7.3.1 Ochranný účel zákona o významné tržní síle

V naší odborné diskusi se již léta vedl spor o fenoménu tzv. významné tržní síly, která sice nedosahuje intenzity dominance, ale je s to vychýlit jakousi ideální rovnováhu v obchodních vztazích mezi partnery⁸⁰⁵. Nemyslí se přitom na nerovnováhu strukturálně založenou, která nachází odraz typicky v regulaci zákazu zneužití dominantního postavení a ochrany spotřebitele, nýbrž spíše na konkrétní mocensky nevyvážený poměr, který může být silnější stranou nejen využit, ale i zneužit.

Předchozí text alespoň zčásti dokumentoval šíři a hloubku úvah právníků a ekonomů o zneužití zejména kupní síly (*buying power*) a ukázal i různorodé reakce legislativy. Zejména v oblasti distribuce zemědělských a potravinářských výrobků,⁸⁰⁶ která se kvůli změněným nákupním požadavkům a zvyklostem spotřebitelů⁸⁰⁷ v poslední době velmi koncentrovala, se problém mocenského nepoměru v neprospěch zemědělských a potravinářských výrobců zdá být obzvláště naléhavý.

Svůj vliv má nepochybně také dobře organizovaná zemědělsko-potravinářská lobby. Prvoplánová účelovost vyžadovaných opatření nebere vždy v úvahu obecnější zájmy a hodnoty a mnohdy se nenechá mást ani požadavky na srozumitelnost a jasnost právní regulace a na její konzistentnost. Konceptně problematická nebo přímo zmatečná úprava se ovšem nedá

⁸⁰⁵ Srov. např. BEJČEK, 2000, op. cit., s. 9 a násl.; BEJČEK, 2012, op. cit., s. 15 a násl.; BEJČEK, J. Tržní síla prostá a tzv. tržní síla významná. *Antitrust*. 2014, č. 4, s. 120–129 (na tomto dílím výstupu grantového úkolu je založena podstatná část této kapitoly); PETR, 2008, op. cit., s. 14; PETR, 2007, op. cit., s. 5; PELIKÁN, 2009, op. cit., s. 34; DRBAL, A. Z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. *Antitrust*. 2013, č. 4, s. 142 a násl.; CSACH, 2012, op. cit.; HANSLIANOVÁ, B.; POKORNÁ, A. Institut významné tržní síly dle zákona o významné tržní síle. *Informační list ÚOHS*. 2013, č. 2, s. 9 a násl.; SLANINA, J.; ŠKRABAL, M. Nedostatků v aplikační praxi zákona o významné tržní síle. *Antitrust*. 2014, č. 3, s. 111–117.

⁸⁰⁶ Zejména prostřednictvím supermarketů (s obchodní plochou 400–2500 m²) a hypermarketů (s obchodní plochou nad 2500 m²).

⁸⁰⁷ Především hromadné nakupování celého sortimentu pod jednou střechou, tzv. *one-stop-weekly-shopping*.

zachraňovat účelovými arbitrárními a mnohdy vnitřně rozpornými výklady.⁸⁰⁸ Okolnosti přijetí a novelizace, legislativně technickou úroveň, výklad a realizaci českého zákona č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských výrobků a jejím zneužití („ZVTS 2009“) evidentně ovlivňují zájmové a mocenské vlivy, jimž ustupují pravidla minimalizace intervence a požadavky na systémová řešení.

ZVTS 2009 se pustil na nebezpečné pole *zákonných definic* pro vlastní účely, které navíc připouštějí různé výklady. Soudní kontrola výkladů správního orgánu zatím u nás příležitost nedostala, takže lze argumentovat jen hypoteticky a abstraktně.

Významná tržní síla se v § 3 odst. 2 ZVTS 2009 vymezovala jako závislé postavení dodavatele vůči odběrateli na trhu vymezených komodit, které vzniklo v důsledku situace na trhu – tedy spontánně. „Významná“ v obecném slova smyslu samozřejmě může tržní síla být i v opačném poměru, tedy ve smyslu závislosti odběratele na dodavateli, ale tento případ definičně do zákonného pojmu nespadá.⁸⁰⁹ Kdyby vznikla závislost odběratele na dodavateli v důsledku protiprávního jednání odběratele či odběratelů (zneužití dominance, zakázaná dohoda omezující soutěž), byla by situace řešitelná postupem podle zákona o ochraně hospodářské soutěže (ZOHS). Podle ZVTS 2009 může tedy mít významnou tržní sílu jen odběratel, pokud si v důsledku trhem ustavených poměrů může vynutit jednostranně výhodné obchodní podmínky.⁸¹⁰

Argumenty gramatického výkladu, dovozující z použití singuláru („dodavatel“, „odběratel“) relační poměr mezi nimi, tedy že významná tržní síla

⁸⁰⁸ Na mysl přichází v podobných případech jeden roztomilý dětský postřeh z Carrollovy Alice in Wonderland and Through the Looking Glass. Humpty Dumpty pravil, že když používá slovo, tak znamená jen to, co on si vybere, aby znamenalo, nic víc, nic méně. Alenka opáčila, jestli lze přinutit slova, aby znamenala tolik různých věcí. Srov. CARROLL, L. *Through the Looking Glass*. Sabian [online]. [cit. 16. 2. 2016]. Dostupné na: http://sabian.org/looking_glass6.php.

⁸⁰⁹ Novela ZVTS schválená na sklonku roku 2015 to zamýšlela změnit, ovšem nakonec návrhovatel (ÚOHS) změnu stáhnul a nedokázal vysvětlit důvody; spekuluje se o mocenském a zájmovém pozadí tohoto stažení, jež svědčí silným dodavatelům v oboru zemědělství a potravinářství.

⁸¹⁰ Pojem obchodních podmínek je evidentně použit v širším pojetí nežli „nepřímé smluvní ujednání“; jde tedy o „jednostranné“ výhodný poměr práv a povinností stran ve prospěch odběratele bez jejich nutného zakotvení v institucionalizovaných obchodních podmínkách ve smyslu § 1751 ObčZ.

se uplatňuje ve vztahu dvou *konkrétních* partnerů, a nikoliv ve vztahu odběratele vůči *skupině partnerů*, kteří jsou na něm závislí „jako celek“, byly vyřčeny a popírány v citovaných pramenech⁸¹¹ a není nutno je opakovat. Ovšem i v přílohách k ZVTS 2009 č. 1-5 se singulár vícekrát opakuje, což hovoří ve prospěch relativního konceptu ekonomické závislosti mezi konkrétním dodavatelem a konkrétním odběratelem. Použití tzv. objektivního konceptu, který se ÚOHS rozhodl zastávat, se vlastně rovná výkladovému rozšíření osobní působnosti *veřejnoprávní* normy, což může být přinejmenším napadnutelné i z hlediska ústavnosti⁸¹² a patrně i z hlediska souladu s evropským právem.⁸¹³ S přijetím tzv. absolutní koncepce je spojen i závažný důsledek změny *cíle* zákona. Ona se totiž tato objektivní koncepce prosadila z pragmatických důvodů až později (protože by aplikace relativního konceptu byla obtížná, resp. by snížila, až vůbec vyloučila použitelnost ZVTS 2009) a původně se uvažovalo v intencích koncepce relativní. Bez jakékoliv formální změny zákona se *de facto* a pouze výkladově rozšířil jeho osobní záběr a změnil se vlastně *ex post* i jeho cíl.

Z textu zákona lze totiž dovodit, že má veřejnoprávními prostředky zajistit obsahovou kontrolu správnosti vztahů mezi *konkrétními* subjekty v asymetrickém vyjednávacím postavení. Tzv. absolutní koncepce významné tržní síly ovšem přisuzuje takový status každému odběrateli, který má sice schopnost vynutit jednostranné obchodní podmínky jen vůči některým dodavatelům, ale podle tohoto výkladu má významnou tržní sílu vůči všem dodavatelům, a to třeba i dominantům.⁸¹⁴

Použití ZVTS 2009 by tedy vlastně mělo zajistit i to, aby subjektu se skutečnou tržní mocí (dominancí) na nabídkové straně nemohly být vnuceny

⁸¹¹ Viz výše cit. práce SLANINA; ŠKRABAL, op. cit.; DRBAL, op. cit.; HANSLIÁNOVÁ; POKORNÁ, op. cit.

⁸¹² Podle čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod je možno uplatňovat státní moc jen v případech a mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví.

⁸¹³ S tzv. konvergenční klauzulí - čl. 3 odst. 2 nařízení Rady (ES) č. 1/2003, blíže viz kapitola 9, 7. 2.

⁸¹⁴ Na Svatomartinské konferenci pořádané ÚOHS 12. listopadu 2014 dokonce zazněl názor jednoho vedoucího pracovníka Úřadu, že významnou tržní sílu má odběratel s obratem 5 mld Kč a více vůči *všem* dodavatelům, a že ani velký dodavatel s obratem nad 5 mld Kč (typu CocaCola či Prazdroj) není schopen vynutit si na odběrateli jiné podmínky než malý dodavatel. Jde tedy o velmi extenzivní výklad pojmu významné tržní síly, kterou by vlastně měl mít i poprávkový subdominant vůči nabídkovému dominantovi.

nevýhodné podmínky někým, kdo sice tržní moc nemá, ale má tzv. významnou tržní sílu. To je ovšem vnitřně rozporné a popírá to nejen funkci tržní autoregulace, ale i smysl a funkci zákona, ať už ji chápeme jakkoliv.

Nabízejí se nejméně *čtyři výkladové varianty* ochranného účelu zákona:

- *Varianta 1:* je-li smyslem ochrana slabší strany a dominant na straně nabídky má od kupujícího se statusem nositele významné tržní síly stejně „nevýhodné“ podmínky jako subdominantní prodávající, pak je nejasné, v čem vlastně spočívá nevýhodnost podmínek. Pokud by dominant měl být v pozici slabší strany stejně jako subdominanti jen proto, že na druhé straně vystupuje kupující s tzv. významnou tržní silou, popírá to rozumnost zákona o významné tržní síle a neladí to ani se ZOHS.
- *Varianta 2:* má-li se chránit „férová soutěž“, pak ovšem nespočívá ve stejných či podobných obchodních podmínkách poskytovaných nediskriminačně všem dodavatelům žádná neférovost. Naopak by se dalo argumentovat tak, že tkví naopak případná neférovost v tom, že větší partner na straně dodávky nemá výhodnější podmínky ve srovnání s menšími dodavateli kvůli úsporám z měřítka.

Samotná poctivost obsahu obchodních ujednání a podmínek se musí posuzovat podle smluvního práva, podle soukromoprávních zásad a podle práva na ochranu proti nekalé soutěži v každém jednotlivém případě, a ne podle hrubých a všeobecných nástrojů práva veřejného. Akceptuje se, že tento přístup je založen spíše na hodnotách a někdy má slabé nebo nemá vůbec žádné ekonomické odůvodnění, takže hodnocení může vyvěrat spíše z ideologie nežli z ekonomie.⁸¹⁵

- *Varianta 3:* jestli se má chránit soutěž existenčně, nepřipadá vůči subdominantovi na poptávkové straně v úvahu použití ZOHS, neboť nedisponuje strukturální tržní mocí, pomocí níž by byl s to ohrožit, zkeslit či vyloučit hospodářskou soutěž v existenčním smyslu.

⁸¹⁵ Srov. LAO, M. Ideology Matters in the Antitrust Debate. *Antitrust Law Journal*. 2014, Vol. 79, Issue 2, s. 666. Protože „samotný proces soutěže se pokládá za důležitý kvůli své tendenci zvýšit soutěžní příležitosti pro začínající a méně etablované podniky (tamtéž, s. 677), je dokonce i volba mezi ostrou soutěží a tvrdým vyjednáváním na jedné straně, a morálním odsudkem nepoctivého chování na druhé straně hodnotově podmíněna a jde více či méně o záležitost víry (přesvědčení) nežli racionálních argumentů. Proto má politika přednost a „upřímná výměna názorů o tom, na jakých hodnotách by mělo záležet,“ by měla dostat přednost před diskusí o „ekonomických teoriích jakožto náhradě diskuse“ (srov. tamtéž, s. 685).

Je pak nejasné, jaký právně politický účel sleduje ZVTS, a vracíme se bludným kruhem k variantám 1 a 2, které uspokojivou odpověď neposkytují.

- *Varianta 4:* pokrytectví při stanovení nebo připuštění regulačního cíle. Jde ve skutečnosti o redistributivní záměr v rámci vertikálního řetězce v potravinářském maloobchodním sektoru, tedy o „bitvu egoismů“ ve prospěch dobře reprezentovaného skupinového egoismu dodavatelů. Jakkoliv jde samozřejmě o legitimní politický cíl, neměl by se zastírat a skrývat pod maskou ochrany soutěže nebo efektivity.

Smluvní právo má samo dost potíží při hodnocení „(ne)poctivosti“ plynoucí z přirozené (ovšem podezřelé) nerovnosti vyjednávací síly a ve skutečnosti není s to vypořádat se uspokojivě s rozhodováním o tom, co je a není vlastně fér, zejména pokud jde o substantivní spravedlnost.⁸¹⁶

Pokud se budou chránit jisté podniky spíše než soutěž, bude to podle pravidel založených na různých standardech zacházení jen kvůli velkému množství podniků. To je velmi sporné již u dominantních podniků,⁸¹⁷ a tím spíše u subdominantních podniků se silnější vyjednávací pozicí. *Ex post* soudní nebo administrativní rozlišování mezi smlouvami, jež „jsou výsledkem ‚pouhého ekonomického tlaku‘ a smlouvami, jež jsou důsledkem neférového vykořisťování“⁸¹⁸ by přineslo právní nejistotu, narušování smluvní svobody a autonomie stran a protichůdný (redistributivní) sociální cíl.

7.3.2 Možné překryvy tzv. významné tržní síly s jiným tržně pozičním statusem

Významná tržní síla se v obecném vymezení zákona může překrývat s jinými pozicemi a charakteristikami, jako jsou zejména tržní moc, ekonomická závislost, kupní síla, vyjednávací síla, hospodářské postavení či obchodní poctivost (férová soutěž). Tyto nejasné polysémy byly již rozebírány v úvodních kapitolách. Významná tržní síla není jen totéž, co tržní moc, ale ani ony jiné výše uvedené charakteristiky.

⁸¹⁶ Srov. AKMAN, P. *The Concept of Abuse in EU Competition Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2012, s. 166 a násled.

⁸¹⁷ Tamtéž, s. 169.

⁸¹⁸ Tamtéž, s. 170. Takové pokusy posuzovat chování trhu podle etiky soudních síní na újmou ekonomického tlaku (Eastbrookův názor cit. tamtéž, s. 183) přirozeně oslabuje roli smlouvy a tržní autoregulace.

Mocenské pozice obchodních jsou podmíněny řadou okolností. Ty se buď nedají spočítat vůbec, nebo je lze jen velmi obtížně odhadovat. Strany mohou mít odlišnou „hrubou“ (a jakžtakž měřitelnou) obecnou ekonomickou sílu (např. zisk, obrat, či celková aktiva). Mohou se lišit v přístupu k informacím a v jejich pochopení (informační symetrie či asymetrie); ve své kvalifikaci a odbornosti; v tom, zda jeden potřebuje druhého více než naopak; v sebevědomí; v akceptaci rizika,⁸¹⁹ apod.

Poptávková moc (kupní síla) může být objektivní – tzv. tržní moc na straně poptávky (*stricto sensu*). Zjišťuje se za pomoci objektivizovaných ukazatelů⁸²⁰ na určitém relevantním trhu jako takovém, bez ohledu na konkrétního partnera. Poptávková moc na straně velkých distributorů vede až k pozici hlídačů vstupu na trh (*gatekeepers*), k nimž neexistuje plnohodnotná alternativa. Závislost výrobců na nich se zvyšuje i tím, že distributoři mají popracován účinný systém logistiky, balení, dopravy a navíc prodávají stále více produktů pod vlastními obchodními značkami,⁸²¹ což vedle úspor z rozsahu a vysokých nákladů na změnu distributorského partnera (existuje-li vůbec taková možnost) posiluje závislost výrobců na konkrétních distribučních kanálech.⁸²²

Kupní síla - na rozdíl od tržní moci prodejce – nemusí nezbytně zmenšit spotřebitelský blahobyt, protože může vést ke snížení cen na vstupu. Čelí-li kupující ostré konkurenci na podřazeném (následném, *downstream*) trhu, mohou tyto výhody přenést na spotřebitele.

Praktickou aproximací na úrovni Evropské komise se dospělo k závěru, že poptávková moc kupujícího existuje v případě, že by jeho výpadek znamenal pro výrobce (dodavatele) ztrátu více než 22% jeho obratu.⁸²³

⁸¹⁹ Opatrnější partner může být v konkrétním kontextu tou slabší stranou ve styku s rizikomilovným „hráčem“, byť tomu nemusí odpovídat čistě ekonomická hlediska.

⁸²⁰ Srov. § 10 ZOHS.

⁸²¹ K tomu srov. MÖSCHEL, 2014, op. cit., s. 29 a násl. Upozorňuje mj. na skutečnost, že někdy výrobky prodávané pod vlastní značkou obchodníky vyrábí též producent, který je prodává jako původní značkový výrobek. Nicméně distributor zboží pod privátní značkou zůstane stále distributorem, a výrobce značkového zboží zůstane výrobcem, a ne distributorem zboží, jež prodává.

⁸²² Srov. obecně Hauptgutachten 2010/2011, op. cit., s. 369 a násl.

⁸²³ Srov. HAUCAP, J.; HEIMESHOF, U.; KLEIN, G. J.; RICKERT, D.; WEY, Ch. Die Bestimmung von Nachfragemacht im Lebensmittel Einzelhandel: Theoretische Grundlagen und empirischer Nachweis. *WuW*. 2014, no. 10, s. 955–956.

To se ovšem musí zkoumat konkrétně a relativně, tedy ve vztahu ke konkrétnímu dodavateli, a nikoliv v absolutním pojetí, jak se výkladově prosazuje u identifikace významné tržní síly.

Širší je pojem *vyjednávací síly* – ten je možno rozumně použít i v konkrétní situaci mezi dvěma či více partnery, z nichž nikdo nemusí mít dominantní postavení (objektivní tržní moc). Vyjednávací síla je spíše tušený a intuitivně a kontextuálně extrapolovaný pojem, nežli jasně měřítko obsahu a podstaty vztahů mezi stranami; na existenci vyjednávací moci se dá usuzovat ze symptomů, jako je vysoký stupeň nezbytnosti domluvit se s druhým partnerem (resp. neexistence rozumné alternativy) nebo nemožnost sjednat nebo změnit navržené smluvní podmínky.⁸²⁴

Vyjednávací síla je pouhou potencialitou, která nemusí být ve skutečnosti naplněna žádným závadným obsahem. Silnější obchodníci pouze jsou s to vyjednat si větší individuální slevy nebo jiné výhodnější podmínky nežli slabší hráči.⁸²⁵

Přítomnost násilí zkreslujícího vůli druhé strany nebo vyřazujícího ji úplně je možná i mimo výše uvedené potenciální mocenské konstelace a je spojena se soukromoprávními následky kvůli porušení zásady autonomie vůle (ev. dobrých mravů a poctivosti), jakož i s veřejnoprávními (správněprávními, trestněprávními) následky v případě dotčení důležitých společenských zájmů.

Mezi poptávkovou mocí a vyjednávací silou není jednoznačná závislost. Poptávkovou moc neurčuje jen velikost kupujícího. Relativně velkou vyjednávací sílu mohou mít i menší obchodníci, pokud spotřebitelé v jejich spádové oblasti nemají atraktivní nákupní alternativy.⁸²⁶

Právní úprava chování subjektů nacházejících se v potenciálně mocensky asymetrické vyjednávací situaci se nutně ocitá na „tenkém ledě“ především kvůli vágnosti kritérií zásahu a kvůli možné arbitrárnosti intervencí a možnému popírání smluvní autonomie, ochrany vlastnických práv a tržní autoregulace prostřednictvím konkurenčního boje.

⁸²⁴ Podobně BARNHIZER, D. D. Inequality of Bargaining Power. *University of Colorado Law Review*. 2004, vol. 76, s. 63 - 64.

⁸²⁵ Srov. NIELS; JENKINS; KAVANAGH, op. cit., s. 166.

⁸²⁶ Srov. HAUCAP a kol., op. cit., s. 947.

To je i případ ZVTS, který míří na vyjednávací sílu, aniž je ovšem vykládána ve smyslu relativní ekonomické závislosti konkrétních partnerů, ale naopak se výkladově posouvá ke statusovému objektivnímu hledisku (kvazidominance, kvalifikovaná subdominance). K tomu přistupuje asymetrie informační – dodavatelé jsou totiž pro odběratele ekonomicky a technologicky docela transparentní, což v opačném směru neplatí. Transakční náklady na změnu dodavatele jsou přitom nepatrné, zpravidla na rozdíl od nákladů výrobce či dodavatele na změnu distribučního kanálu.

Vyjednávací síla je dána v zásadě souhrou tří faktorů:⁸²⁷ vnějších možností kupujícího, vnějších možností prodávajícího a účinnosti vyjednávání. Ten poslední faktor může výrazně ovlivnit výsledek při jinak stejných vnějších možnostech stran.

Dříve i u nás propagovaný pojem „*ekonomické závislosti*“ se v ZVTS neobjevuje a ÚOHS jej odmítá i v Důvodové zprávě k novele i v odůvodněních rozhodnutí. Jde o konkrétní relativní vztah, který však není předurčen ani sektorově (potravinářství a zemědělství), ani strukturálně (omezení jen na dodavatele), ani absolutními údaji o obratu či relativními údaji o tržním podílu.

Zcela konkrétní a vztahová ekonomická závislost formuje nevyvážený smluvní vztah více než vyjednávací síla nebo poptávková (kupní) síla. V konkrétním případě nemusí být odběratel ekonomicky závislý ani na partnerovi v dominantním postavení, a v jiném případě může být jiný odběratel ekonomicky závislý i na partnerovi subdominantním. Proto by bylo vhodné „ekonomickou závislost“ zjišťovat a zkoumat, nicméně je to pracné a důkazně náročné, takže to ÚOHS motivovalo k výkladovému odklonu od původního postoje.

Koncept ekonomické závislosti by (podobně jako pojmy „dobrých mravů“ nebo „dobrých mravů soutěže“, „poctivého obchodního styku“, apod.), poskytoval možnost pro veřejnoprávní vymáhání férovosti v obchodních smlouvách tam, kde by soukromoprávní ochrana nebyla reálně vynutitelná.

Přijaté výkladové stanovisko „objektivní“, jež dosud převládá,⁸²⁸ vychází z toho, že významnou tržní silou jedna strana (u nás podle zákona zatím jen odběratel) disponuje na základě zákonem stanovených kritérií, což znamená,

⁸²⁷ Srov. OECD Policy Roundtables, 2009, op. cit., s. 39–42.

⁸²⁸ Srov. DRBAL, op. cit., s. 142; HANSLIANOVÁ; POKORNÁ, op. cit., s. 9 a násl.

že pokud odběratelova tržní síla je typově na základě zákona ohodnocena jako „významná“, ZVTS se použije na všechny obchodní vztahy mezi tímto odběratelem a všemi jeho dodavateli.

7.3.3 Kvalifikovaná subdominance

Podstatou objektivizujícího konceptu významné tržní síly je právě skutečnost, že odběratel má takové postavení na trhu, v němž *obecně* pro dodavatele představuje významný distribuční kanál pro dodávku jejich výrobků spotřebitelům, a tohoto postavení by mohl zneužít. Dá se tedy použít termín „*kvalifikovaná subdominance*“.

Přitom nejde o jediné možné řešení. Z přehledu zahraničních právních úprav podaného výše je zřejmé, že zvláštní pravidla pro nedominantní soutěžitele vycházejí zpravidla buď z jejich tržní (kupní) síly (což činí i český ZVTS 2009) nebo z tzv. ekonomické závislosti jiných soutěžitelů na nich.⁸²⁹

Český zákonodárce přijal zdánlivě jasnější a kasuistickou úpravu v ZVTS 2009, jejíž ekonomické zdůvodnění ovšem není o nic přesnější, nežli by bylo u ekonomické závislosti. Obrátové kritérium 5 mld Kč na straně odběratele⁸³⁰ je jen vyvratitelnou domněnkou a jen jedním z fakultativních indikátorů⁸³¹ existence významné tržní síly.

Základní bude rozhodnutí ÚOHS o tom, zda odběratel má či nemá významnou tržní sílu; nedosažení obrátové hranice není zárukou, že se nebude intervenovat a naopak, i překročení této hranice závěr o existenci významné tržní síly nepředjímá. Jednání uvedená v přílohách ZVTS nejsou zakázána *per se*, ale jen subjektům, o nichž se pravomocně konstatuje, že významnou tržní sílu mají.

ZVTS 2009 zavedl implicitně pojem *subdominanta existenčně obrožujícího soutěže*. Tato *protiimluvná kategorie* po novelizaci ZVTS přestala existovat, protože by zneužití významné tržní síly už nemuselo existenčně ohrozit podstatným způsobem soutěž.

⁸²⁹ Srov. POKORNÁ, op. cit., s. 7. Vzorová „nespecifická“ právní úprava, která není zaměřena speciálně na subdominantní soutěžitele, se uplatňuje např. Německu v rámci obecného zákona o ochraně soutěže, jak vyplynulo z předchozího výkladu.

⁸³⁰ Srov. § 3 odst. 3 ZVTS.

⁸³¹ Srov. HANSLIANOVÁ, POKORNÁ, op. cit., s. 12.

Žádný ze tří největších obchodních řetězců nedosahuje podle Důvodové zprávy k novele ZVTS ani 12% podílu na relevantním trhu maloobchodního prodeje potravin a společný podíl osmi největších distribučních řetězců se blíží 63%.⁸³² Je zřejmé, že nikdo z těchto podnikatelů nemá tržní moc, s jejíž pomocí by mohl ohrozit soutěž, a na niž by platilo judikatorní pravidlo o *zvláštní odpovědnosti dominanta*. Trh v této struktuře je velmi soutěžní, byť je veden skupinou relativně silnějších subjektů.⁸³³

Po novele tedy existuje kategorie subdominantů (bez tržní moci *stricto sensu*), kteří by nemuseli (jako že ani dříve nemohli) existenčně ohrozit soutěž, ale přesto ponесou „*zvláštní subdominantní veřejnoprávní odpovědnost*“; nikoliv ovšem kvůli soutěžnímu prostředí, ale za „*poctivost*“ v jednání s partnery. ZVTS tedy i po novele paradoxně předepisuje nositelům významné tržní síly takové obsahové parametry smluvních ujednání, které se obecně vzato nevyžadují ani po soutěžiteli v dominantním postavení.

Dílčím kladem původního Návrhu bylo formální odstranění „statusotvorné“ pozice v konkrétním vztahu (dodavatel nebo odběratel); do konečné podoby novely se však tato změna z vlastní vůle navrhovatele neprosadila a zákon nadále chrání jen údajně slabší dodavatele před údajně silnějšími odběrateli, ale analogické mocenské konstelace v opačném poměru jsou mimo jeho působnost.

Problém je i selektivní oborová příslušnost „postíženého“ silnějšího obchodního partnera (nákupčí zemědělských a potravinářských výrobků). Mimo tento obor by asi platila jen obecná a („nadoborová“) soukromoprávní ochrana slabší strany v režimu § 433 občanského zákoníku.

Silné odběratele není možno automaticky pokládat za škůdce spotřebitelů. Jsou mnohdy účinnou protiváhou dodavatelům a mohou svým tlakem na ně zvyšovat spotřebitelský blahobyt. Prospěšné a soutěžněprávně nezávadné je to u subdominantních kupujících bez tržní moci *stricto sensu*. Jakékoliv úspěšné vyjednávání o slevě z ceny znamená, že na straně prodávajícího existuje stále prostor ke snížení ceny, z něhož může profitovat spotřebitel.

⁸³² Důvodová zpráva k Návrhu novely ZVTS, s. 13.

⁸³³ Podle informací pracovníků ÚOHS na Svatomartinské konferenci 12. 11. 2014 působilo v té době na českém trhu s potravinami cca 18000 subjektů a již 50. soutěžitel podle velikosti má jen 0,1% podíl na relevantním trhu.

Samozřejmě i u subdominantních odběratelů se může tlak na dodavatele projevit na spotřebitelském blahobytu negativně – hovoří se o tzv. *bumerangovém efektu*. Prodávající může snížit kvalitu, aby kvůli nízké ceně vynucené kupujícími neutrpěl ztrátu při daných nákladech - kupní síla tedy zlevní zboží, ale za cenu zhoršení kvality (zejm. u potravinářských neznačkových produktů).

Erozi kvality usnadňují soukromá označení (obchodní značky), u nichž není záruka kontroly kvality jako u originálního značkového zboží. Tyto problémy však určitě lépe vyřeší interakce nabídky a poptávky na trhu, ev. za dohledu speciálního odvětvového regulátora, nežli ÚOHS v roli jakéhosi „kvalitáře“.⁸³⁴

7.3.4 Jednostranně nevýhodné podmínky

Z hlediska soutěžního je důležitá okolnost, zda se vlivu silnější strany (obchodní transakci) může druhá strana reálně vyhnout (takže pokud se mu vystaví, je to její dobrovolné rozhodnutí), nebo zda je ekonomicky či jinak nucena se mu podrobit. Ještě přesnější dělení je na situace, kdy je v mocenském nepoměru konkrétní strana vůči jiné jednotlivé straně a na případy, kdy je mocensky nadřazena jedna strana celé skupině (všem nebo většině) svých partnerů.

Morální hodnocení obsahu (výhodnosti či nevýhodnosti) podmínek představuje jiný obor uvažování, který ovšem s existenční ochranou soutěže nesovisí, byť může mít vztah k poctivosti (férovosti) soutěže. *Nerovnost je v tržní ekonomice přirozená a nutná* jako zdroj konkurenčního tlaku, boje o výhodu, střetávání motivace a předpoklad možnosti poměřovat výsledky až na trhu.

⁸³⁴ Evropská komise zveřejnila 2. 10. 2013 studii o tom, jak se vyvíjely možnosti spotřebitelského výběru a inovaci na evropském trhu s potravinami v posledním desetiletí. Podle ní se mj. zdá, že na mírně koncentrovaných maloobchodních trzích (což je typický případ českých distributorů) nevede vyšší vyjednávací síla vůči dodavatelům ke snížení spotřebitelského výběru a inovací. Srov. EUROPEAN COMMISSION. Competition: Commission publishes results of retail food study. [online]. [cit. 16. 2. 2016]. Dostupné na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1080_en.htm. Ve studii se mj. konstatuje, že, vyjednávací síla na straně distributorů nemusí nutně mít negativní důsledky ani pro soutěž, ani pro spotřebitele. Koncentrace na straně poptávky je v některých evropských zemích až třikrát vyšší než na straně nabídky, ale existují i případy opačné. Národní soutěžní úřady v šetřeních neprokázaly, že by vytýkané obchodní praktiky distributorů škodily soutěži nebo spotřebitelům. Srov. ITALIANER, A. The Devils in the Retail. *Conference on the study „the economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector.“* Brusel, 2014. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_04_en.pdf.

Odstranění jakékoliv nerovnosti mezi stranami není žádoucí a ani možné; znamenalo by to odstranění hnací síly konkurence a rezignaci na samoregulační možnosti trhu i tam, kde jsou nesporné. Navíc mohou být dodavatelé jen „zaujatým soudcem“ ve vlastní věci – běžně se uznává, že velká poptávková a vyjednávací moc může být sice dodavatelům nepřijemná, ale může tím, že je „drží na uzdě“, v důsledku vést k nižším spotřebitelským cenám⁸³⁵ a ke zlepšování výrobků,⁸³⁶ a prospívat tak spotřebitelskému blahobytu.

Nerovnost mezi stranami ve vztahu dodavatelů (výrobců) na jedné straně a obchodních řetězců na straně druhé se posuzuje vesměs docela mechanicky a jednorozměrně; to však neodpovídá vždy realitě.

Za prvé jsou *distributoři zákazníkům dodavatelů*, kteří by se bez nich nedostali za daných nákladů ke konečnému spotřebiteli. I když toto chápání převažuje, struktura vztahů je složitější.

Za druhé jsou totiž *distributoři* ve vztahu k „dodavatelí“ i v postavení „prodejců“ svého prodejního prostoru, know-how a image (což kompenzují zalistovací poplatky, „regalovné“, příspěvky na reklamu, apod.).

Za třetí jsou *distributoři v pozici konkurentů* vůči svým dodavatelům v případě, že prodávají dodané zboží pod vlastními soukromými značkami.⁸³⁷ *Všechny* tyto aspekty se musí zvažovat při analýzách vyjednávací síly jednotlivě i v kontextu.

Výše jsem dospěl k závěru, že zatímco faktická nerovnost je přirozený stav, fikce rovnosti a korekce nerovnosti pomocí rovnoprávnosti představují stav umělý. Pro řešení situací excesivní *materiální* nerovnosti, která by bránila realizaci práva nebo je neúměrně ztížila, se hodí právo soukromé a jeho korektivy obsahové správnosti vztahu (používá se posouzení podle hledisek dobrých mravů, poctivého obchodního styku, zákazu zneužití práva apod.) nebo výjimečně také právo veřejné (zákaz zneužití tržní moci podle ZOHS, zákaz zneužití hospodářského postavení podle zákona o cenách, některé skutkové podstaty trestných činů).

⁸³⁵ Tak DOBSON; CLARKE; DAVIES; WATERSON, op. cit., s. 38.

⁸³⁶ INDERST, R.; WEY, C. Buyer Power in Distribution. In: COLLINS, W.D. (ed.). *Issues in Competition Law and Policy. ABA Antitrust Section Handbook*. 2008, s. 18.

⁸³⁷ Srov. DOBSON, P. W. Exploiting Buyer Power. Lessons from the British Grocery Trade. *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, s. 538–539.

ZVTS patří právě do této druhé skupiny, a ačkoliv explicitně deklaruje zájem na ochraně hospodářské soutěže na relevantním trhu,⁸³⁸ ve skutečnosti jde spíše o zástěrku skrývající skutečný cíl – *skupinovou ochranu* dodavatelů zemědělských a potravinářských produktů proti všem aktuálním i potenciálním odběratelům, a to bez ohledu na to, že odběratelé *nemají tržní moc*. Jde tedy spíše o *externí ochranu skupinově (zájmově) definované spravedlnosti*.

Fakticky asymetrické smlouvy, jejichž vnitřní dynamika je dána především ekonomickým postavením, hospodářskou silou stran a přístupem k informacím, se samozřejmě nestanou smlouvami *symetrickými obsahově* ani tím, že nebudou obsahovat určitá zakázaná ujednání. Slabší dodavatel jednak nemusí vůbec požádat o obchodní podmínky,⁸³⁹ které by měly být základem obchodního jednání, a z nichž by byly některé neférovosti zřejmé; to by odběratel samozřejmě mohl patřičně „bonifikovat“ ve srovnání s těmi dodavateli, kteří na obchodních podmínkách trvají. Lze též domluvit „bonus“ za to, že dodavatel strpí bez stížností odchylky od sjednaných obchodních podmínek. Lze též nepostižitelně zvýhodňovat povolnější a znevýhodňovat odbojnější dodavatele. Tzv. faktor strachu nezmizí.

Koneckonců, je nemožné plošným administrativním standardem stanovit pevnou hranici mezi ostrou soutěží a zneužívajícím vykořisťovatelským využitím vyjednávací pozice, pokud druhá strana není připravena a ochotna opustit trh a stále má strach z přerušení obchodního vztahu i navzdory tvrdým obchodním podmínkám.

Takový soutěžní tlak z opačné strany trhu může být dvousečný. Může totiž jak omezit zdroje a vést k nedostatečnosti investic a ke snížení inovativnosti⁸⁴⁰ (a/nebo kvality), tak může i naopak úsilí o inovace a nová řešení zvýšit a podpořit.

⁸³⁸ Srov. § 4 ZVTS 2009, in fine.

⁸³⁹ Srov. přílohu č. 2 k ZVTS 2009, bod 1.

⁸⁴⁰ Empirické důkazy ovšem tuto obavu nepotvrzují. Tak např. Soutěžní komise Spojeného království (*UK Competition Commission*) zjistila již v roce 2008 („The supply of groceries in the UK—Market investigation, 30. April“), že „navzdory nesporné síle velkých obchodních řetězců nebyla ohrožena ani finanční životaschopnost dodavatelů potravin, ani se neprokázal pokles investic a inovací a neexistovaly významnější překážky vstupu a expanze pro malé dodavatele“. Tak NIELS; JENKINS; KAVANAGH, op. cit., s. 167.

7.3.5 Nejasná věcná pravomoc ÚOHS

Zákon o významné tržní síle má ambici dosáhnout svého druhu veřejnoprávní sektorově omezené minimální standardizace obsahu obchodní slusnosti a jejího veřejnoprávního vymáhání prostřednictvím ÚOHS. S pomocí ZVTS se tak má Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jakožto správní orgán vlamovat do sféry, v níž tradičně rozhodovaly soudy.

Úřad má posuzovat, zda obchodní podmínky jsou či nejsou jednostranně výhodné.⁸⁴¹ Taková a podobná externí a těžší normativně definovatelná hlediska jsou vlastně blanketní a formulace jejich skutečného obsahu se *de facto* přenáší na judikaturu, resp. i na rozhodování ve správním řízení.

„Mravního arbitra s právními dopady“ nemůže ovšem ÚOHS podle platné úpravy dělat bez vazby na cílené nebo aktuální *narušení hospodářské soutěže* podstatným způsobem.⁸⁴² Ze zákonem dané působnosti ÚOHS vyplývá, že ÚOHS se může zabývat jen tzv. *existenční ochranou* hospodářské soutěže jakožto *veřejného statku* a nepřísluší mu hodnocení a rozhodování o férovosti obchodních podmínek, tedy tzv. kvalitativní ochrana proti nekalé soutěži a ochrana jednotlivých soutěžitelů.

O této působnosti panuje i doktrinální shoda potvrzená řadou rozhodnutí ÚOHS a judikátů. Tento úřad je podle zákona⁸⁴³ ústředním orgánem státní správy pro podporu a ochranu hospodářské soutěže proti jejímu nedovolenému omezování, a nikoliv veřejnoprávním pomocníkem pro důkazně snazší a (pro účastníky) levnější a rychlejší *asistenci nespokojeným soutěžitelům* domáhajícím se (ve své podstatě soukromoprávní) ochrany proti silnějším partnerům.

Zákon o působnosti ÚOHS sice připouští výkon další působnosti ÚOHS stanovené zvláštními zákony,⁸⁴⁴ tedy třeba i zákonem o významné tržní síle. Tento zákon sám však v § 5 zakotvuje dohledovou pravomoc ÚOHS a deklaruje, že působnost Úřadu je stanovena zákonem o působnosti ÚOHS. *Změna věcné působnosti* v orgán dohledu nad férovostí soutěže tedy právní oporu nemá.

⁸⁴¹ Podle § 3 odst. 1 in fine ZVTS 2009.

⁸⁴² Srov. § 3 odst. 1 in fine v kontextu s § 4 in fine ZVTS 2009.

⁸⁴³ Srov. § 1 zákona č. 273/1996 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků, o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

⁸⁴⁴ Srov. § 2 zákona o působnosti ÚOHS.

Nekalé praktiky nebo neférové obchodní podmínky uplatňované odběratelem s cca 10% podílem na trhu lze sotva spojit se systémovým existenčním ohrožením hospodářské soutěže. Představitelná je i výkladová analogie „kumulativního účinku bagatelních dohod omezujících soutěž“ – tedy jakéhosi kumulativního účinku masově a plošně uplatňovaných neférových obchodních podmínek – to by se ovšem onen jejich *účinek*⁸⁴⁵ (a nikoliv snad jen *víla*) musel dokázat, a ne jen tvrdit. Bylo by to obtížné, protože plošné uplatňování v podstatě stejných či podobných údajně neférových obchodních podmínek všemi významnějšími odběrateli by naopak znamenalo soutežně konformní homogenizaci podmínek soutěže na straně nabídky.⁸⁴⁶

„Plíživá změna“ působnosti ÚOHS pomocí ZVTS⁸⁴⁷ je přinejmenším na pováženu; jde přitom nikoliv o redukcí, ale naopak o faktické přisvojení *další působnosti* orgánem veřejné správy. Tento směr vývoje se prosazuje i nadále, neboť novela ZVTS z generální klauzule zneužití významné tržní síly⁸⁴⁸ podmínku cíleného nebo realizovaného podstatného narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu bez náhrady vypustila.

Nemá tedy jít⁸⁴⁹ jen o vypuštění znaku „podstatnosti“ narušení hospodářské soutěže, ale o rezignaci na prokazování *jakéhokoliv* dopadu na soutěž vůbec. V tom případě se ÚOHS stává úředním (mimosoudním) arbitrem obsahové korektnosti smluvních vztahů mezi stranami, aniž by obsahová nekorektnost musela mít dopad na existenci hospodářské soutěže. V nejhorsím případě by se negativní dopad či potenciální dopad také mohl jen deklarovat jako „samozřejmý“, aniž by se musel dokazovat. Takové řešení by sotva mohlo projít testem zákonnosti, natož pak ústavnosti.⁸⁵⁰

⁸⁴⁵ Podobně jako třeba účinek velkého množství jinak izolované bagatelních dohod o vylučné distribuci piva, který měl uzavírací dopad na trh.

⁸⁴⁶ Samozřejmě za předpokladu, že ony téměř stejné podmínky nevznikly jako důsledek zakázané dohody omezující soutěž.

⁸⁴⁷ Původně vzniknuvšího na základě poslancecké iniciativy a bez řádné a standardní legislativní opozice a důvodové zprávy.

⁸⁴⁸ § 4 ZVTS.

⁸⁴⁹ Podle Důvodové zprávy k novele ZVTS, bod 1.6, s. 17.

⁸⁵⁰ Za poněkud excentrickou pokládám možnost, která se na ÚOHS (podle mých neformálních informací z vnitřních zdrojů) údajně také zvažovala, a sice chápat podstatné narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu ve smyslu § 4 in fine ZVTS 2009 jako podstatné narušení *férové* soutěže, tedy za druh ochrany kvalitativní (nekalosoutěžní).

7.3.6 Možné soutěžní dopady velké kupní síly

Zákon ve své původní verzi z r. 2009 hovořil pouze obecně o podstatném narušení hospodářské soutěže. Je možné se pouze domnívat, zda tím myslel⁸⁵¹ ony v teorii komentované možné dopady na soutěž v podobě tzv. efektu uzavíracího, vytlačovacího, spirálovitého nebo efektu vodního lůžka či zadržetí investic, ev. snížení kvality.⁸⁵² Ty jsou totiž buď jen hypotetické, nebo v praxi těžko kvantifikovatelné a prokazatelné; nicméně by se pro závěr o rozporu se zákonem dokazovat musely. Skutečně škodlivý dopad kupní síly prostřednictvím těchto hypotetických mechanismů se ovšem dosud neprokázal.⁸⁵³

Efekt „vodního lůžka“ (waterbed) znamená, že stlačení na jednom místě vyvolá pozdvih na jiném místě – dodavatelé řetězců ve vztahu k odběratelům bez významné tržní síly mohou takto údajně kompenzovat svoje ztráty – výrobci se snaží kompenzovat si nižší marže dosahované vůči velkým odběratelům tím, že se pokoušejí prosadit tvrdší podmínky pro menší obchodní partnery. Jde sice o možný důsledek poptávkové moci, který však závisí na řadě okolností. Někdy se dovozuje, že je možné omezení soutěže na nadřazených trzích v důsledku toho, že se podniky na nich snaží vyrovnat s nižšími maržemi vynucovanými ze strany silných kupujících bez důrazu na zvyšování efektivity výroby; to by mohlo údajně vést ke zvyšování koncentrace na dodavatelském trhu nedoprovázené růstem efektivity dodavatelů.⁸⁵⁴

Vylučovací (vytlačovací) efekt představuje v zásadě volbu dodavatelů (prodávajících), kteří uplatňují bojové (predátorské) ceny. Vylučovací účinek může mít rovněž taktika predátorských nabídek na nadřazeném (*upstream*) trhu.⁸⁵⁵

⁸⁵¹ Spíše se jen mechanicky přebírala logika a pojmosloví ZOHS.

⁸⁵² Blíže jsem je jinými slovy rozebíral v obecnější kapitole 4.2.

⁸⁵³ Srov. Hauptgutachten 2010/2011, op. cit., s. 374, 378.

⁸⁵⁴ Srov. BUTTÁ; PEZZOLI, op. cit., s. 162 a násl. Tento efekt se na základě empirických zjištění ovšem pokládá za pouze modelový, protože může klidně nastat i jeho úplný opak, že totiž výrobce může svými nižšími cenami pro menší odběratele chtít omezit poptávkovou moc velkých odběratelů - srov. HAUCAP, a kol., 2015, op cit., s. 610. Nejedná se o podložený argument pro zdůvodnění negativních dopadů poptávkové tržní moci a v oboru maloobchodního obchodu s potravinami nebyl na jeho podporu předložen jediný empirický důkaz. Srov. HAUCAP a kol., 2014, op cit., s. 946.

⁸⁵⁵ Srov. OECD Policy Roundtables, 2008, op. cit., s. 54.

Může se rovněž projevit dříve popsany *uzavírací efekt (foreclosure) a spirálový efekt*, jakož i *zkreslení (zadržžení) investic a inovací a škodlivý dopad na omezený výběr spotřebitele* - to může být důsledkem nízké marže výrobců vyvolané kupní silou.⁸⁵⁶

Neospravedlnitelně nízké ceny vstupů mohou mít teoreticky řadu nepříznivých následků – především mohou oslabit konkurenty silného kupujícího (v horizontální úrovni) a omezit jeho inovace a schopnost reagovat na změnu potřeb spotřebitele. Za druhé: nižší marže mohou vyvolat u dodavatelů (v horizontální úrovni) omezení investic a inovací, což může omezit možnosti spotřebitelského výběru a údajně i může zvýšit ceny.

To je však pouhá hypotéza. Může to totiž dopadnout i úplně opačně. Nižší marže dosahované na následném trhu mohou dodavatele donutit k inovacím, aby docílili vyšší efektivity a obstáli v ostré soutěži. Není přece žádná záruka, že vyšší marže dodavatelů docílené ve vztahu s kupujícími (jež by zpravidla vedly k vyšším spotřebitelským cenám) by jinak byly investovány do inovací, a nikoliv spotřebovány jen pro vlastní užitek dodavatele – stejně jako nelze apriorně tvrdit v opačném zájmovém zaujetí, že jakákoliv výhoda vydobytá odběratelem v podobě nižší ceny od prodávajícího se bezpodmínečně přenesune ke spotřebiteli jako nižší konečná maloobchodní cena výrobku.

Jakákoliv zpětná racionalizace (či spíše výmluva) domněle poškozené strany může být velmi oportunní, zaujatá a flexibilní. Koneckonců zatím nebyl podán jednoznačný důkaz ani o tom, že tržní moc (tím spíše ona subdominantní „významná“ tržní síla) všeobecně ohrožuje inovace snižováním návratnosti výsledků inovačního úsilí a ani se nedokázal opačný Schumpeterovský názoru, že koncentrované trhy všeobecně podporují inovace.⁸⁵⁷

Tyto nebo jiné závažné dopady zneužití tzv. významné tržní síly musel ÚOHS podle ZVTS 2009 dokázat, což byl úkol nesplněný (a v kauzách, jimiž se zabýval, také nesplnitelný). ZVTS 2009 a ani ve znění po novele neobsahuje analogii „tvrdých zneužití významné tržní síly“, které by se podobně jako tzv. *hard core* kartely zakazovaly *per se*, bez nutnosti dokazování škodlivých účinků v každém jednotlivém případě. Důvod vypuštění podmínky podstatného narušení soutěže z novely ZVTS se zřejmě nachází právě tady.

⁸⁵⁶ Podobně BUTTÁ; PEZZOLI, tamtéž, s. 163.

⁸⁵⁷ Srov. GILBERT, R. J. Competition and Innovation, ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy. In: COLLINS, W. D. (ed.). Issues in Competition Law and Policy. *ABA Antitrust Section Handbook*. 2008, s. 577, 583.

Vypovídající je zdůvodnění, proč se vlastně po novelizaci ZVTS upouští od podmínky prokazování dopadu na hospodářskou soutěž. Má to být v zájmu zrychlení a zjednodušení správního řízení před Úřadem a kvůli zjednodušení pravidel vedoucím k jasnější orientaci v zákoně a ke snazší předvídatelnosti správních rozhodnutí Úřadu (srov. tamtéž).

Přitom se na jiných místech DZ k novele ZVTS (s. 24, s. 36) tento upřímně vyjádřený pragmatický a nepřijatelný motiv (podřizující vlastně účel regulace jejímu snadnému uplatňování) zastírá nesrozumitelně formulovaným účelem jakéhosi „jednotného systematického přístupu k případům zneužití významné tržní síly“. Tímtež „účelem“ se zdůvodňuje (tamtéž, s. 36) zrušení podmínky soustavnosti zakázaného chování odběratelů s významnou tržní silou. Má se patrně dosáhnout jednotnosti přístupu, tedy přístupu jako u zneužití dominantního postavení podle ZOHS.

U skutkové podstaty zneužití dominantního postavení podle § 11 ZOHS se skutečně nevyžaduje opakovanost, ale stačí ke spáchání správního deliktu postačuje i jednorázové zneužití. Je to ovšem dáno tržní mocí dominanta, kvůli jejímuž dopadu na trh každé zneužití může narušit hospodářskou soutěž. To se ovšem u zneužití tzv. významné tržní síly subdominantem rozumně předpokládat nedá, a proto se nedostatek tržní moci v ZVTS 2009 přece jen poněkud přijatelněji kompenzoval tím, že k takovému zneužívání muselo docházet soustavně a kvůli tomu se narušila (a to navíc podstatně) hospodářská soutěž. Jednorázové zneužití vyjednávací síly soutěž narušit již pojmově nemůže. Takže snad i proto se musela odstranit podmínka podstatného narušení soutěže současně s podmínkou soustavnosti zneužívání tzv. významné tržní síly.

Důvodová zpráva k novele ZVTS nabízí další zdůvodnění toho, proč se odstranila podmínka podstatného narušení hospodářské soutěže u zneužití významné tržní síly.⁸⁵⁸ Podle textu DZ podmínku podstatného narušení hospodářské soutěže neobsahuje ani zákon o ochraně hospodářské soutěže, a není tudíž logické, aby pro prokazování protiprávnosti jednání subjektu s menší tržní silou bylo třeba většího dopadu než v případě zneužití dominantního postavení.

⁸⁵⁸ Srov. s. 15 a s. 36 DZ.

To pokládám za evidentně *chybnou dedukci*. ZOHS totiž implicitně i explicitně postihuje právě jen *podstatné* narušení soutěže. Explicitně tak činí u dohod omezujících soutěž, neboť dohody, jejichž dopad na soutěž je zanedbatelný (tedy nikoliv podstatný), ze své věcné působnosti sám vylučuje (srov. § 3 odst. 1 ZOHS in fine); podobně to činí u nepovolených spojení soutěžitelů stanovením substantivního kritéria pro nepovolení navrhovaného spojení – Úřad totiž ze zákona nesmí povolit spojení, pokud by mělo za následek podstatné narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu (srov. § 17 odst. 3 ZOHS). Kromě toho ÚOHS nemusí řízení vůbec zahájit s ohledem na nízkou (tedy nepodstatnou) míru škodlivého účinku jednání na hospodářskou soutěž (tzv. prioritizace podle § 21 odst. 2 ZOHS). U zneužití dominantní tržní moci je podstatnost narušení soutěže obsažena v deliktu zneužití dominance samotném, a to implicitně. Vzhledem k definičnímu znaku dominantního postavení jakožto způsobilosti dominanta chovat se ve značné míře nezávisle na ostatních soutěžitelích nebo spotřebitelích a vzhledem k omezeným nebo neexistujícím možnostem dominantova partnera obrátit se na jiného, je každé zneužití dominantního postavení - právě proto, že jde o postavení dominantní - podstatným narušením nebo alespoň ohrožením hospodářské soutěže.

Pokud snad chtěla DZ říci dokonce ještě o něco víc, tedy že je nelogické požadovat pro prokazování protiprávnosti jednání subjektu s menší tržní silou větší dopad než v případě zneužití dominantního postavení a myslí tím nikoliv *podstatnost* (závažnost) narušení soutěže, ale *samotný fakt* jakkoliv intenzivního narušení soutěže, je to rovněž vadná úvaha, protože ZOHS se vztahuje na vyloučení, omezení nebo jiné ohrožení soutěže (pod legislativní zkratkou „narušení“ soutěže).⁸⁵⁹

Pro prokázání protiprávnosti zneužití významné tržní síly se nepožaduje po novele ZVTŠ větší dopad než v případě zneužití dominantního postavení, ale není třeba zkoumat *vůbec žádný dopad* na soutěž; ten se dokonce v zákoně po novele ani nepresumuje, a není jej možno proto ani vyvrátit.

Argument z DZ o nelogičnosti domněle vyššího standardu zneužití u subdominantního soutěže nežli u subdominantního držitele tzv. významné tržní

⁸⁵⁹ Srov. § 1 odst. 1 ZOHS.

síly, je proto třeba odmítnout. Zásah *veřejného* práva do smluvních vztahů stran v působnosti práva soukromého by měl být naopak dobře zdůvodněn *veřejným* zájmem, a nikoliv jen soukromým zájmem slabší či údajně slabší strany na své vlastní ochraně před působením tržních poměrů nezdeformovaných dominancí některého z partnerů.

Ochranným účelem zákona není tedy evidentně hospodářská soutěž; jiný ochranný účel zákon ovšem nevyjadřuje. V DZ se nicméně konstatuje, že výčet zakázaných praktik v § 4 ZVTS 2009 byl jen demonstrativní a že zneužitím významné tržní síly mohlo být jakékoliv jiné jednání, které mělo, resp. by mohlo mít negativní dopad na hospodářskou soutěž na příslušném trhu.⁸⁶⁰ Demonstrativnost výčtu jednání, které je zneužitím významné tržní síly se v novém znění § 4 ZVTS po novele zachovává, ovšem bez korekce podmínkou soustavnosti a skutečného nebo cíleného dopadu na hospodářskou soutěž.

I ojedinělé jednání nositele tzv. významné tržní síly bez jakéhokoliv dopadu na soutěž se tedy dá kvalifikovat jako zneužití významné tržní síly a jako správní delikt. Samotná existence významné tržní síly je ovšem stěží předvídatelná a do postavení toho, kdo jí disponuje, se může dostat jakýkoliv odběratel potravin nebo příjemce služeb s nákupem nebo prodejem potravin souvisejících, jenž si může bez spravedlivého důvodu vynutit výhodu vůči dodavatelům.

Zákonné domněnky uvedené v § 3 odst. 4⁸⁶¹ pouze signalizují, že bez zřejmého důkazu opaku se odběratel potravin v takové pozici ocitne; nezaručují však, že se v ní neocitne i bez naplnění těchto zákonných domněnek, pokud správní úřad usoudí, že si v důsledku svého postavení může (*sic!*) bez

⁸⁶⁰ Srov. DZ, s. 16

⁸⁶¹ Podle § 3 odst. 4 ZVTS po novele se má za to, že významnou tržní sílu má: - odběratel, jehož obrat za prodej potravin a služeb s tím souvisejících na území České republiky přesáhne 5 mld. Kč za poslední ukončené účetní období v délce 12 měsíců; - odběratel, který je ovládanou osobou, jehož obrat za prodej potravin a služeb s tím souvisejících na území České republiky nepřesáhne 5 mld. Kč za poslední ukončené účetní období v délce 12 měsíců, pokud jeho obrat za prodej potravin a služeb s tím souvisejících na území České republiky společně s obratem ovládající osoby za prodej potravin a služeb s tím souvisejících na území České republiky přesáhne 5 mld. Kč za poslední ukončené účetní období v délce 12 měsíců, nebo - nákupní aliance, u které společný obrat jejich členů za prodej potravin a služeb s tím souvisejících na území České republiky přesáhne 5 mld. Kč za poslední ukončené účetní období v délce 12 měsíců.

spravedlivého důvodu vynutit vůči dodavatelům potravin či poskytovatelům souvisejících služeb výhodu.

Záměr deklarovaný Důvodovou zprávou k novele ZVTS⁸⁶² odstranit nejasnosti, odstranit nekonceptčnost a nejasnost některých pojmů a „odstranit stav právní i praktické nejistoty ohledně rozsahu povoleného, resp. zakázaného jednání“⁸⁶³ se s jistotou nepodařilo splnit, ale spíše se dřívější nejistoty a konceptní nejasnosti dále prohloubily. Jestli se tím podaří dosáhnout alespoň dalšího deklarovaného cíle novelizace, totiž „umožnit Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže snazší aplikaci zákona“ a zrychlit správní řízení, ukáže teprve budoucnost.⁸⁶⁴

7.3.7 ZVTS 2009 a jeho novela

Přes právně politickou spornost samotné potřeby a vhodnosti ZVTS⁸⁶⁵ byl předložen a v závěru roku 2015 schválen návrh novely, který se chtěl pokusit některé nejasné otázky řešit a učinit ze zákona přece jen použitelnější nástroj. Navržené změny (bez ohledu na postoj k vhodnosti zákonné regulace tohoto druhu a záběru) lze v některých případech hodnotit kladně.⁸⁶⁶

V zásadě se však absence koncepčního řešení projevuje i po novele. Novelizoval se sice zákon, ale novela ničím zásadním nepřispěla k řešení principiálních

⁸⁶² Srov. Sněmovní tisk Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR, VII. volební období, č. 444/0, Důvodová zpráva, s. 8.

⁸⁶³ Je symptomatické, že předkladatel chápe rozsah povoleného a zakázaného jednání jako zaměnitelné oblasti. Veřejnoprávní předpis by měl jen jasně zakazovat určitá jednání, je-li na tom veřejný zájem. Povolení určitého jednání veřejnoprávním předpisem je nutné, jen jde-li o výjimku ze všeobecného zákazu, nebo o skrytý zákaz („povoluje se jen“).

⁸⁶⁴ „Snazší aplikace“ zákona rozostřujícího pojmy a zvyšujícího diskreci a arbitrárnost rozhodování správního orgánu může samozřejmě nastat. Není však samoučelem a zejména nemůže být hlavním motivem změny regulace – přínosy by měly být patrné v regulované oblasti. „Snazší aplikace zákona“ také nemusí projít testem soudní kontroly správních rozhodnutí.

Zrušení šesti příloh k ZVTS 2009 obsahujících na 80 skutkových podstat zneužití významné tržní síly a jejich nahrazení jedenácti skutkovými podstatami podle § 4 odst. 2 ZVTS ve spojení s velmi neurčitým vymezením samotného pojmu významné tržní síly představuje výzvu především k regulatorní zdrženlivosti správního orgánu při zásazích v soukromoprávních obchodních vztazích.

⁸⁶⁵ A naopak nespornost jeho mimořádně špatné legislativně technické úrovně, která dokonce až bránila aplikaci zákona a stala se pověstným odrašťujícím příkladem toho, jak zákon nemá legislativně technicky vypadat.

⁸⁶⁶ Například se v novele upouští od kasuistické výčtové metody případů zneužití významné tržní síly obsažených dříve v přílohách k ZVTS 2009 č. 1–6.

otázek podstaty a obsahu samotné úpravy. Koncepční řešení ustoupilo politickému tlaku na zachování úpravy s několika drobnými změnami.

Novela dala formální výraz definitivnímu odmítnutí koncepce „ekonomické závislosti“ jakožto konkrétního relativního vztahu, který není předurčen ani sektorově, ani strukturálně (omezení jen na dodavatele), ani absolutními údaji o obratu či relativními údaji o tržním podílu. Novela se opět opírá⁸⁶⁷ o tzv. absolutní koncept významné tržní síly posuzované plošně, bez ohledu na konkrétní relaci s obchodním partnerem.⁸⁶⁸

Práh 5 miliard Kč obratu⁸⁶⁹ zůstává podpůrnou vyvratitelnou domněnkou, nikoliv však popřením § 3 odst. 2 ZVTS 2009, který uváděl relační kritéria posuzování významné tržní síly podle vzoru, jímž se určuje tržní moc podle ZOHS.

Dvojnásobný text ZVTS 2009⁸⁷⁰ neposkytoval spolehlivou podporu tomuto jednoznačnému příklonu k objektivní koncepci, kterou ÚOHS prosazoval

⁸⁶⁷ Srov. s. 23 DZ.

⁸⁶⁸ Které nasvědčovalo § 3 odst. 2 ZVTS 2009. Kritika relativizace a individualizace postavení odběratelů a dodavatelů byla postavena buď na nerelevantním pseudoargumentu snazšího a rychlejšího průběhu správního řízení o zneužití významné tržní síly, nebo byla apologetické.

Tak se např. tvrdilo, že „absolutní koncepce významné tržní síly vede k tomu, že se důsledky uvedeného zákazu uplatní vždy vůči všem dodavatelům odběratele s významnou tržní silou“ a že absolutní koncepce „lépe odpovídá účelu zákona a je v praxi lépe aplikovatelným konceptem. Na obdobném principu je koneckonců založen institut dominantního postavení“ (srov. SOUZA DE ARAUJO, D. Nad zákonem o významné tržní síle a absolutní koncepci významné tržní síly, *Antitrust*. 2014, č. 1, s. 26). Jako by se nevidělo, že uplatnění zákazu vůči *všem* dodavatelům s významnou tržní silou je možné jen vůči těm, kteří ji podle zákona mají, a to závisí na tautologické definici (a výkladu) významné tržní síly jako takové síly, kterou má její držitel vůči *všem* dodavatelům.

Obratová hranice 5 mld Kč se nepokládala za nutnou podmínku významné tržní síly, ale za vyvratitelnou domněnku její existence; významnou tržní silou bylo možné dosáhnout i při menším obratu, pokud se naplnily znaky vyjmenované v § 3 odst. 1 ZVTS 2009, tedy „takové postavení odběratele vůči dodavateli, kdy se v důsledku situace na trhu stává dodavatel závislým na odběrateli ve vztahu k možnosti dodávat své zboží spotřebitelům a kdy si odběratel vůči dodavateli může vynutit jednostranné výhodné obchodní podmínky“. Koncept ekonomické závislosti tu zákon nepochybně vyjadřuje, i když neobratnými slovy. Popírat to sice lze (srov. HANSLIANOVÁ; POKORNÁ, op. cit., s. 12), ale jen za cenu popírání slov zákona. Pokud jde o zdůvodnění tzv. objektivního konceptu významné tržní síly analogií s dominantním postavením, svědčí o nepochopení podstaty rozdílu mezi dopadem zneužívajícího chování dominantanta na soutěž a trh a dopadem zneužívajícího chování subdominantanta.

⁸⁶⁹ Podle § 3 odst. 4 ZVTS po novele, dříve § 3 odst. 3 ZVTS 2009.

⁸⁷⁰ V § 3 odst. 1 se definovala významná tržní síla jakožto postavení odběratele vůči dodavateli (v singulárech), zatímco v § 3 odst. 1 ZVTS po novele se hovoří o postavení (jednoho) odběratele vůči (víceru) dodavatelům.

v dosud vedených i pravomocně neukončených řízeních; mohl by posloužit i stanovisku úplně opačnému (konceptu relativní ekonomické závislosti prosazované např. v Německu, Rakousku, Francii, Itálii a jinde).⁸⁷¹

Bylo by však předčasné spoléhat se na pouhou změnu ze singuláru na plurál (namísto „postavení odběratele vůči dodavateli“ se má zkoumat „postavení odběratele vůči dodavatelům“) jakožto na záruku prosazení tzv. objektivního přístupu. Je jasné z gramatického hlediska jen to, že půjde nejméně o *dua* dodavatele a nejvíce o *všechny* dodavatele. V obou krajních případech i v nejčastějších situacích mezi těmito krajnostmi se však bude muset zkoumat a dokazovat (resp. vyvracet) ona možnost vynutit si nespravedlivou výhodu na dodavatelské straně nikoliv „*en bloc*“, ale konkrétně, tedy ve vztahu k určitým dodavatelům. Individualizace vztahu se tedy bude patrně neustále vracet a koncept individualizované „ekonomické závislosti“ není přes svoji nižší operativnost a procesní náročnost novelou zákona definitivně odsunut stranou.

Opačný závěr - odmítnutí individualizace a zjišťování ekonomické závislosti - by znamenal přistoupit na *plošné a mechanistické normativní zakotvení „kvalifikované subdominance“* na straně odběratelů a *odmítnutí analytického „více ekonomického přístupu“*.⁸⁷² Samotná DZ ostatně s prvoplánovou přímočarostí konstatuje,⁸⁷³ že myšlenka ekonomické závislosti mezi jedním dodavatelem a jedním odběratelem byla zmíněna zejména proto, že by při posuzování konkrétních vztahů mezi nimi „nebylo možné postihnout nekalé obchodní praktiky jako systém.“⁸⁷⁴

⁸⁷¹ Na s. 14 DZ se konstatuje, že Úřad dospěl jednoznačně ke zjištění, že „uplatňování protiprávních praktik je natolik plošné, že významnou tržní sílu velkých obchodních řetězců je nutno pojímat jako jejich objektivní postavení na trhu, ne v rámci individuálních vztahů.“ Zjištění, že *je nutno něco nějak chápat*, je ovšem jen jiným vyjádřením *přání a snahy* (s motivací snazšího průběhu správního řízení, přiznanou na jiném místě DZ), *nikoliv však ekonomickou a právní legitimizací* tohoto plošného přístupu s implicitním popřením jakékoliv individuální ekonomické vztahové analýzy.

⁸⁷² K tomu srov. NEJEZCHLEB, K.; HAJNÁ, Z.; BEJČEK, J. *Ekonomické metody v soutěžním právu*. Brno: Masarykova univerzita, 2014, zejm. s. 89 a násl.

⁸⁷³ Srov. s. 27 DZ.

⁸⁷⁴ Podle této logiky ekonomická závislost není systém, zatímco nekalé obchodní praktiky jsou jakýsi „systém“, a proto se dají lépe postihnout plošně. Postihují se přece stejně jen nekalé obchodní praktiky uplatňované mezi konkrétními stranami bez ohledu na to, zda jsou masové nebo jen excesivní, podobně jako třeba nekalá soutěž, zakázaná ujednání ve spotřebitelských smlouvách, správní přestupky, trestné činy apod.

Samotná snaha většinové politické reprezentace předcházející prosazení novelizace samozřejmě neznamená nic než potvrzení *právně politické pozice*, že tento veřejnoprávní předpis je v zásadě potřebný. Argumenty proti této podobě regulace jsou silné, ale zájmové pozadí opačného názoru také, ba dokonce momentálně silnější a vlivnější.⁸⁷⁵ Cílem novely bylo zejména odstranit nejasnosti a nepřehlednost právní úpravy. Ten druhý cíl se podařilo naplnit lépe - už jen odstraněním kasuistických a výkladově velmi znejistujících příloh. Za obecný cíl této regulace se prohlašuje „narovnání vztahů smluvních stran způsobem, aby dodavatel a odběratel mezi sebou jednali jako rovnocenní partneři.“⁸⁷⁶

Přiznanou nekonceptčnost a nejasnost některých pojmů po novelizaci nahradila větší formální jednoduchost a *představa* o snazším uplatňování zákona Úřadem. Právní jistota a předvídatelnost rozhodování a použitých hledisek se ovšem nezvýšily.

Předkladatelé novely a důvodové zprávy k ní si nepřipouštěli pochybnosti o potřebnosti kogentní veřejnoprávní invazivní regulace dvoustranných obchodních vztahů, přestože vyjednávací síla obchodních řetězců v ČR patří k nejnižším v Evropě kvůli jejich neexistující tržní moci a nízkým podílům na trhu.⁸⁷⁷

⁸⁷⁵ Nákladově přínosová úvaha (nikoliv analýza v pravém slova smyslu) obsažená v DZ k novele ZVTS je pouze intuitivní a relativistická a vůbec nepřesvědčuje o nutnosti veřejnoprávně regulovat vztahy povýtce soukromoprávní. Je spíše jen účelovým doplňkem předem přijatého právně politického záměru. Tak například na jedné straně mimo jiné konstatuje, že regulace může vyvolat „zvýšení ceny potravin“ pro spotřebitele a „snížení rozmanitosti sortimentu“, a na straně druhé (ovšem v DZ na stránce jediné) se připouští, že může přinést „snížení cen produktů a služeb“, „rozšíření jejich sortimentu atd.“ (srov. s. 19 DZ).

Předběžné sektorové šetření ospravedlňující zavedení veřejnoprávní regulace se neprovádělo ani před schválením ZVTS v roce 2009 a ani před návrhem jeho novelizace; DZ jen na s. 18 avizuje, že v letech 2015-2017 „bude zpracování rozsáhlejší analýzy zajisté zvažováno.“ Zájmově podepřená vůle regulovat se prosadila před objektivizovaným zjištěním samotné potřeby regulace jako takové a následným zvážením druhu a vhodných forem regulace.

⁸⁷⁶ S. 19 DZ.

⁸⁷⁷ Osm největších potravinářských distribučních řetězců má podíl na českém trhu cca 63%. Výmluvný je příklad USA. Tam si farmáři samozřejmě také stěžují na nerovnost vyjednávací síly s prodejci a na svoji bezmoc vůči neférovému jednání, na nevyhnutelnost přistupovat na drsné obchodní podmínky, atp. Nicméně federální Nejvyšší soud konstatoval, že se antitrustové právo uplatní jen v případě, že praktika narušuje soutěž na trhu jako celku a že i evidentně zákeřné jednání jednoho vůči druhému (bez tržní moci - pozn. aut.) neopravňuje k antitrustové žalobě. Antitrust tedy není substitutem práva na ochranu proti nekalé soutěži. Srov. POZEN, S.A. Agriculture and Antitrust: Dispatches and Learning from the Workshops on Competition in Agriculture. *Antitrust*. Spring 2012, s. 10.

Novela se neodklání od koncepcce významné tržní síly jako jakési „kvalifikované subdominance“ a odmítá relativní koncepci ekonomické závislosti partnera v konkrétním obchodním vztahu. Významná tržní síla se má nadále pokládat za objektivní a neindividualizované postavení řetězců na trhu.⁸⁷⁸ Byla vědomě zavržena koncepcce ekonomické závislosti, která přesněji a plastičtěji vystihuje dlouhodobé vztahy mezi jednotlivými partnery; nejde o absolutní koncept, neboť se vztahuje právě jen k jednotlivým hospodářským subjektům, má dlouhodobý a kontinuální charakter a vzniká z trvalých hospodářských vazeb mezi stranami.⁸⁷⁹

Stále bude platit vyvratitelná domněnka významné tržní síly na základě obratu.⁸⁸⁰ Demonstrativní výčet skutkových podstat v § 4 novely obsahoval

⁸⁷⁸ Důvodová zpráva, s. 15. Kouzlem nechtěného se již v původním návrhu novely projevilo, že i po novelě zákon měl mířit stále na jednu stranu vztahu (na odběratele) a že původně deklarovaná snaha o odstranění formálního omezení působnosti zákona jen na odběratele byla spíše taktickým ústupek kritikům, který nic neměnil na tom, že předmětem zájmu Úřadu měli být opět jen velcí odběratelé. Koneckonců i od tohoto taktického ústupu se nakonec takticky odstoupilo z netransparentních důvodů, a zákon se jako dříve vztahuje jen na poptávkovou stranu trhu, a to jen trhu s potravinářskými a zemědělskými produkty.

⁸⁷⁹ Srov. FILHO, C.S. *A Legal Theory of Economic Power (Implications for Social and Economic Development)*. Cheltenham: E. Elgar Publishing, 2011, s. 86, 155.

⁸⁸⁰ Podle původního návrhu ne již jen odběratele; nakonec toto rozšíření působnosti sám předkladatel bez adekvátního zdůvodnění sám stáhnul. Spekulovalo se o politických tlačích ze strany silných dodavatelů potravin. V původní verzi DZ (s. 14–15) se objevilo konstatování, že by „bylo žádoucí stanovit, že i dodavatel může nabýt významné tržní síly. V opačném případě žůstane právní úprava nevyvážená vzhledem k jednotlivým stranám smluvního vztahu.“

Projevem tohoto stanoviska bylo, že se v definičním vymezení významné tržní síly vedle odběratele měl výslovně uvádět i dodavatel. Na těchto důvodech se jistě za několik měsíců nemohlo nic změnit, takže příčinu stažení této změny je skutečně potřebné hledat mimo právo.

Dostatečně výmluvná je skutečnost, že rozšíření dopadu zákona na obě strany smluvního vztahu (tedy i na dodavatele s významnou tržní silou ve smyslu ZVTS) bylo i jedním z hlavních deklarovaných cílů novelizace zákona, který se pokládal jinak za diskriminační. V podobě obsahující toto rozšíření osobní působnosti prošel návrh novelizace Legislativní radou vlády ČR a takto v ní byl schválen.

Přitom je koncentrace dodavatelů u nás velmi vysoká (tři nejsilnější dodavatelé ovládají i 75% trhu) a navíc existují i tzv. nepostradatelné výrobky, které si obchodníci dlouhodobě nemohou dovolit nenabízet ve svých obchodech; dodavatelé tedy vzhledem k této okolnosti také disponují tím, co ZVTS označuje jako významnou tržní sílu.

Významného postavení na trhu mohou dodavatelé dosáhnout i při obrazech mnohem nižších nežli mají obchodníci. Přitom mohou „zneužívat“ svoje silnější postavení analogicky jako silní odběratelé vůči slabším dodavatelům. Tak např. takoví dodavatelé podmiňují spolupráci odběrem určitého minimálního objemu zboží, odběrem celopaleto- vých dodávek či odběrem jiného nesouvisejícího zboží (junktímací). Údaje jsou převzaty ze Stanoviska k pozměňovacím návrhům k vládnímu návrhu zákona (výbor zemědělský, p. poslanec Laudát).

i v původní verzi (připouštějící právně politicky i zneužití významné tržní síly na straně *dodavatelů*) jen možná porušení zákona *odběrateli*.

7.3.8 Právně politická opodstatněnost úpravy

Novela ZVTS chtěla především zlepšit legislativně technickou úroveň předpisu, ale k vlastnímu cíli regulace se v základním zákonu nadále nevyjadřuje. Interpretační dovozování, resp. i zastírání skutečného cíle úpravy tedy bude pokračovat. O problémech s vyjednávací silou obchodních řetězců se ví a i na úrovni EU se hledá řešení.⁸⁸¹

Z kontextu lze dovozovat, že se sleduje cíl distributivní *spravedlnosti vnášené zvnějšku* tam, kde korektivní spravedlnost v interakci zájmů partnerů soukromoprávního vztahu nefunguje v důsledku faktického diktátu pod hávem smlouvy.

Otázka ovšem je, zda je k takovému hledání vyváženosti uzpůsoben nejlépe správní orgán a správní řízení. Dosud se skrýval tento cíl „*administrativně* přidělované distributivní spravedlnosti“ za chatrnou zástěrkou cíle ochrany hospodářské soutěže. To však způsobovalo potíže, protože se samozřejmě nedařilo prokazovat kauzalitu mezi neférovými praktikami některých řetězců a podstatným narušením hospodářské soutěže na relevantním trhu, které dosud vyžaduje zákon. Soutěžní a matoucí mimikry redistributivní spravedlnosti alespoň mají být novelou odstraněny.

Přes vypuštění „ochrany před podstatným narušením soutěže“ z textu zákona se v důvodové zprávě⁸⁸² z r. 2014 počítalo s negativním vlivem (dokonce i jen potenciálním) na hospodářskou soutěž. Dřívější verze důvodové zprávy tedy *předpokládala* znaky skutkové podstaty správního deliktu, které text zákona záměrně obsahovat nechtěl a také je dnes *neobsahuje*.

Důvodová zpráva připojená ke schválené verzi novely ZVTS konstatuje na s. 16, že zneužitím významné tržní síly může být jakékoliv jiné jednání nežli uvedené v demonstračním výčtu § 4 ZVTS, které má, resp. by mohlo mít negativní dopad na hospodářskou soutěž na příslušném trhu. Vzniká

⁸⁸¹ Srov. např. Sdělení Komise „Boj proti nekalým obchodním praktikám mezi podniky v rámci potravinového řetězce“, op. cit.

⁸⁸² S. 16 Důvodové zprávy (k § 4 ZVTS): „Zneužitím významné tržní síly však může být jakékoliv jiné jednání, které má, resp. by mohlo mít *negativní dopad na hospodářskou soutěž* na příslušném trhu...“ (zvýraznil autor).

otázka, zda tedy novela skutečně přinesla větší jasno o tom, co to vlastně významná tržní síla je. Vůbec to tudíž nepadá, že by se odstranila *právní nejistota* ohledně rozsahu povoleného nebo zakázaného jednání, jak si přeje Důvodová zpráva.⁸⁸³

Po odstranění nebezpečí či poškození soutěže z generální klauzule zneužití významné tržní síly se bude hůře vyvracet již dříve vznášená námitka, že pravý účel ochrany prostřednictvím ZVTS je individuálně ochránářský, a nikoliv institucionálně ochránářský. Přitom však selektivní a diskriminační veřejnoprávní regulace může paradoxně narušit či *obrožít soutěž a blahobyť spotřebitelů*. Přinejmenším soutěži mezi dodavateli, vedené prostřednictvím obchodních podmínek, z níž může nakonec těžit spotřebitel, přitom zákon může bránit docela účinně.

Cíl úpravy byl poněkud zatemněn i tím, že se ZVTS 2009 pokládal za speciální předpis k ZOHS.⁸⁸⁴ Tento zvláštní předpis má však mít jiný cíl než předpis základní, což je dosti neobvyklé – speciální předpisy vesměs obsahují metody a konkrétní cesty k naplnění obecnějších cílů prováděného předpisu. Zákon po novele přitom nepředepisuje jakýkoliv test zakázaných jednání na ohrožení či narušení soutěže.⁸⁸⁵

Předkladatelé návrhu novely ZVTS konstatovali, že prostředky soukromého práva v dané oblasti selhaly. To je však jen *intuitivní* závěr, který se neopírá o žádnou analýzu materiálních předpokladů normotvorby. Taková analýza ostatně neproběhla ani před přijetím ZVTS 2009 (protože prvořadě tehdy

⁸⁸³ Srov. bod 1. 5. Důvodové zprávy, s. 16. Na s. 17 DZ se konstatuje, že se od podmínky prokazování dopadu na hospodářskou soutěž upustilo, přičemž ještě na předchozí stránce tatáž DZ pokládá negativní dopad na hospodářskou soutěž (a to i jen dopad potenciální) za pojmový znak zneužití významné tržní síly. V textu zákona se dopad na soutěž neobjevuje, takže se nejedná o požadavek práva. K účelovému a historickému výkladu právní úpravy se však záměr zákonodárce vyjádřený mj. v důvodové zprávě běžně používá; v tomto případě je však vyjádřen na dvou po sobě následujících stránkách DZ úplně protichůdně.

⁸⁸⁴ Srov. Hodnocení dopadů regulace (RIA) k novele ZVTS, bod 1.3.

⁸⁸⁵ Kouzlem (snad) nechtěného se prozradilo, že se má záměrně upustit od prokazování dopadu na hospodářskou soutěž, a to proto, aby se zrychlilo a zjednodušilo správní řízení před ÚOHS (bod 1. 6. Důvodové zprávy k ZVTS, s. 17). Že má mít tento pragmatický „provozní ohled“ přednost před materiálním známkem skutkové podstaty deliktu, je zarážející.

bylo, že předpis „se opakovaně chtěl“) a rozbor či odhad společenského dopadu ZVTS není k dispozici ani dnes.⁸⁸⁶

Příznávalo se dále, že pomocí soutěžních pravidel⁸⁸⁷ se problém „nežádoucích praktik“ také řešit nedal. Aplikace oněch soutěžních pravidel a v nich obsažených standardů totiž jen potvrzovala, že hospodářská soutěž na relevantním trhu těmito praktikami obchodních řetězců ohrožena nebyla a ani z podstaty věci ohrožena být nemohla, byť zákon⁸⁸⁸ jako pojmový předpoklad zneužití významné tržní síly ohrožení nebo poškození soutěže předepisoval.

Obtížnost rozumné aplikace takto pojatého zákona byla nesmírná a v podstatě aplikaci zákona znemožňovala. Odstranění tohoto předpokladu podstatného narušení hospodářské soutěže novelou zjednodušilo důkazní situaci Úřadu, ale posunulo jej do role arbitra obsahové správnosti smluv, a nikoliv ochránce soutěže.

ZVTS by se dal také chápat jako zvláštní úprava ve vztahu k občanskému zákoníku, zejména k jím zakotvené obecné ochraně slabší strany. Podle § 433 ObčZ „kdo jako podnikatel vystupuje vůči dalším osobám v hospodářském styku, nesmí svou kvalitu odborníka ani své *hospodářské postavení* využít k vytvoření nebo *zneužití závislosti slabší strany* a k dosažení *zřejmé a nedůvodné nerovnováhy* ve vzájemných právech a povinnostech.“

Rozdíl proti „výrazné nerovnováze v právech a povinnostech stran“ podle § 4 odst. 2 a) ZVTS 2015 zřejmě neexistuje, a pokud by se našel, sotva by byl zamýšlený. Nastane-li jednočinný souběh podle ZVTS a ObčZ, je nejasné, zda bude ochrana slabšího mít dvě nezávislé linie nebo zda se budou ovlivňovat. Zatímco § 433 ObčZ se bude patrně uplatňovat jen v extrémních případech nerovnováhy kvůli důrazu na zásadu smluvní svobody, postoj správního orgánu může být odlišný.⁸⁸⁹

⁸⁸⁶ Samozřejmě je sotva představitelné, že by vždy tam, kde takto neprokazatelně a nevěrohodně „selže“ soukromé právo, resp. kde se strana v zájmu zachování smluvního vztahu (o nějž tedy stojí a pokládá jej pro sebe za stále ještě výhodný) obává problémy soukromoprávně řešit, měla nastoupit paternalistická veřejnoprávní regulace.

⁸⁸⁷ Myslí se evidentně jejich veřejnoprávní větev. Použitelnost pravidel o ochraně proti nekalé soutěži se povrchně „odsoudila“ výše uvedeným nezdůvodněným konstatováním, že soukromoprávní prostředky selhaly.

⁸⁸⁸ Srov. § 4 in fine ZVTS 2009.

⁸⁸⁹ Zejména prosadí-li se apodiktický a axiomatický názor vyslovený Úřadem v rámci připomínkového řízení k Návrhu novely, že „veřejný zájem (*sic*) na férovém jednání převažuje nad smluvní svobodou.“

Silnějšiho kupujícího nelze automaticky pokládat za nebezpečí pro spotřebitele. Takový obchodník často představuje účinnou protiváhu dodavatelů a tlaku vůči nim může využít ke zvýšení spotřebitelského blahobytu. To je přínosné a akceptovatelné z hlediska soutěžního práva v případě subdominantního kupujícího bez tržní moci *stricto sensu*. Pokud se přijímá jakákoliv sleva nebo jiná obchodní podmínka, je to znak, že stále existoval prostor k obchodním ústupkům ze strany dodavatele, z nichž může profitovat spotřebitel zastoupený distributorem.

7.3.9 Tzv. faktor strachu

Státní ani evropský paternalismus se nedá odůvodňovat ani tzv. faktorem strachu, kvůli němuž údajně slabší partneři neprosazují svoje práva soukromoprávní cestou. Existuje-li tento strach, pak veřejnoprávním protekcionismem nezmezí. Opravdu slabší strana se sotva odváží vystoupit proti straně silnější ve skrytu za „deštníkem“ veřejnoprávní regulace proto, aby soutěžila s jinými.

Tzv. „faktor strachu“ se obvykle uvádí jako významný motiv prodávajících, kteří se obávají ztráty obchodních příležitostí s distributory. Proávající jsou údajně odrazováni od toho, aby trvali na svých vlastních smluvních požadavcích, a jsou nuceni akceptovat požadavky kupujících.

Je samozřejmě otázka, zda právě setrvání u téhož kupujícího nedemonstruje, že je to pro prodávajícího stále ještě lepší a pořád ekonomicky uspokojivější alternativa nežli odchod z trhu. Pokud se situace opravdu rozvine do ekonomické závislosti, podléhá pečlivému individuálnímu hodnocení v jednotlivém případě, které může být stěží nahrazeno velmi hrubým, mechanickým a plošným veřejnoprávním hodnocením.

Plného souladu smluv a obchodních podmínek se soukromoprávními požadavky svobody vůle, absence nátlaku, nepatřičného vlivu atd., se nepochybně nemusí podařit dosáhnout v řadě situací ekonomické nerovnováhy, a to dokonce i pod hranicí tržní dominance jedné ze stran. Ale stále je i slabší strana partnerem, který se rozhoduje samostatně na základě vlastního zvážení kladů a negativ. To by nemělo být zastoupeno veřejnoprávním zásahem o tom, co je poctivé a slušné v obchodních vztazích, pokud tedy není narušena funkční soutěž na trhu.

„Faktor strachu“ projevující se jako neochota vynucovat vlastní soukromoprávní zájmy a nároky by mohl transformovat v neochotu a nevoli („faktor strachu“) vynucovat jejich veřejnoprávně zkonstruovanou náhražku. Od těch, kdo se obávají silnější strany a nevymáhají proto soukromoprávně svoje práva, je nereálné očekávat, že nebudou mít strach z téhož partnera jen proto, že mají veřejnoprávně zakotvené možnosti svoje práva vymáhat. Silnější strana (byť subdominantní) pravděpodobně nalezne nepřímé cesty a způsoby, jak dospět k narušené rovnováze odpovídající skutečným ekonomickým podmínkám a poměrům mezi stranami a jak přimět slabší stranu k akceptaci těchto podmínek, a to navzdory veřejnoprávní „hrozbě“.

Slabší strana pravděpodobně nezíská imunitu vůči „faktoru strachu“ a bude se zdráhat vynucovat své zájmy, byť chráněné veřejnoprávními nástroji. Totéž se dá předpokládat o ochotě a připravenosti slabší strany oznamovat domnělé porušení veřejnoprávního zákazu silnější stranou správnému orgánu.

7.4 Významná tržní moc jakožto objektivní postavení na trhu

Jak je z předchozího textu zřejmé, novela tedy na tzv. objektivním pojetí ZVTS, dovozovaném dříve výkladově a kontroverzně vzhledem k zákonému textu, trvá a formulačními změnami je ještě posiluje. Významná tržní síla se má podle důvodové zprávy nadále pojímat jako „objektivní postavení na trhu“, a nikoliv jako eventuální výsledek posouzení individuálních vztahů, a to proto, že protiprávní praktiky se uplatňují plošně. Kritika tohoto přístupu a zásadní výhrady k ní zůstávají také nezměněny.

Významná tržní síla má být tedy jakousi „obecnou kupní silou“ odběratele vůči všem svým dodavatelům,⁸⁹⁰ nikoliv však tržní mocí ve smyslu ZOHS. Její uplatnění ovšem nemusí znamenat ohrožení nebo narušení hospodářské soutěže,⁸⁹¹ byť RIA⁸⁹² prozrazovala trvající aspirace ÚOHS na ochranu hospodářské soutěže v odvětví.

⁸⁹⁰ Srov. s. 14 Důvodové zprávy k návrhu novely ZVTS.

⁸⁹¹ Neboť text § 4 in fine ZVTS 2009 byl vypuštěn.

⁸⁹² Hodnocení dopadů regulace (RIA, verze 2014) k ZVTS, s. 21.

Vyjednávací síla, tedy i poptávková moc řetězců, je pochopitelná a ucho- pitelná jakožto relativní ekonomická závislost mezi smluvními stranami. Přijaté řešení jakési „malé dominance“ a zvláštní odpovědnosti subdomi- nanta, je pohodlné, ale koncepčně kontroverzní. Je poněkud bizarní před- stava, že by dominantních soutěžitelů na jednom trhu mohlo být více;⁸⁹³ subdominantních subjektů samozřejmě být na trhu více může, ale to již nemohou mít tržní moc, a tedy by se na ně neměla vztahovat ani zvláštní odpovědnost jako na dominanty.

7.5 Některé další problémové dopady novelizace ZVTS

Není účelné probírat všechny detaily nové právní úpravy a jejich dopady. Zaměřím se proto jen na ty, které mají užší vztah k tématu této studie a k otázce rovnosti stran a ochrany slabší strany.

7.5.1 Forma smlouvy

Podle ZVTS 2009 musela být smlouva mezi dodavatelem a odběratelem uzavřena písemně a nesměla se změnit jinak než písemně.⁸⁹⁴ Samostatným správním deliktem však neuzavření smlouvy v písemné formě nebylo.⁸⁹⁵ Novela ZVTS zakotvila naproti tomu samostatný správní delikt⁸⁹⁶ neuzav- ření smlouvy písemně, a to bez ohledu na její obsah a bez vlivu na soukro- moprávní platnost a účinky.

Neřeší se důsledky neformální změny nebo doplňku či zrušení smlouvy – správní delikt je vymezen jen pro „sjednání“.⁸⁹⁷ Zakazuje se tedy něco (byť ne nově), co není v pravém slova smyslu zneužitím významné tržní síly, ale jen je to eventuálně usnadňuje skrýt a znesnadňuje získat o něm důkazy.⁸⁹⁸

⁸⁹³ Kolektivní dominance samozřejmě neznamená více dominantů, ale společné působení samostatných subdominantních soutěžitelů (podniků) na trhu společným chováním tak, že vůči ostatním soutěžitelům vystupují s podobným dopadem, jako by na trhu působil dominant.

⁸⁹⁴ Srov. přílohu č. 3 k ZVTS 2009, bod 1.

⁸⁹⁵ Srov. § 4 písm. c) ZVTS 2009, kde se sankcionuje porušení povinností ze smlouvy, niko- liv však nedostatky její formy.

⁸⁹⁶ Srov. § 3a) novelizovaného ZVTS ve spojení s jeho § 8/1d).

⁸⁹⁷ Srov. jiné řešení v příloze č. 3 ZVTS 2009, bod 1., podle něhož smlouvu nebylo možno *měnit* bez písemného souhlasu obou stran.

⁸⁹⁸ Důvodová zpráva konstatuje (toporným, ale jednoznačným jazykem) na s. 36, že „pří- padná absence písemné formy by vedla k ztížení vedení správních řízení s nemožností protiprávní jednání prokázat.“

Správním deliktem bude tedy třeba i obsahově superkorektní ujednání, které ovšem nebude písemné. Flexibilita obchodních vztahů se tím narušuje a obchodní styk se tak prodražuje; navíc se oslabuje právní jistota partnerů, jimž oběma přitom může neformální kontraktace vyhovovat.⁸⁹⁹

Dá se hovořit i o potenciální administrativní penalizaci konkludentního způsobu kontraktace, který je ve styku mezi dodavatelem a odběratelem potravin běžný a praktický. Striktní požadavek zákona nebere zřetel na realitu obchodního života, v němž na základě rámcové smlouvy posílá odběratel zcela běžně (písemnou) objednávku dodavateli, a ten dodá zboží, aniž by objednávku písemně potvrdil a aniž o toto potvrzení vůbec stojí. Smlouva by tedy byla platně uzavřena podle soukromého práva⁹⁰⁰ a ve shodě vůli obou stran, ale přesto by byla protiprávní a naplnila by skutkovou podstatu správního deliktu.

Tento těžkopádný požadavek vyvolá transakční náklady pro kupující i prodávající, které vlastně představují (jimi placenou) „cenu“ za to, aby se ev. mohl pohodlněji vyšetřovat případný správní delikt. Praktická použitelnost této přísnosti je však sporná. V podmínkách faktické vyjednávací asymetrie nelze zabránit, aby reálná vyjednávací síla dostala jiný průchod, a aby se projevila třeba antedatovaným písemným sjednáním smluvních podmínek.

Pomím přitom otázku, zda veřejnoprávní předpis vůbec „povoluje“ stranám uzavírat beztrestně smlouvy rámcové a jednotlivé smlouvy konkretizační, a zda obě musejí mít písemnou podobu. Konkretizační smlouvy se kvůli rychlosti, operativnosti a úspoře nákladů běžně uzavírají telefonicky nebo konkludentně na základě telefonické objednávky kupujícího přijetím dodaného zboží.

Co se ovšem pominout nedá, je invazivní zásah ZVTS do soukromoprávní úpravy uzavírání kupních a jiných smluv na poskytnutí služeb souvisejících s prodejem potravin. Zákon totiž formuluje v § 3a jakoby mimochodem, že smlouva mezi odběratelem s významnou tržní silou a dodavatelem musí vedle náležitostí popsanych v písm. a) až e) obsahovat také *podstatné části*.

⁸⁹⁹ Konstatování na s. 36 DZ k ZVTS, že se stranám obligatorností písemné formy smluv poskytuje vyšší míra jistoty v jejich smluvních vztazích, nemusí tedy vůbec odpovídat skutečnosti, nehledě na náklady s takovou pochybnou vyšší právní jistotou spojené; ty smluvní strany nemohou ušetřit bez hrozby výrazného správního postihu.

⁹⁰⁰ Srov. § 1744 ObčZ.

Pod tím nelze rozumně chápat nic jiného než to, co ObčZ označuje jako *základní ustanovení*.

Samozřejmě, že bez dohody o základních ustanoveních nevznikne vůbec příslušný smluvní typ, pro nějž taková základní ustanovení zákon vyžaduje. Problém je v tom, že dohoda o těchto základních ustanoveních musí být písemná, i když písemnou formu ObčZ pro ten který typ vůbec nevyžaduje. *Nepísemná kontraktace* může samozřejmě vést ke vzniku *platné* smlouvy, ale pokud k ní dojde mezi „kvalifikovanými subjekty“ podle ZVTS, představuje současně *správní delikt* odběratele s tzv. významnou tržní silou.

Další důsledek komentované formulace ZVTS může být ten, že za *správní delikt* se bude považovat třeba i písemné uzavření smlouvy, která nebude obsahovat všechny podstatné části smluvního typu, nebo smlouvy smíšené (*causa mixta*). ÚOHS by snad neměl posuzovat kompletnost a soukromoprávní konsistentnost smluv jako předpoklad pro uložení sankce. Nejasný by byl *správněprávní status* platně uzavřené smlouvy *inominátní*,⁹⁰¹ protože ta žádné podstatné části obsahovat nemusí, a přesto může být *platná*. Příkaz ZVTS, aby smlouva povinně obsahovala tzv. podstatné části, určitě nebude možno vykládat extenzivně jako nepřímý zákaz uzavírat mezi kvalifikovanými subjekty smlouvy nepojmenované.

Zákon nevymezuje pro svoje potřeby, *co se rozumí pod písemnou formou* smlouvy. Bude se tedy muset použít soukromoprávní úprava formy právního jednání,⁹⁰² jež je poměrně náročná z hlediska identifikace obsahu smlouvy a určení jednající osoby. V operativních vztazích mezi odběrateli a dodavateli nebude radno spoléhat se pouze na běžná e-mailová sdělení bez zaručeného podpisu nebo ev. přetrvávající faxová sdělení.

Velmi omezující a potenciálně nebezpečný může být požadavek ObčZ, aby písemná forma smlouvy stanovená zákonem (tedy i ZVTS) byla dodržena i při změně smlouvy.⁹⁰³ Změny a doplňky písemných smluv původně splňujících požadavky ZVTS, které by nebyly učiněny v písemné podobě, by byly *neplatné* a platila by tedy jen původní písemná smlouva, ledaže by strany

⁹⁰¹ Podle § 1746 odst. 2 ObčZ mohou strany uzavřít i takovou smlouvu, která není zvláště jako typ upravena (pozn. JB: a která tedy nemá podstatné části, jež ale podle ZVTS mít musí).

⁹⁰² Srov. § 559 a násl. ObčZ.

⁹⁰³ Podle § 564 ObčZ.

vadu formy dodatečně zhojily.⁹⁰⁴ Nedávalo by rozumný smysl, pokud by se při aplikaci ZVTS nepřihlédlo k takové *ex post* „zplatnění“ (rekonvalidované) smlouvě, a pokud by se ukládala správní pokuta s formalistickým zdůvodněním, že původně smlouva nebyla uzavřena písemně.

V této souvislosti je nutno upozornit na dramatické důsledky neurčitého statusového vymezení smluvních stran podle ZVTS. Přestože osobní status odběratelů (působnost ZVTS na ně) je velmi neurčitý a záleží na posouzení Úřadem *ex post*, důsledky uzavření smlouvy mezi dodavatelem a odběratelem s významnou tržní silou⁹⁰⁵ pouze ústně by mohly být závažné.⁹⁰⁶

7.5.2 Diskrece správního orgánu a vybavenost k jejímu uplatňování

Staronovým problémem je způsobilost správního orgánu rozhodovat třeba o tom, zda existuje *výrazná nerovnováha v právech a povinnostech* stran každé jednotlivé transakce;⁹⁰⁷ to by totiž mělo tradičně být doménou rozhodování soudu.

Není vyloučen ani *souběh* rozhodnutí ÚOHS a soudu o téže věci s rozdílným výsledkem; *překážka věci rozhodnuté* správním orgánem by patrně pro soukromoprávní spor neplatila. Státní moc by tedy v téže věci rozhodnout odchylně mohla. Hledat východisko z takové situace by bylo velmi obtížné a právní

⁹⁰⁴ Srov. § 582 ObčZ.

⁹⁰⁵ O níž třeba ani neví, neboť nedosažení samotné obrátové hranice 5 mld Kč není pro odběratele žádnou jistotou, že nemá významnou tržní sílu. Za odběratele s významnou tržní silou může být prohlášen i pod touto hranici, jak jsem dokumentoval na názorech pracovníků ÚOHS výše.

⁹⁰⁶ Striktní a formalistické stanovisko by mohlo vést k závěru, že zákon (ZVTS) stanoví povinnou písemnou formu, a tedy že je smlouva ústní neplatná i *soukromoprávně*, ledaže ji strany *ex post* rekonvalidují. Právně politicky a zřejmě ani pozitivisticky (srov. § 1 odst. 1 ObčZ, druhá věta) takové veřejnoprávní ingerenci do soukromoprávních vztahů nesvědčí žádný rozumný důvod. Spáchání správního deliktu této (z hlediska práva soukromého zanedbatelné) „závažnosti“ by nemělo mít jiný než veřejnoprávní (sankční) dopad. Stejně by se v však neodstranil problém, zda i z hlediska správního trestání znamená dodatečné zhojení dodatečné sepsání ústní dohody, nebo jen prohlášení, že je platná i bez formy? Veřejné právo by asi neuznávalo rekonvalidaci neplatnosti kvůli formě i jen tím, že se strany podle ústní smlouvy budou řídit.

Ustanovení § 582 ObčZ váže konvalidovatelnou neplatnost právního jednání pro rozpor se zákonem nejen na rozpor s ObčZ, ale s jakýmkoliv zákonem (tedy i veřejnoprávním, typu ZVTS). Obecná úvaha o možném konfliktu mezi § 582 odst. 1 ObčZ a § 1 odst. 1, 2 věty ObčZ by výrazně vybočila z tématu práce, a proto se jí zdržuji.

Jiná je samozřejmě praktická stránka věci - zda bude někdo eventuálně neplatnost namítat. ÚOHS se eventuálně nebude zajímat o soukromoprávní neplatnost smlouvy, ale o její formální (ne)soulad s veřejnoprávním příkazem a o to, zda byl spáchán správní delikt či nikoliv.

⁹⁰⁷ Srov. přílohu k ZVTS 2009 č. 5. bod 1, 2. odrážka a § 4 odst. 2a ZVTS po novele.

jistotu o výsledku by strany neměly. Nejjednodušším řešením by samozřejmě byla odvolávka na ustanovení § 1 odst. 1 ObčZ, že uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného. Divergentní režimy v téže věci by nepřispěly nejen právní jistotě, ale ani hladkému chodu obchodních vztahů (situace, kdy chování podnikatele v souladu s vykonatelným soudním rozhodnutím by současně mělo naplnit skutkovou podstatu správního deliktu, je v právním státě bizarní).

To se týká podobně otázky, co je to „*podstatné porušení smlouvy*“⁹⁰⁸ – není zřejmé, zda bude přihlížet Úřad shovívavě k tomu, co si o náplni tohoto pojmu s řadou soukromoprávních důsledků strany sjednaly, nebo zda bude spíše uplatňovat svůj „objektivizovaný“ a korektivní paternalistický názor.

Další z nabízejících se otázek je, zda třeba soukromoprávní smluvní ujednání mezi slabším dodavatelem a „významně tržně silným“ odběratelem obsahující rozvazovací či odkládací podmínky účinnosti, budou také (arg. *per analogiam*, kvůli možnému obcházení účelu zákona) správním deliktem. Rozšiřující analogie ve správním právu je sice problematická, ale pokud se neuplatní, bude docela snadné zákazy zneužití tzv. významné tržní síly touto cestou obcházet.

Znovu se vnučuje myšlenka o *realitě smluvní asymetrie*, která si koneckonců najde *průchod i jinými cestami*, než které zakáže veřejnoprávní předpis.

7.5.3 Cena a jiné povinné náležitosti kupních a souvisejících smluv

Zákon o významné tržní síle se vlamuje do soukromoprávního prostoru i tím, že stanoví další povinné náležitosti smluv mezi dodavatelem a odběratelem nad rámec úpravy soukromoprávní. Sice bez dopadu na jejich platnost a účinnost z hlediska soukromoprávního, nicméně s výrazným možným sankčním dopadem v případě nerespektování požadavků ZVTS (čímž může vyvolat značné „správně deliktní“ transakční náklady). Navíc se v legislativním procesu k již tak kontroverznímu vládnímu návrhu zákona přidalo formou pozměňovacích návrhů zemědělského výboru několik úprav, které jsou problematické, obtížně interpretovatelné a aplikovatelné a narušují právní jistotu, o niž předkladatelům novely údajně šlo.⁹⁰⁹

⁹⁰⁸ Třeba pro účely vrácení nakoupených potravin - § 4 odst. 2 g ZVTS po novele.

⁹⁰⁹ Srov. postřehy v článku NERUDA, R.; ŠIMEČEK, I.; PRÉROVSKÝ, A. Novela zákona o významné tržní síle posiluje právní nejistotu. *EU Legal News*. 2015, č. 12, s. 10.

Seznam tzv. podstatných náležitostí, které musí obsahovat smlouva uzavřená mezi dodavatelem potravin a odběratelem s významnou tržní silou, se doplňuje o některá zčásti modifikovaná pravidla uvedená dříve v přílohách k zákonu.

Musí se sjednat „způsob úhrady“ a „doba na její úhradu“. Způsob úhrady se obvykle označuje jako způsob platby a bývá hotovostní a bezhotovostní a bývá uveden na faktuře. Sjednání způsobu úhrady kupní ceny ve smlouvě může zamezit jednostrannému stanovení způsobu úhrady až prostřednictvím faktury, což by ovšem bylo představitelnější a možná účelné zakazovat spíše v případech, že by faktury vystavoval prodávající jako silnější strana; zde jde však o ochranu slabší strany v postavení dodavatele.

Pod způsobem platby se může rozumět i platba celková nebo platba prostřednictvím splátek. Lze též rozlišovat platbu hladkou a platbu podmíněnou. Pod způsob úhrady lze ovšem zahrnout i možnost zápočtu ceny nebo části kupní ceny za potraviny na úhradu např. marketingových, reklamních a podobných služeb, které poskytne obchodník dodavateli potravin.⁹¹⁰ Je nejasné, zda samotná absence některého z těchto prvků (resp. možností výkladu pojmu „způsob platby“) ve smlouvě, a nebo až jejich praktické použití, se bude pokládat za správní delikt.

Za vadu smlouvy ve smyslu ZVTS by se rozhodně nemělo považovat neuvedení způsobu platby bezhotovostního, který je zcela běžný, a to bez ohledu na to, zda jde o platbu nad limit stanovený zákonem.⁹¹¹

⁹¹⁰ Explicitní zákaz vzájemného zápočtu pohledávek z obchodního styku bez předchozího písemného souhlasu dodavatele obsažený v Příloze 6, bodu 1 ZVTS 2009 (a ostře kritizovaný jako nepřijatelný zásah do smluvní autonomie stran) nová úprava nepřejala. Teoreticky zákon ovšem nebrání podřadit takovou možnost pod generální klauzuli zákazu zneužití významné tržní síly zejm. podle § 3 odst. 1 ZVTS (jako vynucení výhody vůči dodavateli bez spravedlivého důvodu) nebo podle § 4 odst. 2 písm. a ZVTS (jako uplatnění podmínky vytvářející výraznou nerovnováhu v právech a povinnostech smluvních stran).

⁹¹¹ Srov. zák. č. 254/2004 Sb., ve znění novel, o omezení plateb v hotovosti. Podle § 4 tohoto zákona je poskytovatel platby, jejíž výše překračuje limitní částku 270 000 Kč, povinen provést platbu bezhotovostně a naopak příjemce platby, jejíž výše překračuje stanovený limit, nesmí nadlimitní platbu přijmout, jestliže nebyla provedena bezhotovostně. Z toho plyne, že by se kupující platící včas (ale na poslední chvíli), hotově mohl dostat do prodlení a prodávající by v prodlení s přijetím platby v rozporu s veřejnoprávním zákazem nebyl, pokud by hotovostní platbu nepřijal. Placení a akceptace platby v hotovosti v rozporu s touto úpravou mohou ale z hlediska soukromoprávního způsobit zánik povinnosti zaplatit a práva na placení. Přistoupila by k nim však možnost veřejnoprávního postihu za správní delikt pro plátce i příjemce platby (pro podnikatele to představuje hrozbu uložení pokuty až do výše 5 mil. Kč).

„Doba na úhradu“ kupní ceny se v ustálené právní terminologii označuje jako splatnost kupní ceny. Soukromoprávní úprava⁹¹² obsahuje podpůrné pravidlo pro splatnost kupní ceny – podle ní má přednost smlouva a dlužník je povinen plnit i bez výzvy věřitele. Platí-li se před předáním zboží, jedná se o zálohovou platbu (peníze poskytnuté budoucím prodávajícím v souvislosti s připravovanou koupí a přijaté budoucím kupujícím se považují za zálohu).⁹¹³

Problémem ve vztahu mezi dodavateli potravin a velkými odběrateli ovšem zpravidla není zálohová platba, ale zásadní platba se značným odstupem po předání zboží (tzv. úvěrová platba či obchodní úvěr). V těchto obchodních vztazích (mezi podnikateli) platí zvláštní úprava splatnosti podle § 1963 ObčZ.⁹¹⁴ Ta samozřejmě ustupuje eventuálnímu odlišnému smluvnímu ujednání; má dispozitivní charakter, ovšem s obsahovými limity stanovenými zákonem, v nichž se ev. dohoda musí pohybovat, nemá-li být neplatná. V těchto obchodních transakcích platí podpůrně třicetidenní lhůta splatnosti. Je-li obsahem vzájemného závazku podnikatelů povinnost dodat zboží nebo službu za úplatu, je cena splatná v této lhůtě, aniž je nutná výzva k placení. Lhůta se počítá buď ode dne doručení faktury nebo obdobné výzvy dlužníkovi, anebo ode dne, kdy dlužník obdržel zboží – rozhoduje ten okamžik, který nastal později. Zákon upravuje ještě další okamžik začátku běhu lhůty, a to s předností ve vztahu k výše uvedeným dvěma: sjednaly-li si strany převzetí zboží nebo kontrolu řádného splnění (tzv. kontrolní přejímku), je cena splatná do třiceti dnů ode dne převzetí, popřípadě kontroly řádného plnění. Občanský zákoník sice umožňuje odchýlnou dohodu stran, ale jen v rámci obecně stanoveného korektivu jakési morální přijatelnosti.⁹¹⁵ Tyto možnosti

⁹¹² § 1958 a násl. ObčZ.

⁹¹³ § 1807 ObčZ.

⁹¹⁴ Implementuje se jím směrnice EU 2011/7 o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích. Směrnice má ochranný účel, nehledě na její použitelnost pro vztahy „business to business“, resp. „business to government“. Byla vydána proto, že rozdílná platební morálka, jakož i diametrálně odlišně sjednávané lhůty splatnosti narušovaly podnikatelské prostředí na evropském trhu, konečkonců zkruslovaly i soutěžní podmínky a zkruslovaly působení trhu.

⁹¹⁵ Srov. BEJČEK, J. In: BEJČEK, J.; ŠILHÁN, J. a kol. *Obchodní smlouvy. Závazky v podnikání*. Praha: C.H. Beck, 2015, s. 239 a násl.

formuluje ObčZ pro vztahy mezi podnikateli dvoustupňově:

- lhůta splatnosti do 60 dnů může být sjednána bez zvláštních omezení;
- lhůta splatnosti 61 dnů a více se smí sjednat jen tehdy, pokud to není vůči věřiteli hrubě nespravedlivé. Nesmí jít tedy o zneužití práva, o *exces*.⁹¹⁶

Zákonem preferovaná třicetidenní lhůta splatnosti představuje i jakýsi referenční rámec pro veřejnoprávní delikt zneužití významné tržní síly. Komentovaný ZVTS spojuje se sjednáváním platební lhůty delší než 30 dnů (nikoliv již sjednáváním systematickým jako v ZVTS 2009) počítané ode dne doručení faktury skutkovou podstatu správního deliktu. Tato úprava tedy pro subjekty s tzv. významnou tržní silou zužuje fakticky prostor pro sjednávání lhůt splatnosti daný ustanoveními § 1963 a násl. ObčZ, a to i když by se jednalo o ojedinělý případ jednorázového sjednání delší lhůty splatnosti.⁹¹⁷ Soukromoprávní platnost dohod o prodloužené splatnosti pohybuje se v mezích daných § 1963 a násl. ObčZ není ovšem touto veřejnoprávní úpravou dotčena – v ní se řeší jen správní trestání.

Strany si mohou samozřejmě sjednat splátky⁹¹⁸ kupní ceny, aniž by porušily soukromoprávní zákonná pravidla o splatnosti ceny podle § 1963 ObčZ.⁹¹⁹ Budou se však i tam pohybovat v „šedé zóně“ mezi jasně dovoleným a nesporným, a sporným či zakázaným. Jakkoliv nízká formální první splátka do 30 dnů by mohla být součástí zneužití či obcházení práva, pokud by lhůta celkového splacení kupní ceny několikanásobně přesáhla limity stanovené zákonem. Ještě komplikovanější to může být s naplněním slov ZVTS.

Požadavek ZVTS⁹²⁰ je vyjádřen slovy „doba splatnosti kupní ceny“, z čehož by se dala dovozovat splatnost celková (úplná), tedy v případě použití splátek splatnost poslední splátky na celkovou cenu. To je ovšem ekonomicky

⁹¹⁶ Kvalifikovaná nespravedlnost ve vztazích mezi podnikateli se bude sotva moci dovozovat jen z prostého výsledku zcela dobrovolné dohody, s níž tedy souhlasil i prodávající; patrně bude přistupovat i nápadný mocenský nepoměr a porucha autonomie vůle při sjednávání takové dohody.

⁹¹⁷ O omezení *stricto sensu* nepůjde ani v případě, že kupující kalkulují s tím, že nebudou odhaleni, resp. počítají ve svém rizikovém chování s eventuálním zaplacením veřejnoprávní sankce.

⁹¹⁸ Srov. § 1931 ObčZ.

⁹¹⁹ Srov. § 1966 ObčZ.

⁹²⁰ Srov. § 3a písm. a) ZVTS po novele.

neodůvodněné v případě plateb za nízkoobrátkové zboží (trvanlivé a konzervované potraviny, alkoholické nápoje apod.), u něhož by tímto způsobem byl kupující nepřímou nucen poskytovat prodávajícímu obchodní úvěr, resp. za cenu vyšších nákladů pro sebe i pro prodávajícího (a v důsledku s dopadem zvýšení ceny pro konečného spotřebitele a rizika krátkodobého výpadku určitého sortimentu) objednávat a platit menší objemy zboží s vyššími dopravními a doprovodnými logistickými náklady.

Písemná smlouva mezi odběratelem s významnou tržní silou a dodavatelem musí nově obsahovat také „vyšší (*sic*) veškerých (*sic*) peněžních plnění dodavatele, jejichž celková suma nesmí překročit 3 % z ročních tržeb dodavatele za poslední ukončené účetní období v délce 12 měsíců za potraviny dodané jednotlivému odběrateli v roce, ve kterém došlo k finančnímu plnění.“ Má se tak patrně zakotvit strop veškerých peněžních plnění dodavatelů odběratelům. Není ovšem vůbec jasné, jak se má tento text vyložit.⁹²¹

Toto ustanovení bylo do novely zákona doplněno pozměňovacím návrhem po projednání v zemědělském výboru Poslanecké sněmovny. Cílem bylo zřejmě omezit tzv. doplňkové služby, na které se zákon nově také vztahuje, a také dalších nákladů, které odběratelé přenášejí na dodavatele bez reálné možnosti jejich volby.⁹²²

Podle čistě jazykového výkladu ustanovení nyní zahrnuje veškerá finanční plnění, tj. i plnění za doplňkové služby (marketing v prodejnách, letáky apod.). Silní dodavatelé s vlastní marketingovou strategií, se mohou tohoto výkladu obávat, neboť doplňkové služby jim nezřídka poskytují odběratelé na žádost dodavatelů až v rozsahu několika desítek procent z ročních tržeb a není důvod pokládat to za nekalou praxi řetězců, před kterou by měl být dodavatel sám si objednavší tuto „praktiku“ chráněn.

Do výše (což asi zákon měl a chtěl říci) „veškerých“ plnění dodavatele se patrně budou z povahy věci započítávat jakékoliv peněžní platby

⁹²¹ Celková částky se pravděpodobně lze dobrat za splnění dvou podmínek - představuje sice částku za poslední ukončené účetní období v délce 12 měsíců, ale jen jde-li o tržby za zboží *dodané* ve stejném období, tedy v roce, v němž dodavatel poskytl finanční plnění. Dodávka a tržby se zpravidla časově rozcházejí. Tržby v daném roce by tak neměly zahrnovat tržby za dodávky, které byly uskutečněny v roce předchozím.

⁹²² Původní znění pozměňovacího návrhu ovšem předpokládalo taxativní výčet finančních plnění, na která se bude 3% limit vztahovat, ale z konečné verze návrhu tento výčet vypadl.

dodavatele jako dlužníka odběrateli jako věřiteli. Podle textu zákona nemusí jít samozřejmě jen o platby za služby (marketingové a reklamní, pojišťovací, logistické apod.) poskytnuté odběratelem dodavateli, jež si často sami dodavatelé u odběratelů objednávají a které jim přitom odběratelé vůbec nevnučují, ale jsou často schopni zajistit je pro dodavatele výhodněji. Mohlo by jít též o peněžní plnění ze strany dodavatele z titulu sankčních ujednání (např. smluvních pokut, splátek úvěrů, plnění na základě narovnání, apod.).

Horní limit takovýchto plnění mechanicky stanovený zákonem ovšem nedává rozumný smysl. Pokud by se dodržoval, znamenalo by to demotivaci dodavatelů k řádnému plnění povinností a poškození odběratelů. Šlo by o nepřipustný zásah do smluvní autonomie stran – soukromé právo má vlastní (a nikoliv mechanistická, ale kontextuální) hlediska kontroly obsahové správnosti smluvních ujednání.

Požadavek zákona může omezit spolupráci stran fixně stanoveným limitem peněžního plnění v rozporu s obchodními zájmy obou stran, které nemají nic společného s tzv. významnou tržní mocí jedné z nich. Alternativou postupu je zachování rozsahu služby, ale snížení její kvality a ceny. Lze si představit též skryté formy úhrady těchto služeb se zachovaným rozsahem i kvalitou v jiné podobě, třeba u cenových ujednání formou slev nebo stanovením nižší základní ceny příslušné potraviny, přihlížející k zákonem přikázanému „nezaplacení“ části služeb poskytnutých odběratelem dodavateli na jeho žádost.⁹²³

Není jasný též vztah tohoto 3% „peněžního stropu“ ke způsobu určení slevy z kupní ceny.⁹²⁴ Není jasné, zda limit peněžního ve výši 3% je absolutní a nepřekročitelný, a nebo zda případná explicitní dohoda o slevě z ceny zboží vázané na hodnotu služeb poskytnutých odběratelem dodavateli může mít přednost před zákazem překročit 3% limit. Jde vlastně o formu nepřímé cenové regulace formou stanovení závazného limitu (paušálního cenového

⁹²³ Signály z praxe naznačují, že řetězce na změnu zákona reagují právě takto–totiž tlakem na snížení základních cen potravin o výši ceny za poskytnuté marketingové služby. Z toho lze usuzovat, že spíše nepočítají s možností uzavírat separátní smlouvy na poskytnutí takových služeb. Nekoncepční a jednostranně účelová a „prvoplánovaná“ regulace se tak - zcela předvídatelně - obchází kompenzací, neboli přesunem platby za služby do nižších cen za potraviny. Je to z hlediska odběratelů právně jistější a asi sotva napadnutelné, ale demonstruje to lichost nadbytečné regulace a reglemenace trhu.

⁹²⁴ Podle § 3a písm. a) ZVTS po novele, část věty za prvou čárkou.

stropu), a přitom naprosto bez vztahu k předmětu a skutečné tržní hodnotě plnění z dodatkových služeb, o něž sami dodavatelé často žádají a platí za ně dobrovolně mnohonásobně (ba i řádově) více než 3%.

Specialita a generalita obou ustanovení (resp. jejich paralelita) se těžko odhaduje a s pravděpodobností hraničící s jistotou si poslanci doplnivší tento bod do vládního návrhu tuto otázku ani nepoložili, takže lze sotva dovodit tzv. vůli zákonodárce jako interpretační vodítko.

Kromě vážných pochybností o ekonomické účelnosti takové paušalizace cenového stropu (bez vztahu k potřebám a zájmům stran a k tržní hodnotě „zastropovaného“ protiplnění) ponechávám stranou otázku, zda je legislativně technicky vhodné a ústavně konformní, aby do regulace cen upravené zvláštním zákonem a svěřené specializovaným cenovým orgánům⁹²⁵ zasahoval normativně stát (tedy nikoliv *ad hoc* eventuálním přiměřeným správním rozhodnutím v jednotlivém případě), a to navíc hned s právní silou zákona. ZVTS je vlastně skrytou a nepřímou novelizací CenZ.

Podle CenZ i „úředně stanovené ceny“ u určeného druhu zboží stanovují cenové orgány jako maximální, pevné nebo minimální; neděje se tak nepružnou a nenamítatelnou formou zákona. To se dá pokládat za excesivní postup regulace cen v tržní ekonomice.

Je docela pravděpodobné, že se toto nedomyšlené neadekvátní ustanovení ZVTS bude obcházet. Bude např. možné sjednávat si marketingové služby, které jsou v rozsahu až desítek procent a jsou poskytovány na žádost dodavatele transparentně jako zvláštní předmět zvláštních smluv, a nikoliv v rámci dodávkových smluv na potraviny. Je též možné tyto služby poskytovat prostřednictvím třetí osoby, což by je ale asi zdražilo.

Komentované ustanovení ukázkově demonstruje past kasuističnosti spojené s nepřesnými formulacemi. Je možné, že se této limitaci budou snažit odběratelé vyhnout tím, že by marketingové služby sjednávaly jako zvláštní předmět zvláštních smluv, a nikoli v rámci dodávkových smluv na potraviny. Nemusí tomu zabránit ani § 3a písm. c), podle něhož výše ceny služeb souvisejících s nákupem nebo prodejem potravin musí být součástí dodávkové smlouvy na potraviny. Zákon přece nestanovil povinnost dodávat

⁹²⁵ Slov. § 3 - § 5 CenZ.

marketingové služby tímž subjektem, který dodává potraviny (není předepsána junktimace dodávek služeb a potravin a marketingovou a reklamní společnost nelze nutit, aby dodávala potraviny). Kdyby se marketingové služby přenesly na jiný subjekt, ZVTS by se na něj nevztahoval. Jestli by taková společnost byla spoluvlastněna nebo ovládána odběratelem, je již jiná otázka a záviselo by na posouzení ÚOHS, zda by účelnou diverzifikaci podnikatelských aktivit sankcionoval jakožto obcházení zákona.

Zákon nově vyžaduje,⁹²⁶ aby se strany povinně písemně dohodly na době garantované platnosti kupní ceny, jež nesmí překročit 3 měsíce od data první dodávky potraviny, na kterou byla kupní cena sjednána.

Formulace je pythická a není z ní jasno,⁹²⁷ zda tím zákon chce stanovit povinnost stran garantovat kupní cena nanejvýše na tři měsíce (přičemž po této době by mohl prodávající požadovat cenu vyšší?), a nebo zda jen v případě, že se strany na garantované kupní ceně dohodnou, nesmí maximální doba takto sjednané garance překročit tři měsíce. I v tomto bodě přináší zákon spíše právní nejistotu, než aby ji odstranil, a to v důsledku lobbistických tlaků nezpůsobivých či neochotných jasně artikulovat skutečné skryté zájmy.

Lze se jen dohadovat, že smyslem úpravy bylo zajistit, aby se dodavatel (ať už prvovýrobce nebo zpracovatel či překupník) snad nezavázal k dlouhodobým dodávkám za ceny, které se později ukážou jako neudržitelné. Soukromé právo zná nástroj valorizace kupní ceny pomocí cenové doložky,⁹²⁸ který se dá použít i ve vztahu mezi dodavatelem a odběratelem s tzv. významnou tržní silou. Zákon o významné tržní síle tak vlastně nepřímou nutí smluvní strany k nejméně kvartálním cenovým renegociacím, což je pro ně nákladné. Jde o tlak na nucenou valorizaci a nepřímý (ale důrazný) zásah do smluvní svobody tvorby cen.⁹²⁹

⁹²⁶ V § 3a, písm. d) ZVTS po novele.

⁹²⁷ Jak upozorňují NERUDA, ŠIMEČEK, PŘEROVSKÝ, op. cit., s. 10. Zákon totiž stanoví, že písemná dohoda stran, jednou z nichž je odběratel s tzv. významnou tržní silou, maximální tříměsíční dobu garantované platnosti kupní ceny obsahovat *musí*.

⁹²⁸ Srov. § 2154–§ 2156 ObčZ.

⁹²⁹ Smlouva, jež by obsahovala ujednání, že nezmění-li se v průběhu předchozího kvartálu dohodou stran garantovaná výše kupní ceny, tak se garantuje cena na další kvartál, by se podle arbitrárního přístupu ÚOHS mohla buď uznat za souladnou se ZVTS, a nebo naopak prohlásit za obcházení kogentního ustanovení § 3a písm. d) zákona a za sankčně postižitelný správní delikt.

Zákon též reaguje na okolnost, že odběratelé někdy poskytují doprovodné služby související s nákupem nebo prodejem potravin. Někteří dodavatelé tvrdí, že si na nich využívání těchto služeb odběratelé spíše vynucují, jiní dodavatelé o takové služby naopak sami žádají, protože by si je sami nedokázali zajistit vůbec nebo ne tak výhodně.⁹³⁰ Pokud je součástí obchodního vztahu poskytování a přijímání služeb souvisejících s nákupem či prodejem potravin, musí se ve smlouvě povinně a písemně dohodnout způsob spolupráce při jejich přijímání a poskytování co do předmětu, rozsahu, způsobu a doby plnění, výše ceny nebo způsobu jejího určení.

Novinkou je povinnost relevantních smluvních stran dojednat si způsob postoupení pohledávky, který se řídí příslušnými ustanoveními občanského zákoníku.⁹³¹ Vzniká opět nejasnost především kolem nesjednaného režimu postoupení. Podle soukromoprávní úpravy nemusí být možnost postoupení pohledávky předem sjednána a postoupení je platné, splňuje-li podmínky stanovené zákonem.⁹³²

Zákon o významné tržní síle sice nadbytečně potvrzuje, že se postoupení pohledávek řídí občanským zákoníkem, ale neposkytuje naopak potřebnou informaci o tom, co se stane, když možnost postoupení pohledávek nebude sjednána. Z hlediska soukromoprávního je zakotvení nebo nezakotvení podmínek cese irelevantní, samozřejmě na rozdíl od vlastního obsahu těchto případně sjednaných podmínek. Obsah podmínek naopak vůbec nezajímá ZVTS, který stanoví jen skutkovou podstatu správního deliktu neexistence písemné dohody o způsobu postoupení pohledávek.

Text ZVTS přikazuje dohodnout se právě jen na „způsobu“ postoupení pohledávek, který ovšem upravuje právě ObčZ i bez dohody mezi stranami. V ZVTS se nehovoří ani o „možnosti“, ani o „podmínkách“ postoupení.

⁹³⁰ Nelze samozřejmě apriorně vyloučit, že někteří dodavatelé o takové služby sice formálně žádají, ale ve skutečnosti je nechťejí, nebo sice ano, ale nikoliv za nabízenou cenu či protiplnění. Důvodem, proč nakonec službu objednájí, může být „balíčkování“ komplexních služeb odběratelem, jenž tím podmiňuje další spolupráci se svým dosavadním dodavatelem potravin, nebo navázání spolupráce s novým zájemcem o dodávky.

⁹³¹ V § 3a, písm. e) ZVTS po novele. Nahradila se tak úprava explicitně zakazující pouze odběrateli, aby zakázal smluvní straně postoupení pohledávek třetím osobám, které má vůči odběrateli (srov. Přílohu 5 k ZVTS 2009).

⁹³² Srov. § 1879 a násl. ObčZ.

Je zarážející, že odběratele s tzv. významnou tržní silou by bylo možno správněprávně stíhat jen proto, že nesjednal mezi povinnými náležitostmi smlouvy způsob postoupení pohledávek.⁹³³

Věřejnoprávním postihem se hrozí odběrateli s významnou tržní silou za nesjednání povinné náležitosti smlouvy, což je ovšem výsledek dvou- či vícestranného jednání a nezávisí jen na něm. Deliktem je samotná absence ujednání (nebo stačí dokonce i povinnou náležitost sjednat, ale pouze ústně) povinné náležitosti smlouvy; podle zákona vůbec není třeba, aby se nesjednaná smluvní náležitost jakkoliv projevila v činnosti odběratele (tedy i když se žádné pohledávky nepostupovaly, přesto by byl spáchán delikt jen tím, že se o způsobu postoupení pohledávek strany písemně nedohodly).

Takový dopad je ovšem absurdní a hraničí se samoučelným, umělým a dysfunkčním vytvářením protiprávností a s kvazikriminalizací podnikání a s odrazováním od kontraktace v působnosti ZVTS. Věcí restriktivnějšího a rozumnějšího výkladového vkusu (s nebezpečím výkladové extenze) by byl postih za nesjednání „způsobu“ postoupení pohledávek až při souběhu s písemně „nepředjednaným“ postoupením pohledávky.⁹³⁴

⁹³³ Srov. § 8 odst. 1 písm. d) ZVTS po novele.

⁹³⁴ Poněkud potměšilá argumentace by mohla zákonu vyčítat i okolnost, že při postoupení pohledávek podle § 3a písm. e) ZVTS se odvolává na úpravu v občanském zákoníku (tedy ji uznává), zatímco u náležitostí upravených v písmenech a)–d) téhož ustanovení (cena, sleva z ceny, valorizace, splatnost ceny, doba a předmět plnění atd.) se o občanském zákoníku nezmiňuje.

Pokud by se to nepřičítalo pravděpodobnějšímu důvodu (totiž že poslanecký pozměňovací návrh k písm. e) odkaz na ObčZ obsahuje chybně a z nedostatku vědomí o možných důsledcích pro výkladovou logiku), dalo by se argumentovat formálně a *contrario*, že ZVTS mění jako sektorový *lex specialis* příslušná ustanovení ObčZ o koupi věci movité. Ty by bylo nepřijatelné principiálně z hlediska právně politického a z pohledu dělby působnosti mezi právo soukromé a právo veřejné, ale patrně by to narazilo i pozitivně právně–srov. ustanovení § 1 odst. 1 ObčZ, podle něhož je uplatňování práva soukromého nezávislé na uplatňování práva veřejného.

Právní úpravy kombinující prvky veřejného a soukromého práva mají mj. tu nevýhodu, že se ztrácí jistota o použití interpretačního pravidla *lex specialis derogat legi generali* a že se neví, který z rozporných zákonů je speciální a který obecný. Srov. HOLLÄNDER, P. *Pojmy v Sisyfovej kerošni*, Kalligram, Bratislava 2015, s. 228. Projevuje se obecnější dopad skutečnosti, že regulace se stává stále kasuističtějším prostředkem k řízení sociálních a ekonomických vztahů a krátkodobá účelovost vytlačuje hledání dlouhodobé spravedlnosti. Srov. tamtéž, s odkazem na SCHNEIDER, H. *Gesetzgebung*, 2. A., Heidelberg 1991, s. 252, 256.

7.5.4 Nákupní aliance a další účastníci vztahu

Zákon po novele zpřesnil pojem „dodavatel“. Odstranil z něj oproti předchozí verzi jakoukoliv zmínku o soutěžiteli, patrně aby se odstranila jakákoliv souvislost ZVTS s ochranou hospodářské soutěže, na niž se ZVTS 2009 systematicky odvolával. Místo dřívějšího „soutěžitele“ je nyní dodavatelem každý „podnikatel“, pokud prodává potraviny za účelem jejich dalšího prodeje nebo přijímá nebo poskytuje služby s prodejem potravin související.

Odběratele definuje ZVTS jako podnikatele nebo nákupní alianci, pokud nakupují potraviny za účelem jejich dalšího prodeje nebo přijímají nebo poskytují služby s nákupem potravin související; za odběratele se považuje také ten, kdo takový nákup nebo služby pro jiného odběratele zajišťuje na základě smlouvy příkazního typu (tím se chce zamezit obcházení zákona angažováním zprostředkovatelů a obchodních zástupců; podle ZVTS 2009 byl totiž odběratelem jen soutěžitel, který odebíral zboží za účelem dalšího prodeje).⁹³⁵ Protože se ÚOHS dosud nesetkal se zneužíváním významné tržní síly zprostředkovateli na straně dodavatelů, ZVTS ji neupravuje a reaguje v novele jen na „realitu a potřebu regulace trhu“, ⁹³⁶ čímž se rozumí

⁹³⁵ Srov. znění § 2 ZVTS 2009 a § 2 ZVTS po novele.

⁹³⁶ Srov. DZ k ZVTS, s. 34. Kouzlem nechtěného se v textu DZ připouští možnost zneužití významné tržní síly i na straně dodavatelů; jak jsem komentoval výše, z proklamovaného rozšíření osobní působnosti ZVTS i na dodavatele nakonec z obskurních důvodů sešlo, ale DZ adjustovaná na původní záměr nebyla důsledně „vyčištěna“, i když snaha o to byla. Tak se např. ve starší verzi DZ k návrhu novely zákona z r. 2014 na s. 34 objevila formulace „co se týče prodejních aliancí, nebyl dosud zaznamenán případ, který by se týkal případného zneužití významné tržní síly. Proto nejsou prodejní aliance v definicích zahrnuty.

Tyto dvě věty byly z DZ předloženy parlamentu na podzim 2015 vypuštěny. Zákon ani DZ k němu neřeší otázku prodejních aliancí jakožto dohod na straně dodavatelů snažících se jejich prostřednictvím získat výhodnější podmínky a kompenzovat tak slabší postavení jednotlivých členů prodejní aliance vůči dodavatelům.

V některých zemích se již dříve prodejní aliance do určité velikosti povolovaly jako legitimní sebeobrana malých a středních dodavatelů proti větším odběratelům, aby tak odběratelé lépe čelili vyjednávací síle výrobců vůči distributorům a aby se snižovaly administrativní náklady na neustálé se měnícím trhu (srov. RAFFAELI, op. cit., s. 60).

Dokonce někde požívaly i výhod blokované výjimky ze zákazu kartelů. I dnes se někde připouští použití klauzule „de minimis“ i pro cenové dohody se zanedbatelným dopadem na hospodářskou soutěž. Blíže viz zejm. BEJČEK, 2000, op. cit. a údaje a komentáře v kapitolách 7 a 9.

potřeba regulace zneužití tzv. významné tržní síly jen na poptávkové straně. Popírá se tak fakt, že i dodavatelé mohou disponovat tím, co zákon označuje jako vyjednávací sílu.⁹³⁷

Zdánlivě průlomové a zásadní je osobní rozšíření působnosti ZVTS na tzv. nákupní aliance, pro které DZ nemohla použít obecnějšího výrazu nežli „entity“. Nákupní aliance mohly podle DZ dříve „zneužívat významnou tržní sílu stejně jako samostatní odběratelé nebo dodavatelé“ (sic) a obcházet tak dřívější zákon. Že za to nemohly být volány k odpovědnosti, pokládá ÚOHS za nespravedlivé.⁹³⁸

Podle § 2 písm. c) ZVTS je nákupní aliancí uskupení odběratelů, vzniklé na základě smlouvy, jiného právního jednání nebo jiné právní skutečnosti, které *provádí spolupráci mezi odběrateli* v souvislosti s nákupem potravin za účelem jejich dalšího prodeje nebo přijímáním nebo poskytováním služeb s tím souvisejících, nebo bylo za účelem této spolupráce *vytvořeno*, nezávisle na tom, zda toto uskupení má nebo nemá právní osobnost.

Definice je velmi široká a vágní. Zahrnuje právní subjekty, ale i bezsubjektové uskupení vzniknuvší dokonce mimosmluvně, jejímž prostřednictvím odběratelé ani ještě fakticky nespolupracují, ale stačí, že uskupení za tímto účelem bylo již jen vytvořeno. Na mysl přichází koncern nebo jiné způsoby ovládnání, ale problém bude dokázat, že koncern vznikl za účelem kordinace chování odběratelů.

Může jít i o volnější asociování odběratelů, ale účelovost je ze zákona podmínkou naplnění zákonné definice, stejně jako vědomost a záměrnost vytvoření nákupní aliance. Samotná spolupráce mezi odběrateli se nijak kvalitativně, časově ani rozsahově nevymezuje, takže postačovat patrně bude jakákoliv spolupráce, resp. zamýšlený účel jakékoliv spolupráce. Není vůbec nutné, aby šlo o spolupráci nelegitimní, např. ve formě dohod nebo rozhodnutí sdružení soutěžitelů, narušujících hospodářskou soutěž.

⁹³⁷ V celé řadě sortimentních položek (např. tuky, minerální vody, piva, sušenky) je tržní síla jednoho dodavatele větší než tří největších obchodníků dohromady—stov. NOVÁKOVÁ, M. Komu se vyplatí zpřísnění regulace obchodu? *Presentace na Svatomartinské konferenci ÚOHS*. 12. 11. 2015, s. 11.

⁹³⁸ DZ k ZVTS, s. 34.

Zákon a ani DZ k ZVTS přirozeně neřeší otázku, proč se proti tzv. nákupní alianci koordinující chování konkurentů nepostupuje podle ZOHS jako proti dohodě soutěžitelů omezující soutěž. Nejde-li o tzv. bagatelní kartel, jehož dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný a ZOHS se na něj nevztahuje,⁹³⁹ mělo by se totiž zásadně postupovat podle ZOHS.

Podle stávající doktríny a judikatury by se zákaz dohod nepochybně vztahoval na tzv. kartely tvrdé, zejména jakékoliv dohody cenové a dohody o rozdělení trhu, a to bez ohledu na ev. zanedbatelný dopad na soutěž.⁹⁴⁰ Přítom koordinace soutěžního chování na straně nabídky i poptávky může být srovnatelně nebezpečná z hlediska existenční ochrany soutěže; pro konečného spotřebitele může být dokonce nebezpečnější koordinace chování na straně nabídky vůči nekoordinovaným odběratelům (dopad na ceny a kvalitu zboží). Významnou tržní sílu má podle zákona⁹⁴¹ taková nákupní aliance, u které společný obrat jejich členů⁹⁴² za prodej potravin a služeb s tím souvisejících na území České republiky přesáhne 5 mld. Kč za poslední ukončené účetní období v délce 12 měsíců.

Pokud účastníci nákupní aliance nestvrdí svůj koordinační záměr smluvně (což lze přepokládat jen stěží), vzniká samozřejmě otázka, kdo je členem tzv. nákupní aliance, a jak se vlastně dá takové členství dokázat. Jednoduché by to bylo, pokud by se jednalo o sdružení podnikatelů na formálním principu (např. typu Asociace tradičního obchodu), které tedy má jasno o své členské základně, ale které by muselo být alespoň založeno za účelem spolupráce mezi odběrateli.

U volnějších asociací bude muset členství dokazovat ÚOHS např. důkazy o systematické či aspoň opakované účasti na společných jednáních a setkáních členů aliance či na jiných jejích aktivitách. Tvrzené „členství“ v asociaci nebo členství reálné není jen formální statusovou otázkou, ale může mít závažný právní dopad, a proto bude nepochybně předmětem zásadních sporů.

⁹³⁹ Srov. § 3 odst. 1 in fine ZOHS. Odkazují na podrobenější rozbor vztahu ZVTS a ZOHS v 9. kapitole této práce.

⁹⁴⁰ Cílové dohody omezující soutěž se zatím zakazují jako takové a jejich nebezpečnost se nedokazuje zkoumáním reálného dopadu na soutěž, ale již pouhým poukazem na druhové nebezpečí takových dohod pro soutěž.

⁹⁴¹ Srov. § 3 odst. 4 písm. c) ZVTS. Jde opět jen o zákonnou domněnku významné tržní síly, která může být vyvrácena s použitím kritérií uvedených v § 3 odst. 1 a 2 ZVTS.

⁹⁴² Myslí se evidentně „společný obrat jejichž členů“.

Pokuta uložená nákupní alianci se podle § 8 odst. 5 ZVTS se totiž zajišťuje zákonným společným a nerozdílným ručením jejích členů za její zaplacení. Chce se tím patrně obejít praktický problém s výkonem rozhodnutí, který by vznikl, pokud by správní pokuta byla uložena bezsubjektově nákupní alianci. Pro uložení pokuty nákupní alianci je spolehlivý důkaz členství v alianci důležitý také proto, že pokuta uložená nákupní alianci nebo jejím členům se počítá se z úhrnu čistých obrátů dosažených jejími členy za poslední ukončené účetní období.⁹⁴³

Jednodušší samozřejmě bude uplatnit možný správní postih zneužití významné tržní síly vůči subjektivním nákupním aliancím nežli vůči „entitám“ bez právní subjektivity. Podle tohoto kritéria se zužuje i okruh působnosti zákona. Nákupní asociace bez právní osobnosti se přirozeně nemohou dopustit deliktu předpokládajícího právní subjektivitu – nemohou tedy nesjednat povinné náležitosti smluv mezi odběratelem a dodavatelem s významnou tržní silou podle § 3a ZVTS, protože nákupní aliance nemůže být vůbec smluvní stranou.

Nákupní aliance jako taková nemůže rovněž zneužít svoji významnou tržní sílu formou předpokládanou zákonem („sjednávání“, „uplatňování“, „získávání“ apod. smluvních podmínek podle § 4 odst. 2 ZVTS; těmito podstatami se zabývám v následující subkapitole).

Je otázka, jestli se v praxi vůbec někdy podaří *přičíst* některé *nákupní alianci jako celku* jednání některého z jejích členů, který sám o sobě vůbec nemusí splňovat kritéria disponování významnou tržní silou. Veškeré skutkové podstaty zneužití významné tržní síly uvedené v zákoně míří na individuální jednání odběratelů, anebo (pokud by šlo o jednání kolektivní) by „spolupráce mezi odběrateli“ byla pravděpodobně takového charakteru, že by šlo o dohodu omezující soutěž.⁹⁴⁴

Zákon přitom ani neformuluje domněnku, že by aliance měla *postavení odběratele*; není to ostatně ani reálně možné, protože aliance jako taková nemůže ani kontrahovat, ani nakupovat. Musel by se tedy takové nákupní alianci spolehlivě prokázat *účel* jejího založení k tomu, aby „prováděla spolupráci“ odběratelů, nebo samotné „provádění spolupráce“ mezi odběrateli v souvislosti

⁹⁴³ Srov. § 8 odst. 4 písm. b) ZVTS po novele.

⁹⁴⁴ Srov. § 4 odst. 2 ZVTS a následující subkapitolu.

s nákupem potravin za účelem jejich dalšího prodeje nebo přijímáním nebo poskytováním služeb s tím souvisejících. Jako pravděpodobnější si lze představit spíše situaci, že nákupní asociace centralizovaně nabízejí či provádějí např. související marketingové služby související s prodejem potravin nežli přímé centralizované nákupy zboží.

Stranou nechávám relativně samostatnou problematiku účastenství ve správním řízení. Obecně se na účastenství v řízení použijí přiměřeně ustanovení ZOHS obsažená v jeho hlavě VI (Účastníci řízení).⁹⁴⁵ V úvahu připadá obecná definice účastníka jako toho, o jehož právech a povinnostech stanovených zákonem má být v řízení rozhodnuto.⁹⁴⁶

7.5.5 Generální klauzule zneužití významné tržní síly

Zákon se po novele oprostil od šesti velmi rozsáhlých a kasuistických příloh, které byly navíc velmi nepřehledně formulovány.⁹⁴⁷ Tuto nevhodnou techniku nahradil po vzoru úpravy zneužití dominantního postavení podle § 11 ZOHS generální klauzulí zákazu zneužití významné tržní síly, kombinovanou s demonstrativním výčtem jedenácti konkrétních skutkových podstat. Z generální klauzule zákazu zneužití významné tržní síly byla vypuštěna podmínka *soustavnosti* jednání a podmínka *podstatného narušení hospodářské soutěže* na relevantním trhu jakožto cíle nebo výsledku zakázaného jednání. Zůstal v ní tedy jen holý zákaz zneužití neurčitě formulované významné tržní síly podle § 3 odst. 1 a 2 ZVTS po novele.

Podmínka soustavnosti protiprávního jednání se ovšem i přes svoje explicitní vypuštění z textu generální klauzule ZVTS 2009⁹⁴⁸ přece jen do jednotlivých skutkových podstat implicitně vlomila; je otázka, zda to bylo záměrem zákonodárce či jeho nepozorností. V řadě z nich se totiž používá nedokonavý vid sloves, což indikuje opakovanost. Opakovanost je znak soustavnosti, resp. se dá z hlediska obecného vnímání významu pojmu pokládat i za synonymum soustavnosti.

⁹⁴⁵ Srov. § 7 odst. 1 ZVTS po novele.

⁹⁴⁶ Podle § 21a odst. 2 ZOHS ve spojení s § 7 odst. 1 ZVTS po novele.

⁹⁴⁷ Spíše připomínaly nepříliš formulačně korigovanou sbírku stížností, přání a představ dodavatelů nežli normativní text na úrovni zákona.

⁹⁴⁸ Srov. § 4 ZVTS 2009.

Z Důvodové zprávy⁹⁴⁹ plyne jen jednoznačně formulovaný záměr vypustit ze zákonných požadavků podmínku soustavnosti zakázaného jednání. Argumentuje se přitom „účelem jednotného systematického přístupu jako v případech zneužití dominantního postavení.“ Pokud se ovšem odkazuje na úpravu zneužití dominantního postavení v § 11 odst. 1 ZOHS, tak ta není právě příkladem jednotného systematického přístupu. Její jazyková nejednotnost je přímo ukázková a zamýšlený obsah právní úpravy se musí „zachraňovat“ rozhodovací praxí a judikaturou opřenou především o interpretaci pomocí smyslu a účelu úpravy.

Z šesti příkladmo formulovaných skutkových podstat zneužití dominantního postavení jsou jen dvě formulovány podstatnými jmény slovesnými odvozenými od sloves v dokonavém vidu jako jednorázové chování („*zastavení* nebo *omezení* výroby, odbytu, nebo výzkumu a vývoje - písm. d; *odmítnutí* poskytnout jiným soutěžitelům přístup k infrastrukturním zařízením - písm. f), tři skutkové podstaty jsou vzhledem k použitému nedokonavému vidu výchozího slovesa vyložitelné jako opakované chování (přímé nebo nepřímé *vy nucování* nepřiměřených podmínek ve smlouvách – písm. a; *uplatňování* rozdílných podmínek ve smlouvách při shodném nebo srovnatelném plnění – písm. c; *dlohodobé nabízení* a prodej zboží za nepřiměřeně nízké ceny – písm. e) a jedna skutková podstata je vyložitelná oběma způsoby, protože příslušné podstatné jméno slovesné (na rozdíl od jeho základního slovesa) dokonavost či nedokonavost explicitně nevyjadřuje (*vázání* souhlasu s uzavřením smlouvy na podmínku, že druhá strana odebere nesouvisející plnění – písm. b), a tak je skutková podstata vyložitelná oběma způsoby jako akt jednorázový, nebo probíhající opakovaně či průběžně.⁹⁵⁰

Problém při formulaci skutkových podstat zneužití dominantního postavení v ZOHS vznikl patrně překladem jejich popisu z jiných jazyků, které jsou o vynikající možnost zpřesnění charakteru děje pomocí dokonavosti nebo nedokonavosti (slovesný vid) na rozdíl od češtiny ochuzeny. Ustálená judikatura i doktrína všechny skutkové podstaty zneužití dominantního

⁹⁴⁹ Srov. DZ k ZVTS, s. 36.

⁹⁵⁰ Potíž s dvojným možným určením časového průběhu se ovšem dá při trošce formulační pečlivosti velmi lehce překonat dodatečnou a nutnou specifikací buď časově vymezujícím adjektivem (*dlohodobé* nabízení), nebo využitím vidové dvojice výchozích sloves (odmítání–odmítnutí; upozornění–upozorňování; zneužití–zneužívání, apod.).

postavení chápe jako jednorázové právě kvůli možnému dopadu na soutěž vyvolanému dominantním postavením zneužívajícího soutěžitele a kvůli újmě jiného soutěžitele nebo spotřebitele, kterou zneužitím svého postavení dominant způsobí právě jinému soutěžiteli nebo spotřebiteli i v jednotlivém případě (proto se nevyžaduje opakovanost).

Šanci zavést v terminologii pořádek zákonodárce při koncipování novely ZVTS nevyužil, ale naopak vložil do textu ZVTS další zbytečný interpretační problém. Ustálená judikatura o zneužití významné tržní síly, která by napomohla v interpretaci, neexistuje ani u nás a ani v Evropě a ve světě - již jen kvůli divergencím v národních úpravách zneužití významné tržní síly (pokud vůbec něco takového nebo podobného národní právní řády upravují).

To je velký rozdíl oproti celoevropsky harmonizovaným i celosvětově velmi konvergentním úpravám zákazu zneužití dominantního postavení, resp. zákazu monopolizace. V případě zneužití tzv. významné tržní síly rovněž odpadá věcný argument pro zužující gramatickou interpretaci ve prospěch jednorázovosti (dokonavosti) zakázaných jednání - dopad jednotlivého zneužití tzv. významné tržní síly není na rozdíl od závažného dopadu i jednorázového zneužití dominance na relevantním trhu z hlediska práva veřejného zdaleka tak závažný a rozhodně není systémový (nenarušuje se jím hospodářská soutěž).⁹⁵¹

7.5.6 Demonstrativní skutkové podstaty zneužití významné tržní síly

7.5.6.1 Nerovnovážné podmínky

Zákon po novelizaci zakazuje mj. *sjednávání nebo uplatňování smluvních podmínek*, které vytvářejí výraznou nerovnováhu v právech a povinnostech smluvních stran. Jde o skutkovou podstatu, která se dá teoreticky použít vůči smluvní straně, tedy právnímu subjektu, a nikoliv vůči nákupní alianci.

Sankcionováno má být již samotné sjednávání (tedy opakovaná činnost, na rozdíl od „sjednání“) dále kvalifikovaných smluvních podmínek. Není tedy třeba podle doslovného výkladu textu zákona tyto podmínky uplatňovat.

⁹⁵¹ Hypotetický kvaziargument, který by pomohl „omluvit“ nedbalou práci s jazykem v textu předpisu na úrovni zákona (konkrétně se slovesným videm), by mohl znít tak, že zákon vyjadřuje jen kvalitativně druh činnosti (vynucování, nabízení, atp.) aniž by se zabýval jednorázovostí nebo opakovaností této činnosti. To je ovšem politováníhodné a neprofesionální ochuzování přesných výrazových možností jazyka ve prospěch budoucích možných interpretací v aplikačním procesu oběma směry.

To je ovšem velmi invazivní veřejnoprávní řešení, které klade výrazná omezení smluvní volnosti stran bez řádného právně politického nebo ekonomického zdůvodnění.

Není zřejmé, čím může být vůbec nebezpečná a škodlivá nenaplněvaná smlouva, která existuje jen na papíře. Předpokládám, že pokud by ÚOHS v této podobě uvedenou samostatnou skutkovou podstatu aplikoval⁹⁵², že by mohl být korigován soudem, který by mohl dovést nenaplnění pojmové definice významné tržní síly podle § 3 odst. 1 ZVTS po novele, která nemůže být zneužita proto, že není dosažena.

Podle tohoto ustanovení se totiž pod významnou tržní silou rozumí takové postavení odběratele, v jehož důsledku si odběratel může vynutit bez spravedlivého důvodu výhodu vůči dodavatelům v souvislosti s nákupem potravin nebo přijímáním nebo poskytováním služeb s nákupem nebo prodejem potravin souvisejících.

Je samozřejmě možná taková interpretace, že samotné sjednání výrazně nerovnovážných smluvních podmínek staví odběratele do situace, v níž si může vynutit nespravedlivou výhodu. Je otázka jestli „vyžadovat“ (nespravedlivou výhodu) je totéž, co „vynutit si“. Právně si v pravém slova smyslu *vynutit* skutečně *nespravedlivou* výhodu (prostřednictvím aplikace práva státními orgány) snad vlastně ani není možné.

Navíc jde o možnost vynutit si takovou výhodu vůči *dodavatelům*, nikoliv tedy vůči jednotlivému dodavateli, jak to formuloval ZVTS 2009. Muselo by se tedy jednat o plošné uzavírání nerealizovaných smluv s více dodavateli, které by byly výrazně nerovnovážné a nespravedlivé, ale přitom právně vynutitelné; to by ovšem v právním státě nastat nemělo.⁹⁵³

⁹⁵² Že by tedy Úřad nenaznal, že si věc (podle § 5 odst. 2 ZVTS po novele) zaslouží odložení pro nedůvodnost (obdoba tzv. prioritizace podle ZOHS). Pak je ovšem namístež konstatovat, že je nedůvodně stanovit v zákoně jako dostačující skutkovou podstatu pouhé sjednávání výrazně nerovnovážných smluvních podmínek.

⁹⁵³ Jakous takous logiku by snad měla formulace „uplatňování smluvních podmínek“, neboť ty by snad k tomu, aby byly podmínkami smluvními, musely být předtím sjednány alespoň konkludentně. Případně *bez smluvní* plnění totiž těžko může mít *smluvní* podmínky. Uplatňování výrazně nerovnovážných smluvních podmínek, které nebyly sjednány, je tedy nonsens, který ovšem zákonná formulace přináší. Spojka „nebo“ ve formulaci § 4 odst. 2 písm. a) ZVTS po novele („sjednávání nebo uplatňování smluvních podmínek“) nedává smysl. Logičtější by také bylo a nesrovnalost by vyřešilo, kdyby se v zákoně psalo o podmínkách nikoliv smluvních, ale obchodních *largo sensu*, tedy nikoliv ve smyslu nepřímých smluvních ujednání (§ 1799 ObčZ), ale podmínek plnění. Obchodní podmínky jsou v češtině polysém (bisém) a dají se totiž jak sjednávat (*stricto sensu* jako tzv. nepřímé smluvní ujednání), tak i pouze fakticky uplatňovat *largo sensu* jako nesjednané podmínky plnění (*condice*, *Konditionen*).

Indikace samotné výrazné nerovnováhy v právech a povinnostech stran,⁹⁵⁴ které si svobodně uzavřely bez nátlaku a tísně platnou soukromoprávní kupní smlouvu či smlouvu o souvisejících službách, je velmi obtížný úkol, k jehož splnění a k posouzení obsahové správnosti smlouvy jsou vybaveny snad soudy, ale sotva orgány státní správy.

7.5.6.2 *Neekvivalentní plnění*

Za zneužití významné tržní síly zákon považuje i *sjednávání nebo získávání jakékoli platby či jiného plnění*, za které nebyla poskytnuta služba nebo jiné protiplnění, nebo je nepřiměřené hodnotě skutečně poskytnutého protiplnění.

Princip potenciality se uplatňuje mechanicky i tady a v dalších podstatách. Samotné sjednávání platby či jiného plnění bez adekvátního protiplnění má být skutkovou podstatou veřejnoprávního deliktu. Přes jasnou formulaci zákona, z níž se dá dovodit požadavek na opakovanost takového postupu (nedokonavý vid „sjednávání“, „získávání“), lze očekávat spíše extenzivní výklad a snahu o postih i jednotlivého sjednání nebo získání zákonem definovaného plnění. V opačném případě by se minul účinkem záměr vyjádřený v DZ k ZVTS (že se opouští požadavek soustavnosti zneužívání významné tržní síly) i ve vypuštění tohoto kritéria z původní formulace generální klauzule zneužití významné tržní síly v § 4 odst. 1 ZVTS 2009).

Znamená to mj. zákaz darovacích smluv a sponzoringu mezi stranami kvalifikovanými podle zákona, ale také asi zákaz prominutí dluhu a možná i zákaz dohody o narovnání, která by obsahovala zákonem uváděné prvky. Různé další kompenzační obchody se tak potenciálně stávají deliktem přes svoji soukromoprávní nezávadnost. Bude-li skutečně slabší strana na straně silnější závislá, jistě nebude problém zajistit takovou dokumentaci případu, která bude bránit použití tohoto ustanovení ZVTS, podle níž přiměřené protiplnění poskytnuto bylo, byť to nebude odpovídat realitě.

Nepřiměřenost či přiměřenost sjednaného protiplnění se nejlépe vyjadřuje v dohodě smluvních stran o hodnotě plnění a protiplnění. Aplikuje se spravedlnost komutativní (vyrovnávací). Její pseudoobjektivizace znamená vnášení

⁹⁵⁴ Vzhledem k pojetí zákona jde samozřejmě pouze a jen o výraznou nerovnováhu v právech a povinnostech v neprospěch dodavatele, i když je prakticky možný i opačný případ, který ovšem ZVTS nepostihne.

měřítek spravedlnosti zvnějšku (spravedlnost distributivní) podle představ správního orgánu. Skutková podstata správního deliktu by měla být vymezena objektivizovatelnými kritérii mnohem přesněji – pokud to z povahy věci není možné (což je podle mého názoru mj. případ spravedlnosti obchodní výhody nebo přiměřenosti protiplnění), nemělo by se takové jednání vůbec stát skutkovou podstatou správního deliktu.

Obdobou právě probírané skutkové podstaty je další zakázané jednání: uplatňování nebo získávání jakékoli platby nebo slevy, jejíž výše, předmět a rozsah poskytovaného protiplnění za tuto platbu nebo slevu nebyly písemně sjednány před dodáním potravin nebo poskytnutím služeb, ke kterým se platba nebo sleva vztahuje.⁹⁵⁵ Motiv je evidentní: donutit silnější odběratele k písemné kontraktaci plateb a slev předem, tedy před dodávkami zboží a poskytnutím souvisejících služeb, a tím zamezit praktikám, kdy se až po dodávkách vyjednává o cenách a slevách.

Zákaz však je opět příliš široký. „Uplatnění“ u smluvního partnera samozřejmě bude možné a on plnění často dobrovolně a ochotně poskytne. To plnění ve formě platby přitom může být zcela adekvátní a férové. Jen skutečnost, že se třeba kvůli urgentnosti plnění⁹⁵⁶ nestihlo předem projednat písemně (byť ústně třeba ano) vše potřebné, činí nejen z uplatňování požadavku na zaplacení služby u dodavatele, ale i z přijetí takové platby (dobrovolně a v souladu s dohodou poukázané dodavatelem) správní delikt odběratele s významnou tržní silou.

Odběratel má podle zákona v takových případech z legalistického hlediska na výběr – buď ponechat dodavateli bezdůvodné obohacení a sám utrpět ztrátu, a nebo se dopustit přijetím platby za poskytnutou, ale vadně sjednanou službu (nebo uplatněním slevy z ceny přijatého zboží, která reprezentuje poctivou hodnotu poskytnuté související služby dodavateli) správního deliktu.⁹⁵⁷ Tento delikt se mu ovšem nemusí kvůli výši možné pokuty vůbec

⁹⁵⁵ Srov. § 4 odst. 2 písm. c) ZVTS po novele.

⁹⁵⁶ Přičemž naléhat na dodání zboží může i dodavatel, který chce se slevou prodat rychle se kazící zboží nebo nadprodukcí, popř. chce, aby pro něj odběratel zajistil urgentní marketingovou akci.

⁹⁵⁷ Teoreticky by se i uplatnění nároku odběratelem na vydání bezdůvodného obohacení u soudu v podobných případech mohlo pokládat *uno actu* za správní delikt. „Teoreticky“ proto, že si obchodní partneři samozřejmě najdou rychlejší a lacinější cestu, jak svoje nároky a protinároky vyrovnat.

vyplatit. Že se odběratel rozhodne (ev. s dodavatelem se dohodne) nějakým třetím způsobem a že dostane hodnotu poskytnutého plnění od dodavatele zpět jinak, je více než pravděpodobné. Bude to přitom též v souladu s ekonomickou podstatou obchodního vztahu, se shodnou a opravdu svobodnou vůlí obou stran i s principy „přirozené“ spravedlnosti. Takový striktně formalistický a inherentně nespravedlivý požadavek zákona vůči odběrateli bude motivovat strany spíše k tvořivému vymyšlení způsobů, jak jej obejít i při jeho formálním naplnění.

7.5.6.3 Konečná výše ceny

Další zakázanou skutkovou podstatou je sjednávání nebo uplatňování cenových podmínek, v jejichž důsledku nebude daňový doklad na úhradu kupní ceny za dodávku potravin obsahovat konečnou výši kupní ceny po veškerých sjednaných slevách z kupní ceny s výjimkou předem sjednaných množstevních slev.

Obligátní neurčitost formulace uplatnitelné jak na jednorázové, tak i opakované porušení zákazu ponechávám stranou, neboť o ní platí to, co bylo řečeno výše. Jedná se pouze o daňové doklady na dodávku potravin, kdy je příjemcem faktury odběratel – z této skutkové podstaty jsou vyloučeny případy, kdy fakturu ev. vystavuje odběratel za poskytnutí služeb souvisejících s prodejem.

Chce se patrně chránit transparentnost cenových ujednání a podmínek, které by jinak nemusely být věrně zachyceny v účetních a daňových dokladech. Taková netransparentnost může mít nepříznivý dopad na dodavatele včetně dopadů daňových (např. zkreslení výše daňového základu). Na druhé straně fakturu vystavuje dodavatel a je především na něm, jak ji rozepíše, aby z ní byla patrná konečná celková kupní cena a ev. odpočty různých slev.

7.5.6.4 Přijetí zboží do podeje a jeho umístění

Zákon dále zakazuje kvalifikovaným subjektům sjednávání nebo uplatňování plateb nebo jiného protiplnění za přijetí potravin do prodeje (tzv. *listing fees*). Zákaz je absolutní, není vázán na žádné podmínky. Praxe tzv. regálovného je celkem běžná a silnější odběratel s její pomocí může dosahovat faktické

slevy z ceny koupeného zboží. Regálovné může také dosahovat nepřiměřené výše, která se dá označit až za vykořisťovatelskou.⁹⁵⁸

Absolutní zákaz této platby však neodpovídá podstatě vztahu mezi dodavatelem a prodejcem potravin. Prodejce potravin poskytuje dodavateli určitou distribuční službu, která vyžaduje nemalé náklady. Ty se mohou promítnout buď transparentně do poplatku za umístění zboží, nebo méně transparentně, třeba v podobě tlaku na nižší cenu nakupovaných potravin či vyžadováním různých slev.

Prodejní plocha s kýženým tržním potenciálem je či alespoň může být (v některých oblastech a pro některé potraviny, nebo v určitých sezónních obdobích) nedostatkovou komoditou a o její získání může mezi dodavateli panovat ostrá soutěž. Tržním principům odpovídá, pokud si disponent s touto nedostatkovou komoditou vybere ze zájemců ty, kteří jsou ochotni za ni zaplatit nejvíce.⁹⁵⁹

Může nastat i situace, že odběratel vytvoří za cenu nezanedbatelných nákladů pro uspokojení požadavku dodavatele zvláštní dodatečnou prodejní plochu, nebo omezí plochu dosud vyhrazenou jiným dodavatelům, nebo umístí výrobek do zvláštního výhodného displeje pro nedostatek „obyčejných“ regálů, apod. Náklady s tím spojené může samozřejmě přenést do své marže (a ponese tak ze svého náklady na dosažení výhody dodavatelovy), nebo do zvýšené konečné ceny pro spotřebitele, čímž ovšem sníží svoji atraktivitu v soutěži s jinými prodejci.

⁹⁵⁸ Je zajímavé, že v ZVTS 2009 se ekonomická opodstatněnost a z ní plynoucí oprávněnost zalistovacího poplatku implicitně uznávala a jen se upravovala jeho splatnost. V příloze 5 ZVTS 2009, bodu 2., písm. b) se zakazovalo odběrateli inkasovat zalistovací poplatek před vystavením objednávky, čili jinak se inkaso tohoto poplatku připouštělo.

⁹⁵⁹ Zákodárce si toho sice nemusel být vědom (a pravděpodobněji asi ani nebyl), ale ze struktury § 4 odst. 1 přesto implicitně vyplývá, že se rozlišují na jedné straně sjednávané či uplatňované platby či jiná plnění poskytované vůbec bez protiplnění nebo bez protiplnění dostatečného (srov. § 4 odst. 1 písm. b), a na druhé straně sjednávané či uplatňované platby, u nichž protiplnění ze strany odběratele může být poskytnuto (srov. § 4 odst. 1 písm. e).

Je to tedy implicitní příznání, že regálovné nemusí být ekonomicky neopodstatněné, ale přesto se zakazuje. V opačném případě by úprava pod písmenem e) tohoto ustanovení nedávala smysl, protože by byla zahrnuta a obsažena již v úpravě pod písmenem b) jakožto sjednávání nebo získávání jakékoli platby či jiného plnění, za které nebyla poskytnuta služba nebo jiné protiplnění, nebo je nepřiměřené hodnotě skutečně poskytnutého protiplnění.

Absolutizace zákazu poplatku za přijetí potravin do prodeje, jenž může být v řadě případů ekonomicky odůvodněný a zcela přiměřený (slušný), povede patrně k jeho latentní existenci – institucionálně existovat nebude a nebude se s ním nikde oficiálně operovat, ale ekonomická protihodnota či cena prodejní plochy se bude skrytě promítat do jiných položek. Pokud se i toto znemožní, může se zákaz obrátit i v neprospěch dodavatelů, jímž odběratel prostě odmítne zboží přijmout do prodeje za cenu vlastní ztráty nebo snížení zisku, ač by při zpoplatnění své ochoty pomoci dodavateli nějaké řešení hledal a našel.

7.5.6.5 Doba splatnosti

Zákaz sjednávání nebo uplatňování *doby splatnosti kupní ceny* potravin delší, než je doba uvedená v § 3a písm. a), tedy delší než 30 dní ode dne doručení faktury, je v poměru k ostatním skutkovým podstatám jasně formulován a splňuje tím základní požadavek na vymezení skutkové podstaty správného deliktu. Jde snad také proto o porušení, které ÚOHS v několika vedených řízeních obchodním řetězcům prokázal, resp. prokazuje. Právně politické odůvodnění tohoto zákazu je konsistentní a dá se proti němu stěžít racionálně argumentovat. Silnější smluvní strana by neměla zneužívat svého postavení k dosažení zřejmě a nedůvodně nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech stran.⁹⁶⁰

Vynucování úvěru *de facto* (tzv. obchodního úvěru) ze strany silnějších odběratelů vůči dodavatelům na nich ekonomicky závislých a fakticky neschopných takové praxi čelit jinak než odchodem od zneužívajícího partnera, by se dalo kvalifikovat i jako nepoctivé jednání v rozporu s dobrými mravy.

Nepoctivost a nepatřičnost spočívá především v tom, že silnější partner si vylepšuje svoje *cash flow* na úkor partnera slabšího, jemuž schází volné finanční prostředky na jeho provoz a investice a musí si je proto častěji a ve větším rozsahu půjčovat. Silnější odběratel a dlužník dodavatele potravin si naopak finanční prostředky na trhu nemusí v odpovídajícím rozsahu opatřovat vůbec (nebo jen v menším objemu a frekvenci) právě díky tomu, že zadržuje platby svým dodavatelům.

⁹⁶⁰ Srov. § 433 odst. 1 ObčZ.

Mechanické a jednotné stanovení lhůty 30 dnů je samozřejmě z hlediska právní jistoty a jasnosti předpisu pohodlné, ale nemusí vždycky odpovídat realitě v případě dodávek nízkoobrátkového zboží, které se do třiceti dnů od doručení faktury neprodá (nikoliv z důvodů na straně odběratele, ale kvůli charakteru zboží) – v takovém případě by naopak odběratel bezúročně uvěřoval dodavatele.

Nejsem si jist, jak by ÚOHS hodnotil případnou dohodu mezi dodavatelem potravin a odběratelem s významnou tržní silou, jejímž předmětem by byla povinnost dodavatele zasílat fakturu až s jistým výraznějším (a přesně určeným) odstupem po dodávce zboží. Mohlo by se to podle okolností posoudit jako obcházení zákona, a to spíše jeho smyslu nežli slov.

Slova zákona by totiž byla dodržena, protože ZVTS s odkazem na svůj § 3a zakazuje lhůtu splatnosti kupní ceny delší než třicet dní od doručení faktury. Smysl zákona by však naplněn nebyl, neboť k vynucenému skrytému uvěřování silnějšího partnera slabším smluvníkem by přesto mohlo docházet. Patrně by byl únosný takový výklad, že jde i v tomto případě odložené fakturace o „uplatňování“ doby splatnosti kupní ceny delší než třicet dní. Přikláním se v takových a podobných případech k individualizaci posouzení a k aplikaci § 5 odst. 2 ZVTS po novele („kvaziprioritizace“), pokud by ÚOHS zjistil, že prodloužená lhůta splatnosti kupní ceny má rozumné ekonomické opodstatnění.

Na druhé straně individualizovat, deformalizovat a „ekonomizovat“ posouzení jen v případě, že budou strany „chytré“ a sjednají si ve smlouvě odložení fakturace,⁹⁶¹ aby tak vyhověly slovům zákona o dodržení maximální třicetidenní lhůty splatnosti kupní ceny, ale nikoliv v případě, že odběratel později než do třiceti dní zaplatí za neprodané nízkoobrátkové zboží, je nedůvodně formalistické.

Východiskem by bylo používání kvaziprioritizace podle § 5 odst. 2 ZVTS po novele obecně, tedy i u jiných skutkových podstat, což zákon umožňuje. Problém je v nepředvídatelnosti a arbitrárnosti takového rozhodování a s tím spojené právní nejistotě účastníků a budoucích účastníků. Spojení

⁹⁶¹ Přitom samozřejmě může odběratel i mimosmluvně (ekonomickými tlaky) přimět dodavatele k tomu, aby odběrateli „o své újmě“ a „ze svého rozhodnutí“ vystavoval faktury v nějakém „rozumném“ odstupě po dodávce zboží.

neurčitě formulované „významné tržní síly“ s neurčitě formulovanými (a navíc jen demonstrativně uvedenými) skutkovými podstatami jejího zneužití a k dovršení všeho ještě s arbitrárností rozhodnutí ÚOHS o tom, zda se vůbec věci bude chtít zabývat kvůli její naprosto neurčité „důvodnosti“ či „nedůvodnosti“, vytváří velmi znejistňující právní prostředí a porušuje zásady dobré správy (přeregulace ve spojení s arbitrárností).

Ve prospěch této interpretativně liberalizující úvahy ovšem nesvědčí právní úprava, která formálně vzato umožňuje i jednočinný souběh správního deliktu opožděné platby. Podle § 8 odst. 1 ZVTS (po novele) se totiž správního deliktu dopustí odběratel s významnou tržní silou, který v rozporu s § 4 zákona svoji významnou tržní sílu zneužije. Jde tedy i o jednání v rozporu s jeho odstavcem 1 písm. f) o zákazu sjednávání nebo uplatňování doby splatnosti kupní ceny delší než třicet dnů.

Současně se správního deliktu dopustí odběratel, pokud nesjedná povinnou náležitost mj. podle § 3a písm. a) zákona (sjedná tedy dobu splatnosti delší než 30 dnů od dne doručení faktury).⁹⁶² Takže když se ve smlouvě sjedná doba splatnosti delší než 30 dnů, dopustí se tím odběratel s významnou tržní silou dvou správních deliktů v jednočinném souběhu (jedno uzavření smlouvy s takovým obsahem se totiž zakazuje na dvou místech zákona⁹⁶³ a postihuje se přitom každé zvlášť⁹⁶⁴).

7.5.6.6 Právo na vrácení zboží

Zákon bezpodmínečně zakazuje vymezeným subjektům *sjednávání nebo uplatňování práva na vrácení nakoupených potravin s výjimkou podstatného porušení smlouvy*; s odkazem na výše uvedené úvahy má jít patrně o zákaz sjednat nebo uplatnit právo na vrácení nakoupeného zboží i jednorázově. Zvláštní vysvětlení, jež však zákon ani DZ neposkytují, by si zasloužila otázka, jak lze bez smlouvy *uplatnit* právo na vrácení *nakoupených* potravin, které odběratel tedy již má ve svém vlastnictví. Dopad nebude mít tato úprava samozřejmě na odběratele, kteří pro dodavatele provádějí jen komisioní prodej, protože

⁹⁶² A samostatným deliktem je i nedodržení písemné formy smlouvy, takže když se sjedná lhůta splatnosti kupní ceny kratší než třicet dnů od doručení faktury, ale pouze ústně, přesto se odběratel s významnou tržní silou dopustí správního deliktu.

⁹⁶³ V § 3a písm. a) ZVTS po novele a v § 4 odst. 2 písm. f).

⁹⁶⁴ Srov. § 8 odst. 1 písm. a) a nezávisle vedle toho písm. d) ZVTS po novele.

v jeho rámci zůstává vlastníkem zboží až do okamžiku jeho prodeje konečnému zákazníkovi komitent a podmínky vrácení zboží upravuje především komisionářská smlouva.

Zřejmým účelem ustanovení je čelit praxi obchodních řetězců, které někdy přenášejí na dodavatele obchodní riziko, že neprodají zboží, které si předtím u dodavatele samy objednaly. Pokud by se vyšší prodejní zásoby vyprodaly, bylo by vše v pořádku a obě strany by byly spokojeny; kdyby však byl odhad odběratele o potřebném a prodejním množství potravin nadsazený a neprodané nebo neprodejné zboží by mu zůstalo, nesl by odběratel v normálních poměrech riziko ztráty. Toho by se silnější odběratel mohl zprostit tím, že by zboží vrátil zpět dodavateli, který by měl mít namísto odběratele starosti a náklady s jeho dodatečným umístěním, prodejem pod cenou, nebo likvidací.

To je jistě na první pohled jednostranně výhodný obchodně nekorektní postup, který by v rovnovážném obchodním vztahu nebyl možný. Na druhé straně nelze právem chránit ani slabšího partnera před ztrátou obchodní příležitosti tím, že by se silnější straně nedovolilo odstoupit od smlouvy v případě, že slabší partner porušuje svoji smluvní povinnost podstatným způsobem.

Důležité bude posouzení, zda praxe „vratek“, která není neobvyklá ani u nepotravinářského zboží (protože výrobce má třeba mnohdy lepší možnosti, jak neprodané zboží znovu využít) bude v souladu s dobrými mravy a s poctivým obchodním stykem.

První dojem o opodstatněnosti jasného a přísného řešení takového domnělého nemravy v podobě „vratek“ tedy může být klamný. Vzniká několik sporných otázek. Jednou z nich je samotný pojem podstatného porušení smlouvy, jenž veřejnoprávní zákon pro svoje účely nijak nevymezuje. Musí tedy akceptovat jeho eventuální jiné zákonné vymezení.

Občanský zákoník ve svém § 2002 odst. 1 upravuje právo smluvní strany (prodávajícího i kupujícího) odstoupit od smlouvy při jejím *jakémkoliv podstatném* porušení. Za podstatné prohlašuje zákon takové porušení, o němž strana porušující smlouvu již při uzavření smlouvy věděla nebo musela vědět, že by druhá strana smlouvu neuzavřela, pokud by toto porušení předvídala.

V ostatních případech včetně případů pochybností se má za to, že porušení podstatné není. To je však pouze forma vyvratitelné domněnky.⁹⁶⁵

Občanskoprávní úprava reklamačních nároků je pouze podpůrná; přitom tyto nároky stanovila a odlišila podle toho, zda smlouva byla dodáním vadného zboží porušena podstatným nebo nepodstatným způsobem. Podstatné porušení povinnosti předpokládá buď prokázanou vědomost prodávajícího o podstatném charakteru porušení smlouvy, nebo lze takové porušení za podstatné rozumně považovat (není-li ovšem ve *smlouvě* uveden výčet situací, v nichž je porušení povinnosti považováno automaticky za podstatné). Pro posouzení podstatnosti či nepodstatnosti porušení smlouvy je nezbytné použít též *funkční bledisko*⁹⁶⁶ a zkoumat, zda předmět plnění je použitelný ke stanovenému nebo obvyklému účelu. Právo odstoupit od smlouvy je jen jedním z nároků daných podpůrně zákonem.⁹⁶⁷

Volba reklamačního nároku náleží podpůrně kupujícímu,⁹⁶⁸ ale jen za předpokladu, že uplatněný nárok včas (nejlépe současně s reklamací) oznámí

⁹⁶⁵ Nároky z vad zboží včetně práv na odstoupení od smlouvy se přitom mohou lišit podle toho, zda jde o zákonem stanovené nároky na základě dispozitivní zákonné (a smluvně v tomto směru nemodifikované) odpovědnosti za vady, nebo zda nároky ze zákonné odpovědnosti za vady smluvní strany svým ujednáním rozšířily nebo omezily, nebo zda jde o dobrovolnou záruční dobou omezené (zákonem stanovené nebo smluvně modifikované) nároky ze záruky na určité vlastnosti zboží. Blíže srov. BEJČEK; ŠILHÁN, 2015, op. cit., s. 245 a násl.

⁹⁶⁶ Srov. rozsudek NS 23 Cdo 1991/2008, který konstatoval, že nesjednají-li si strany ve smlouvě kritéria pro určení, kdy se jedná o podstatné a nepodstatné porušení smlouvy, je pro toto posouzení obvykle určující rozsah a charakter vad. Samozřejmě tedy ani soud nemůže považovat každé porušení smlouvy za podstatné. Podle rozsudku NS 23 Cdo 556/2009 je při hodnocení důvodů odstoupení od smlouvy nutno použít příslušnou úpravu se zřetelem na okolnosti, za nichž se porušení smlouvy pokládá za podstatné. Pokud se odvolací soud v odůvodnění rozhodnutí těmito okolnostmi nezabýval a jeho rozhodnutí spočívá v podstatě na závěru, že smlouva nebyla splněna řádně, a tedy tím byla porušena podstatným způsobem, bylo rozhodnutí v této části Nejvyšším soudem zrušeno.

⁹⁶⁷ Při *podstatném* porušení povinnosti má kupující volbu ze čtyř nároků: - požadovat dodávku náhradního bezvadného zboží, dodání chybějícího zboží a odstranění právních vad; - jsou-li vady opravitelné, požadovat opravu zboží; - požadovat přiměřenou slevu z kupní ceny; - odstoupit od smlouvy. Při *nepodstatném* porušení smlouvy má kupující právo požadovat - dodání chybějícího zboží; - odstranění ostatních vad zboží; - slevu z kupní ceny.

⁹⁶⁸ U dodávek potravin samozřejmě nepřichází prakticky v úvahu oprava kvalitativních vad zboží (snad jen vada obalu, balení, průvodní informace) - vada se dá zpravidla odstranit dodávkou náhradního bezvadného zboží nebo si kupující může vadné zboží ponechat a uplatnit slevu.

prodávajícímu. Tak např. dodávka náhradního zboží není zákonem jako reklamační nárok při nepodstatném porušení smlouvy stanovena, což však nevylučuje možnost dohody stran o přípustnosti takového nároku.

Veškerá právní úprava odpovědnosti za vady v ObčZ má dispozitivní povahu. Její úplné vyloučení dohodou stran a vymahatelnost takové dohody jsou však přinejmenším problematické. Odstoupení od smlouvy je možné uplatnit jako reklamační nárok u *podstatného* porušení smlouvy dodáním vadného zboží za předpokladu včasné notifikace vad kupujícím a za předpokladu, že kupující je s to vrátit přijaté zboží v nezměněném stavu prodávajícímu.

Zákon o významné tržní síle se vlamuje do soukromoprávního vztahu autoritativně, ale bez ohledu na specifika soukromoprávního vztahu a aniž by si stanovil jasné hranice své působnosti a dokonce si (a svým adresátům) vyjasnil obsah samotných pojmů, s nimiž operuje. Odstoupit od smlouvy je možné i při vadné dodávce, která je jen *nepodstatným* porušením smlouvy, nejsou-li odstraněny vady dodávky ani v dodatečné (přiměřené) lhůtě nebo oznámí-li prodávající, že vady neodstraní; podpůrně není ani nutné, aby na kupující musel prodávajícího na toto předem upozornit.

Zákonné vymezení podstatnosti porušené povinnosti je jen podpůrné. V soukromoprávním vztahu platí jen pro případ, že si strany nesjednají širší katalog porušení povinností, která budou pokládána za porušení podstatná (se všemi z toho plynoucími důsledky).

Samozřejmě je možné namítnout, že vnucení některých objektivně bagatelních porušení smlouvy ze strany dodavatele do obchodních podmínek nebo do konkrétní smlouvy jakožto porušení podstatných může samo o sobě indikovat významnou tržní sílu partnera, který takové znevýhodnění slabší strany do smlouvy prosadil. V takovém případě je však možné odvolat se na výše probíraný § 4 odst. 2 písm. a) ZVTS, podle něhož se odběrateli s významnou tržní silou zakazuje sjednávání nebo uplatňování smluvních podmínek, které vytvářejí výraznou nerovnováhu v právech a povinnostech smluvních stran, ovšem za podmínek tam stanovených (odkazují na komentář k tomuto ustanovení).

Zákon o významné tržní síle nebere tedy při formulaci právě probírané skutkové podstaty *zvláštní* zřetel na to, že si strany mohou sjednat jiné vymezení toho, co se rozumí pod „podstatným“ porušením povinnosti, než jak

se vyvratitelně domnívá ObčZ. O tom, co je podstatné porušení povinnosti, a co nikoliv, však nemůže rozhodovat dojem, pocit a názor aplikačního správního orgánu (ev. osobní „právní vkus“ konkrétního úředníka), ale musí se vzít zřetel nejen na soukromoprávní úpravu v ObčZ a na příslušnou judikaturu, ale také na to, co samotné strany ve smlouvě označily jako její podstatné porušení.

Pokud si ZVTS sám pojem podstatnosti porušení nedefinoval, *nemůže vytvářet paralelní veřejnoprávní obsah* stejně znějícího názvu bez jakéhokoliv pojmového ukotvení. Museli bychom totiž jinak připustit pojem podstatného porušení povinnosti podle zákonné definice v ObčZ, dále podle smluvních ujednání (která v této věci mají zásadně – s výjimkou obecných obsahových korektivů obsahu smlouvy – přednost), a konečně i podle nedefinovaného „smyslu, účelu a ducha“ ZVTS.

Použití takového pseudokritéria při veřejnoprávní invazivní regulaci je na pováženou obecně a vzhledem k proklamovanému cíli novelizace ZVTS (zvýšit právní jistotu a odstranit nejasnosti úpravy) zvlášť.

Skutkové podstaty podle § 4 odst. 1 ZVTS, písm. a) (zákaz podmínek vytvářejících výraznou nerovnováhu v právech a povinnostech smluvních stran) a ani podle písm. g) (zásadní zákaz vracení nakoupených potravin), by se neměly uplatňovat mechanicky, byť k tomu text příslušných ustanovení svádí. Je například možné, že smluvní rozšíření případů podstatného porušení povinností na straně dodavatele nad rámec soukromoprávního zákonného vymezení bude doprovázeno adekvátním rozšířením katalogu podstatného porušení povinností i na straně kupujícího – pak by skutková podstata písm. a) nebyla naplněna.

Podobně si lze představit, že si strany mohou sjednat nebo konsenzuálně uplatňovat praxi „vrácení nakoupených potravin“ (přičemž vracet se mohou z různých důvodů), a to při zcela korektním finančním protiplnění nebo naturální protislužbě, výměnou za budoucí výhodu, atp. Bylo by nerozumné a věcně neopodstatněné trvat na pouhých slovech zákona a kontraproduktivně postihovat konsenzuální spolupráci stran správními pokutami.⁹⁶⁹

⁹⁶⁹ Případný odkaz na možnost Úřadu „neshledat podnět důvodným“ podle § 5 odst. 2 není dostatečnou pojistkou. Jistěže i bez podnětu by naopak mohl ÚOHS řízení zahájit v rámci široké diskrece.

7.5.6.7 Refundace sankce

Dalším správním deliktem podle novelizovaného ZVTS je *požadování náhrady sankce uložené kontrolním orgánem po dodavateli bez existence jeho zavinění*.⁹⁷⁰ Jde o zkrácenou a zjednodušenou verzi úpravy z přílohy 5 ZVTS 2009 bodu 1. Tam se jakožto zakázaná praktika zakazovalo přenést sankce uložené kontrolním orgánem na dodavatele bez prokázaného zavinění.

Za „zvláště zneužívající“⁹⁷¹ se pokládalo přenesení sankcí uložených u výrobků (*siť*) neprodávaných v původních obalech, s výjimkou prokázaného zavinění na straně dodavatele, dále⁹⁷² sankcí uložených z důvodu prodeje výrobků po uplynutí lhůty spotřeby, prodeje výrobků v poškozených obalech nebo jinak znehodnocených nesprávným skladováním, manipulací nebo vyložením v místě prodeje.

Z výčtu je zřejmý účel předchozí úpravy, resp. důvod obav dodavatelů. Ti by neměli nést sankční důsledky kontrolních zjištění, pokud nebo zřejmé, že důvodem k uložení sankce bylo právě porušení nějaké povinnosti ze strany dodavatele – proto se stanovila výjimka, že v případě prokázaného zavinění dodavatele je přenos sankce na něj od postiženého odběratele v pořádku. Toto právně politické pozadí zákazu se jistě nezměnilo – na rozdíl od formulace v zákoně.

Deliktem je již samotné *požadování náhrady* sankce, nikoliv snad až zaplacení přenesené sankce dodavatelem odběrateli. Zákon neřeší intenzitu ani ústní či písemnou formu tohoto „požadování“. Určitě se nemusí požadovat přenos sankce písemně, ovšem jiné formy jsou stěžejí prokazatelné a odběratel by je mohl popřít. Formou důkazu o tom, že sankční povinnost byla na dodavatele přenesena, by mohlo být její zaplacení dodavatelem. Pak by ale odběratel mohl tvrdit, že zaplacení sankce po dodavateli nevyžadoval, ale jen se jej zdvořile otázel, zda by v rámci „obchodní kulance“ nechtěl zaplacením sankce vyjádřit svůj možný podíl na protiprávnosti nebo solidaritu s postiženým odběratelem a že dodavatel reagoval zaplacením takto „refundované“ pokuty.

⁹⁷⁰ Srov. § 4 odst. 2 ZVTS po novele, písm. h).

⁹⁷¹ Tato kategorizace na „prostě zneužívající“ a „zvláště zneužívající“ jednání neměla oporu v zákoně a postrádala i vysvětlení v DZ, takže se lze jen dohadovat, zda šlo eventuálně o relevantní přitěžující okolnost z hlediska výměry správní pokuty.

⁹⁷² Přes neobratnou formulaci je zřejmé, že se za tímto slovem již nejedná o výjimku, ale o pokračování výčtu „zvláště zneužívajících“ zakázaných praktik odběratele.

„Požadovat“ zaplacení sankce se dá kromě různé formy také s různou intenzitou – od skutečně zdvořilé a nesmělé žádosti o solidaritu (a třeba i věcně podložené kvůli reálné spolupráci dodavatele na pokutované protiprávnosti) až po bezohlednou a cynickou formu vydírání vůči dodavateli, přestože je jasné, že za protiprávní výsledek či jednání, za něž byl dodavatel státním orgánem pokutován, není dodavatel vůbec odpovědný.

Věci interpretace je, zda se musí vykládat znění písm. h) doslovně („požadování náhrady sankce“). Znamenalo by to požadování jakékoliv náhrady, tedy nejen celkové, ale i *částecné*. Pokud by se dal prokázat alespoň přibližný podíl viny dodavatele na pokutovaném jednání či výsledku, měl by se zákon vykládat rozumně, tedy že se beztrestně umožňuje požadovat i *částecnou* náhradu v rozsahu této viny.

Forma zavinění se v zákoně neřeší; muselo by tedy postačovat zavinění nedbalostní, patrně i nevědomá nedbalost, protože i tyto nejlehčí formy viny jsou pod tímto pojmem skryty. Znamená to, že by jednal zaviněně i překupník potravin či jejich zpracovatel (nebo jen „balitel“ a distributor), jenž by kvalitu nezkontroloval, a nebo by odběrateli neoznámil po zjištění sníženou kvalitu vstupů. Muselo by se však jednat o porušení povinnosti stanovené zákonem nebo smluvně. Jedná se totiž o zavinění právní, a nikoliv morální.⁹⁷³

⁹⁷³ Byl popsán případ, v němž Nejvyšší soud rozhodl v listopadu 2014 o tom, že obchodní řetězec (v kategorii „s významnou tržní silou“) byl oprávněn přeučtovat výrobci sankci uloženou řetězci Českou zemědělskou a potravinářskou inspekci za prodej nekvalitního medu dodaného výrobcem. Přitom šlo v té době o výslovně zakázanou praxi podle Přílohy č. 5 k ZVTS 2009, byť nešikovně formulovanou, pokud jde o zavinění. V případě šlo o to, že Česká zemědělská a potravinářská inspekce pokutovala obchodní řetězec Ahold za prodej falešného medu. Takto postižený obchodník vymáhal refundaci zaplacené pokuty po dodavateli medu, společnosti JSG med, a. s. Ten ovšem tvrdil, že med nefalšoval a že vina je na výrobcu. Přestože se neprokázalo, že dodavatel řetězce med falšoval, soud rozhodl o oprávněnosti požadavku odběratele na refundaci zaplacené pokuty dodavatelem medu a neshledal jako správné přesunout riziko od subjektu bližšího výrobcu (překupníka medu) na konečného maloobchodního distributora (obchodní řetězec). Smluvní doložku s obchodním řetězcem o odpovědnosti za kvalitu medu měl jeho dodavatel možnost přetransponovat do smluvního vztahu s výrobcem medu. Soud rozhodl v neprospěch dovolatelky a dovolání odmítnul navzdory tomu, že dovolatelka namítala omezení smluvní volnosti účastníků smlouvy, pokud jde o tzv. zakázané praktiky podle ZVTS, a dovozovala absolutní neplatnost Rámcové smlouvy stanovící povinnost nahradit obchodnímu řetězci újmu vzniknuvší zaplacením uložené správní pokuty. Srov. rozsudek NS 23 Cdo 948/2014 z 5. září 2014, referován např. na Aktuálně.cz z 10. 11. 2014.

Samotné smluvní ujednání mezi „tržně silným“⁹⁷⁴ odběratelem a dodavatelem o tom, že dodavatel ručí odběrateli za kvalitu potravin (byť s ní on sám neprovádí žádnou technologickou operaci, ale jen ji přeprodává) a že v případě postihu odběratele za nekvalitní potraviny se dodavatel zavazuje nahradit dodavateli pokutu vyměřenou kontrolním orgánem, nelze pokládat za zneužití významné tržní síly.

Naopak by mělo velmi negativní dopad na závaznost smluv a princip dobré víry smluvních stran (bez ohledu na jejich tržní moc), kdyby se státní orgán zastával takového věrolomného dodavatele a porušitele smluvního závazku s poukazem na znění § 4 odst. 2 písm. h) ZVTS. Při rozumném výkladu by se totiž existence zavinění na straně dodavatele dala dovodit i v takové situaci – pokud totiž přijal smluvní závazek (který sám o sobě určitě není nespravedlivý a nevede k výrazné nerovnováze v právech a povinnostech smluvních stran), na nějž se druhý partner v dobré víře spoléhal, a přitom dodavatel nepřijal vlastní právní, organizační, technická a jiná opatření, aby tomuto závazku dostál, jde přinejmenším o lehkomyšlnost (nedbalost), tedy o formu zavinění.

7.5.6.8 Diskriminace prodávajícího

Zákon za zakázanou zneužívající praxi na straně odběratele s tzv. významnou tržní silou prohlašuje též *diskriminování dodavatele* spočívající ve sjednání nebo uplatnění rozdílných smluvních podmínek pro nákup nebo prodej služeb s nákupem nebo prodejem potravin souvisejících při srovnatelném plnění, není-li k tomu spravedlivý důvod.

Neupravuje se tedy v ZVTS diskriminace *odběratele dodavatelem*, a nelze proto jako nezákonnou hodnotit takovou praxi, že dodavatel bude prodávat (fakturovat) za různou cenu různým odběratelům, takže každý odběratel bude mít vlastně s tímž dodavatelem různý ceník.⁹⁷⁵ Přitom tyto diferencované ceny mohou ale nemusejí vzniknout v důsledku smluvního tlaku různě silných odběratelů. Zákon nemohl mít ambice vyloučit cenovou soutěž sjednocením cen.

⁹⁷⁴ A to jak podle kritérií ZVTS, tak i ve smyslu tržní moci na relevantním trhu podle ZOHS.

⁹⁷⁵ Pokud ovšem dodavatel nebude mít dominantní postavení a nebude je zneužívat neopodstatněnou diskriminací podle § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS.

Je věcí důkazního řízení (ovšem důkazní břemeno by musel unést ÚOHS), zda diskriminace dodavatelem není vynucená významnou tržní silou odběratele, takže ten silnější odběratel je diskriminován tím, že obdrží nižší cenu, a ten slabší odběratel sjedná a obdrží cenu vyšší za totéž nebo srovnatelné planění za srovnatelných podmínek.

Zákonodárce tu opět zachází velmi nedbale s jazykem; sotva totiž lze vystopovat racionální pozadí jeho postupu. Na jedné straně se používá podstatného jména slovesného s nedokonavým významem,⁹⁷⁶ což implikuje opakovanost a soustavnost; to je ale v rozporu s deklarovaným cílem a účelem novely ZVTS. Na straně druhé se ovšem v textu skutkové podstaty používají slovesná podstatná jména „sjednání“ a „uplatnění“ ve vidu dokonavém.

To je nápadný rozdíl proti všem ostatním skutkovým podstatám podle § 4 ZVTS, kde se důsledně používá vidu nedokonavého. Je-li to záměr nebo omyl či nepozornost zákonodárce, není tak důležité, protože i omyl zákonodárce, pokud se stane součástí zákonného textu, má právní význam, zejména jde-li o veřejnoprávní zákazový předpis bez možnosti smluvních dispozic stran jdoucích mimo a nad jeho rámec.

Lze tedy v tomto případě jazykovým výkladem korektně dovodit, že i jednorázová *diskriminace* (byť nazvaná jako „*diskriminování*“) je zakázanou praktikou. To se ovšem v DZ k ZVTS tvrdí i o ostatních praktikách (resp. o všech praktikách), tedy i těch, jež jsou formulovány nedokonavým způsobem.

Závažnější ovšem je skutečnost, že pomocí arg. *a contrario* lze namítat, že všechny ostatní zakázané praktiky podle § 4 odst. 2 mimo písm. i) předpokládají soustavnost a opakovanost. Nicméně příklad diskriminace to určitě není, protože diskriminace se zákonnou definicí charakterizuje jako sjednání nebo uplatnění rozdílných smluvních podmínek bez spravedlivého důvodu.⁹⁷⁷

Na otázku, jaký jiný *rozumný* důvod (nikoliv ev. nedbalost a nepozornost) by zákonodárce mohl mít, nežli odlišit právě jednorázovost a opakovanost jednání odběratele, když takovou nápadnou diferenciaci ve vyjádření vidu

⁹⁷⁶ „Diskriminování“ namísto libozvučnější „diskriminace“.

⁹⁷⁷ Jen pro pořádek znovu upozorňuji na zákonem zakotvenou možnost postihnout odběratele s tzv. významnou tržní silou jak za samotné *sjednání* bez realizace, tak i za jejich *uplatnění*, resp. za obojí. Uplatnit nesjednané smluvní podmínky možné není, leda snad *obchodní* podmínky ve smyslu *Konditionen*. V jiných skutkových podstatách se normuje *sjedávání* nebo *uplatňování*.

v zákoně použil, není jiná rozumná odpověď. Fikce racionálního zákonodárce velí hledat v jeho formulacích racionální důvody.

Formulace skutkové podstaty zakázané diskriminace podle ZVTS se ve svém obsahu inspirovala úpravou jedné z demonstrativních skutkových podstat zneužití dominantního postavení.⁹⁷⁸ Je ovšem použita v zákoně, který je v našich poměrech zasazen do jiného prostředí, totiž takového, v němž žádný účastník trhu na něm dominantní postavení nezaujímá.

Dřívější úprava v přílohách k ZVTS 2009 skutkovou podstatu diskriminace ani žádnou jí podobnou neobsahovala, a to se přitom ZVTS odvolával na podstatný dopad zneužití významné tržní síly na hospodářskou soutěž. Úprava po novele ZVTS, která se podmínky *dopadu* zneužití významné tržní síly na hospodářskou *soutěž* cíleně vzdala, svědčí o tom, že schémata z ochrany soutěž přezívají a reprodukují se i v podmínkách, v nichž pojmově k existencímu ohrožení soutěže zneužitím tržní moci nedochází a dojít nemůže.

Právněpolitické zdůvodnění zákazu diskriminace se obecně akceptuje u diskriminace ze strany dominantního nebo monopolního podniku (soutěžitele). Schopnost prodávajícího rozlišovat (tedy diskriminovat, ve smyslu „zacházet rozdílně“) je důležitá pro jeho tržní úspěch, neboť mu umožňuje prodávat draž kupujícím s elastičtější poptávkou (pro něž není běžná cena nepřekročitelným limitem) a nabízet snížené ceny výlučně těm, kteří by si zboží nebo služby jinak vůbec nekoupili.

Jde o to, přilákat zákazníky ze skupin citlivějších na ceny, ale bez snížení cen pro každého. Takový postup umožňuje prodat veškeré produkty, u nichž mezní příjem převyšuje mezní náklady (tedy které jsou pro prodávajícího „výdělečné“). Prodávající musí umět rozlišit produkci, po níž je vysoká poptávka, od produkce s poptávkou nižší.⁹⁷⁹ Cenová diskriminace

⁹⁷⁸ Podle § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS.

⁹⁷⁹ Srov. HEYNE, P. *Ekonomický styl myšlení*. Praha: VŠE 1991, s. 186 a násl. Uvádí se příklad restaurací, v nichž se za totéž jídlo účtuje nižší cena v poledne nežli večer (podobně se například za tutéž ubytovací službu v sezóně účtuje vyšší cena než mimo sezónu). Příkladem je i diskriminační cenotvorba u letenek. Heyne uvádí, že aerolinie mohou snižovat ceny letenek a přitáhnout tak turisty, kteří by jinak cestovali levnějšími způsoby. Aerolinie však nechťejí snížit cenu letenek pro ty, kteří cestují služebně (na ceně jim tolik nezáleží, preferují rychlost, cenu letenek odpočtou ze základu daně...). Nabízejí se tedy levnější zpáteční letenky pro ty, kdo zůstávají déle než týden nebo přes víkend (to si obvykle obchodní cestující nemohou dovolit). Není to sice spolehlivé odlišení a výhody mohou využívat i služebně cestující, nesporně to však šetří náklady.

má mnoho podob – slevy a rabaty, vázání produktů, výběrové cenové prémie, aj. I obchodní řetězce jsou v řadě vztahů v postavení prodávajících nebo poskytovatelů jiného plnění vůči svým dodavatelům potravin⁹⁸⁰ a musí mít možnost „zdravě“ diskriminovat.

Obdobně to platí pro cenovou diskriminaci uplatňovanou kupujícím, který nakupuje laciněji od dodavatelů s elastičtější nabídkou. Dosahuje tak vyššího zisku, resp. nižších nákladů, což mu umožňuje prodávat laciněji konečným spotřebitelům. O tomto důsledku však rozhoduje mj. situace na podřazeném trhu a konkurenceschopnost na něm. Takto dosažený vyšší zisk si také může odběratel celý nebo z větší části ponechat a pomocí diskriminace redistribuuje vlastně přidanou hodnotu ve vertikále ve svůj prospěch.

Negativní dopad na hospodářskou soutěž má diskriminace praktikovaná *dominantem*, neboť jeho tržní moc činí jeho partnery na něm závislými, protože ti nemohou svého dominantního partnera vyměnit za jiného. Diskriminace ze strany dominanta narušuje soutěž mezi jeho obchodními partnery, protože některé znevýhodňuje a jiné zvýhodňuje, a to nikoliv díky jejich výkonům na trhu, ale právě díky diskriminaci ze strany toho, kdo trh ovládá. Pokud by toto schéma platilo i ve vztazích obchodního řetězce a jeho dodavatelů potravin, dalo by se použít bez dalšího. V některých zemích tomu tak je, nikoliv však u nás. Poptávková strana trhu s potravinami je u nás velmi soutěžní, takže úprava zneužití dominance podle ZOHS se použít nedá.⁹⁸¹

Problém je v tom, že zvnějšku se obtížně rozliší, zda podnikatel pouze *využívá* cenovou diskriminací širší spektrum nabídky, aby ji celou vyčerpал, a nebo zda se chová *vykořisťovatelsky*. Vykořisťovatelský postup neprojde dlouhodoběji kupujícím, který je vystaven účinné soutěži ze strany svých konkurentů, protože ti mu v takovém případě přeberou dodavatele odražené od něj nízkými nákupními cenami, které nabízí. Tam, kde však nepůsobí mechanismus tržní autoregulace – v případě že diskriminující soutěžitel má dominantní nebo monopsonní postavení – musí nastoupit vnější regulace v podobě práva na ochranu soutěže.

⁹⁸⁰ Nabízejí („prodávají“) prodejní plochu a řadu služeb s prodejem nebo nákupem potravinářského zboží spojených.

⁹⁸¹ Leda by se zjistilo, že relevantní trh vlastně není celostátní, ale že existuje (vzhledem k charakteru dodávaných výrobků, logistickým překážkám pohybu na trhu a jiným podmínkám) několik trhů regionálních, na nichž by jednotliví odběratelé již dominantního postavení dosáhnout mohli.

Cenová diskriminace dominantem není ovšem *apriorně* zavrženíhodná; i on musí mít možnosti co nejekonomičtějšího postupu a zhodnocení svých zdrojů. Důležité je tedy odlišit oprávněnou a nezavadnou cenovou diskriminaci od diskriminace, která je v rozporu se soutěžním právem. Diskriminování přitom mohou být konkurenti dominanta (primární diskriminace), ale i spotřebitelé (sekundární diskriminace).

Toto soutěžněprávní zdůvodnění vnější regulace ovšem není případné v situacích, kdy na trhu existuje soutěžní prostředí, což je mj. případ českého trhu s potravinami. Soutěž mezi odběrateli na poptávkové straně probíhá mimo jiné tím, že odběratelé soutěží o co nejvýhodnější zdroje vstupů, a k tomu potřebují cenově diferencovat mezi svými různými dodavateli. Zákaz cenové diferenciace (tedy diskriminace) by se rovnal kvazicenové regulaci v podobě povinnosti uplatňovat jednotné ceny vůči všem svým dodavatelům. Tak daleko ZVTS našťestí nejde a zakazuje jen sjednání či uplatnění rozdílných smluvních podmínek při srovnatelném plnění, není-li k tomu spravedlivý důvod.

Interpretační problémy jsou nejméně tři. *Rozdílnost obchodních podmínek* znamená, že nejsou stejné (totožné). Nemusí přitom jít jen o obchodní podmínky v užším slova smyslu jakožto nepřímá smluvní ujednání, ale i o kondice, tedy o podmínky, za nichž se zboží dodává (nebo za nichž se služby s prodejem potravin související nabízejí) i bez zakotvení ve zvláštním dokumentu. Podobnost, resp. rozdílnost obchodních podmínek může být značná, nebo nepatrná. Činit správní delikt z odlišnosti nepatrné není rozumné.

Další nejasnost se týká *srovnatelnosti plnění*. Zákon žádá hlediska pro komparaci poskytovaného či nabízeného plnění neuvádí; jediným prakticky použitelným a přijatelným (i když příliš agregovaným a nestrukturovaným) kritériem by asi měla být komplexnost posouzení, a nikoliv jedno- či jen několikakriteriálnost.⁹⁸²

⁹⁸² Nepůjde tedy např. jen o druh zboží, ale také o jeho kvalitu a množství, resp. o rozsah, dobu poskytování, trvalost (ev. opakovanost) či jednorázovost poskytování služeb či dodávek zboží; platební podmínky a platební morálka partnera; zda se jedná o komplexnější „baličky“ plnění snižující transakční náklady a zvyšující úspory z rozsahu, nebo o ojedinelé akce, atp.

Posouzení „*spravedlivosti*“ *důvodu* pro odlišné zacházení odběratele potravin se slabším partnerem⁹⁸³ při srovnatelném plnění je dalším možným jádrem interpretačního sporu. Pojem *spravedlnosti*, jemuž jsem se věnoval v úvodu knihy, má tolik možných významů a hledisek, že ve veřejnoprávním předpisu neznamená vlastně nic konkrétního a je ve skutečnosti „bianco zmocněním“ pro správní orgán, aby široce využil poskytnuté diskrece až arbitrárnosti v rozhodování.

Ze samotné povahy věci bude správní orgán patrně tendovat spíše k pojetí *spravedlnosti* distributivní a bude tedy vnášet svoje hlediska do obchodního vztahu zvnějšku. V tržních podmínkách, kde funguje soutěž se svým autoregulačním potenciálem, se ovšem preferují hlediska *spravedlnosti* komutativní (vyrovňovací). Každá strana se snaží o maximalizaci své výhody a za *spravedlivou* považuje každou výhodu pro sebe, což naráží na stejný přístup obchodního partnera. Nebude než v podmínkách funkční hospodářské soutěže přijmout jako „*spravedlivý*“ bod, v němž se protnou egoismy obou partnerů. To platí i pro *spravedlnost* odlišného zacházení ze strany subdominanta, který je soutěžním tlakům konkurentů vystaven také.

Diskriminace se při absenci tržní moci (dominance ve smyslu ZOHS) zásadně připouští a je nástrojem i projevem fungování trhu a testování jeho možností; umožňuje jeho selekční funkci. Zákaz diskriminace v prostředí fungujícího trhu (navíc velmi neurčitě formulovaný) může ohrozit autoregulaci trhu, aniž by ji přitom nahradil promyšlenější sektorovou regulací. Správní orgán, který má v kompetenci ochranu hospodářské soutěže, se má (podle ZVTS po novele) stát arbitrem poctivosti a férovosti v soukromoprávních vztazích, které přitom *soutěž nenarušují ani neobrožují, ale naopak vyostřují* – navíc nikoliv v neprospekch spotřebitele.

Hlediska zákonem uváděná v komentované skutkové podstatě budou obtížně verifikovatelná a jejich případné použití v rozhodovací praxi ÚOHS bude klást vysoké nároky na zdůvodnění, aby byla vůbec přezkoumatelná v rámci soudní kontroly správního rozhodování.

⁹⁸³ Používám tento termín ze stylistických důvodů při vědomí jeho nepřesnosti. Dodavatel potravin může být v některých konkrétních konstelacích fakticky silnější než jeho odběratel, jemuž svědčí zákonná domněnka významné tržní síly, kterou se mu nepodaří vyvrátit.

Liberální soutěžní politika by vedla k pojetí „spravedlivého důvodu“ k odlišnému zacházení s obchodním partnerem jakožto svobodného prostoru pro odběratele, aby mohl testovat na trhu možnosti optimalizace svých obchodů z hlediska svých krátkodobějších i strategických zájmů.

Paternalistická politika státu (nikoliv soutěžní, ale parciálně ochranářská ve prospěch dodavatelů potravin) naopak předpokládá, že stát (správný orgán) „zná“ vnější (a mimo trh generovaná) hlediska spravedlnosti a spravedlivých důvodů odlišného zacházení, která jsou ovšem blíže zájmům dodavatelů, kteří měli více sil ovlivnit „státní zájem“ vyjádřený zákonem. Oscilace mezi těmito krajními póly, která v zásadě závisí na hodnotovém (politickém) postoji, rozhodne i o „spravedlnosti důvodu“ k diskriminaci odběratelem s tzv. významnou tržní silou.

Praktickým východiskem z výkladové nejistoty pro *odběratele* může být sjednávání různých cen podle obhajitelných transparentních ekonomických kritérií. Totéž se dá doporučit i *dodavatel*. Není-li dodavatel dominantem, který by porušil diskriminací odběratele její zákaz ve smyslu § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS, postih podle ZVTS mu nehrozí.

Je také vždy nutné zkoumat, nakolik silný vlastně konkrétní dodavatel je. Je docela možné, že by se zákonná *domněnka* významné tržní síly konkrétního odběratele vůči konkrétnímu dodavateli vůbec neuplatnila. Jestliže se i při překročení obrátové hranice 5 mld. Kč na straně kupujícího zjistí, že podle § 3 odst. 1 a 2 ZVTS si odběratel nemůže vynutit bez spravedlivého důvodu výhodu vůči dodavatelům v souvislosti s nákupem potravin nebo přijímáním nebo poskytováním služeb s nákupem nebo prodejem potravin souvisejících, protože posouzení významné tržní síly zejména s ohledem na strukturu trhu, překážky vstupu na trh a finanční sílu odběratele došlo k jinému závěru, nebyla by vůbec dána věcná působnost ZVTS – to však přirozeně platí obecně a vyloučilo by to subsumpci jednání zdánlivě významně tržně silných odběratelů pod kteroukoliv ze skutkových podstat.

7.5.6.9 *Kontrola dodavatele*

Mezi zakázanými skutkovými podstatami zneužití tzv. významné tržní síly zákon uvádí i provádění auditu nebo jiné formy kontroly dodavatele odběratelem

nebo jím pověřenou fyzickou osobou nebo právnickou osobou na náklady dodavatele včetně požadování rozborů potravin na náklady dodavatele.⁹⁸⁴

Kontrola zboží nebo zbožový audit se určitě nevyžaduje jako forma trestu nebo šikany dodavatele odběratelem. Motivací bývá snaha a zájem odběratele o dodržení kvalitativních standardů (včetně hygienických) odebraného zboží. Jde funkčně o ochranu veřejného zájmu, o druh ochrany spotřebitele v širokém slova smyslu. Obchodní řetězce se tak brání výtkám, že prodávají nekvalitní zboží; tlak na kvalitu je v bytostném zájmu spotřebitele, jehož řetězce v tomto směru zastupují. Při sníženém tlaku na kvalitu výrobce může polevit, což ohrozí nejen jeho pověst, ale také poškodí značku obchodníka.

Je pravda, že stát zřizuje pro tyto účely vlastní specializované kontrolní a dozorové orgány, které však působí především *ex post* a velmi nesystematicky a nahodile, takže pravděpodobnost zjištění nepravosti je nízká a nepoctivý dodavatel může s úspěchem kalkulovat, že se takové namátkové kontrole vyhne, resp. že se mu sizení kvality i přes občasné případné uložení sankcí stále ještě vyplatí.

O kvalitu zboží se zajímají také nestátní organizace typu spotřebitelských sdružení, které mohou také nepřímo donutit dodavatele k odpovědnému řízení kvality zboží. Sotva lze tedy něco namítat proti snaze *ex ante* zjistit a zajistit kvalitu dodaného zboží, a to zejména potravinářského. Vlastnictví určitého obecného certifikátu typu ISO nebo oprávnění k výrobě daného státním orgánem nemusí vůbec být takovou faktickou zárukou pro konkrétní dodávku nebo výrobní šarži.

U dodávek výrobků obecně prostřednictvím kupních smluv není vůbec nic neobvyklého, že se jako součást předmětu plnění kupní smlouvy sjednává i dodání dokladů vztahujících se ke zboží, jimiž mohou být i doklady o *ad hoc* zjištění kvalitě příslušné dodávky (kvalitativní atesty). Ty si obvykle zařizuje a hradí v rámci svých transakčních nákladů dodavatel (prodávající) sám nebo prostřednictvím svého smluvního partnera, typicky na základě smlouvy o kontrolní činnosti;⁹⁸⁵ v normálních tržních poměrech samozřejmě vstupují

⁹⁸⁴ Jde o variaci na skutkovou podstatu ze zrušené nepřehledné přílohy 5 k ZVTS 2009, poslední odrážka bodu 1. Tam se však navíc zakazovaly kontroly výrobních prostorů dodavatele odběratelem a zákaz požadování rozborů a zkoušek výrobků se blíže specifikoval.

⁹⁸⁵ Srov. § 2652 a násl. ObčZ.

takové náklady dodavatele do kalkulace konečné ceny výrobku účtované kupujícímu, i když se v ní neprojeví jako zvláštní položka, protože jde o druh „režijního nákladu.“⁹⁸⁶

Věcná opodstatněnost kontroly a sjednané povinnosti prodávajícího předložit příslušné doklady, neznamená ovšem automatické hrazení zvláštních nákladů s tím spojených dodavatelem. Autorizace výroby státním orgánem nemusí kupujícího dostatečně chránit v jednotlivém případě proti nekvalitní dodávce zboží, jehož vady nejsou zjevné a seznatelné při běžné přejímce. Jiná je otázka, kdo ponese náklady na tuto kontrolu a atesty. V zásadě by náklady na zajištění vlastní pozice měl snášet ten, kdo si pozici nad rámec zákona chce zajistit.

Přenos nákladů na snížení vlastního rizika na druhou stranu se ovšem nedá pokládat paušálně za neodůvodněný. Například náklady na finanční (bankovní) záruku na zaplacení kupní ceny běžně snáší kupující, ale vyskytují se i případy, kdy tyto náklady ve svém vlastním zájmu převezme na sebe prodávající; tím si sice sníží celkový výnos z prodeje, ale výměnou za zvýšení své právní jistoty.

Tato položka by měla vstupovat do smluvního vztahu jako běžná záležitost, o níž se může vést jednání. Dodavatelé mezi sebou soutěží v nabízených obchodních podmínkách, jejichž součástí jsou i garance kvality dodávaného zboží, z nichž má potenciálně prospěch i spotřebitel, ale koneckonců i sám dodavatel; jemu takové kvalitativní atesty poskytují jistotu o splnění kvalitativních požadavků ze smlouvy a zbavují jej rizika reklamačních sporů. I za to je „spravedlivé“ něco zaplatit.

Předmětem soutěže mezi dodavateli, ale i mezi odběrateli je i celková bilance transakčních nákladů, zahrnující i náklady na osvědčení kvality dodávek. Když se soutěž v tomto parametru paušálně zakáže, přesunou se velmi pravděpodobně tyto náklady na garanci kvality dodávek skrytě a v jiné podobě do jiných položek. Variantou přístupu může být dohoda o tom, že náklady na kontroly a atesty ponese zásadně odběratel, ale v případě zjištění smluvně definovaného deficitu kvality se uplatní ze strany odběratele vysoká sankce nebo jiná kompenzace.

⁹⁸⁶ Byť sjednaného a pro vlastní výrobu nikoliv nezbytného. Dalo by se hovořit s licencí o režijním nákladu distribuce zboží.

Zákon zakazuje požadovat rozборы potravin na náklady dodavatele *paušálně*. To opět neodpovídá ekonomické podstatě vztahů a právním zájmům stran, které by měly být vyjádřeny jako smluvní kompromis. Zakazuje se tedy i *sdílení* takových nákladů oběma stranami, nehledě na ev. sjednaný poměr, v němž se na nákladech budou podílet. Ve stále častějších dodavatelsko-odběratelských konstelacích, kdy kupující potraviny odebrané potraviny prodává pod svými vlastními obchodními značkami, je paušální zákaz požadovat po dodavateli zaplacení rozborů potravin přinejmenším kontroverzní. Odběratel totiž v takovém případě nese vůči spotřebiteli „odpovědnost za výrobek“ označený jakýmkoliv způsobem spojujícím výrobek s prodávajícím.⁹⁸⁷ Tato odpovědnost je přitom společná a nerozdílná, a pokud je odběratel s tzv. významnou tržní silou opravdu ekonomicky silnější než dodavatel či výrobce, je pravděpodobnější, že na něm se ev. nároky spotřebitelů poškozených nekvalitní potravinou budou vymáhat snáze nežli na drobném výrobcu. To by naopak mohlo kromě požadavků na placení rozborů potravin opravňovat i k preventivním kontrolám v prostorách výrobce.

Audit nebo jiná forma kontroly dodavatele odběratelem nebo jinou jím pověřenou osobou (tedy i kontroly ve výrobních prostorách dodavatele – pozn. JB) „na náklady dodavatele“ se přitom v zákoně zakazuje paušálně. Lze z toho korektně dovodit, že kontrola ani požadování rozborů potravin na náklady odběratele se nezakazují. Výše uvedené úvahy o případném sdílení nákladů a o jejich skrytých přesunech jinam platí i tady.

7.5.6.10 *Nedbání na výsledky úředních kontrol*

Poslední pojmenovaná demonstrativní skutková podstata zákazu zneužití tzv. významné tržní síly odběratelem zakazuje odběrateli *nerespektovat výsledky úřední kontroly* potravin provedené orgány státního dozoru odběratelem. Podle zákonného odkazu na zákon o potravinách a tabákových výrobcích jsou těmito orgány orgány ochrany veřejného zdraví, Státní veterinární správa a Státní zemědělská a potravinářská inspekce.⁹⁸⁸

⁹⁸⁷ Srov. § 2939 odst. 1 ObčZ. Dnes jde v terminologii ObčZ o náhradu škody způsobené vadou výrobku. Paradoxně se termín „odpovědnost za výrobek“ má přestat používat kvůli „uzákoněné“ změně terminologie přesto, že vyjadřuje pozitivní pojetí „odpovědnosti za splnění povinností“, propagované důvodovou zprávou k ObčZ.

⁹⁸⁸ Srov. § 14 zákona č. 110/1997 Sb., o potravinách a tabákových výrobcích, ve znění pozdějších změn a doplňků.

Obsah této skutkové podstaty se může patrně dostat do souběhu s předchozí skutkovou podstatou. Kontrola dodavatele odběratelem nebo v zastoupení odběratele třetí osobou může připadat v úvahu zejména v případech, kdy příslušné státní orgány nekontrolují odběratele vůbec nebo málo nebo obsahově a rozsahem nedostatečně. Legislativně technicky je zajímavé, že zákon nezakazuje něco činit, ale naopak něco nečinit, aniž se konkretizuje či aspoň naznačí, jak se ono „nerespektování“ výsledků úředních kontrol může projevit.

Pokud třeba „nerespektuje“ odběratel zjištění (třeba obecné nebo již neaktuální a zastaralé nebo podle jiné než žádoucí metodiky, atp.) a dovolí si „nerespektovat“ je tím, že navrhne do smlouvy s dodavatelem provedení zvláštní jakostní kontroly, vešlo by se to do vágního vymezení skutkové podstaty, dokonce aniž by ještě smlouva byla uzavřena. Může nastat i situace, že dodavatel v soutěži o zákazníka (odběratele) sám nabídne provedení nezávislé kontroly soukromým subjektem, na němž se strany v budoucnu dohodnou – i akceptace takového návrhu by se mohla označit jako nerespektování výsledků úřední kontroly.

Důvodem, proč odběratelé chtějí mít po ruce výsledek nezávislého auditu, a nikoliv výsledek kontroly státního orgánu, nebude jistě svévolná šikana dodavatelů. Některé orgány státního dozoru jsou pod oficiálním politickým vlivem i pod neformálním faktickým vlivem týchž lobbistických uskupení, která hájí zájmy prvovýrobců a dodavatelů potravin. To samozřejmě nemusí, ale někdy i může mít vliv na výsledky provedených kontrol. Není podle mého názoru právně politicky opodstatněné zakazovat požadavky na kvalitu potravin vyšší, nežli s níž je spokojen státní kontrolní orgán. Ten totiž za prodejnost výrobků konečným spotřebitelům, kteří nesledují pouze cenu, ale i kvalitu, odpovědnost nenese.

7.6 Dílčí závěr

Novela ZVTS je dokladem, že jednotné schéma přístupu ke kontroverzním praktikám obchodních řetězců se v rámci EU očekávat nedá. V EU se však více spoléhá na dobrovolnou autoregulaci pomocí kodexů chování.⁹⁸⁹

⁹⁸⁹ Srov. Sdělení Komise „Boj proti nekalým obchodním praktikám mezi podniky v rámci potravinového řetězce“, op. cit., s. 2, 9. Informace a komentář k němu přinesl MÍŠŮR, P. Evropská komise vyzvala k opatřením proti nekalým praktikám v potravinářském dodavatelském řetězci. *Obchodněprávní revue*. 2014, č. 10, s. 294 a násl.

Té samozřejmě nebrání ani státní regulace, ba naopak se stanovení rozumných mezí chování vůči slabším partnerům v podobných kodexech může stát nástrojem prevence před státními zásahy za zneužití významné tržní síly. Smíšený přístup, tj. kombinace autoregulace a věrohodného a účinného vymáhání práva regulátory by byl ideální. Věrohodnost ovšem záleží především na jasných pojmech a pravidlech a předvídatelném výkladu, který se nemění „za pochodu“. Naše právní úprava a aplikační praxe jí předurčená jsou těmto standardům hodně vzdáleny; tak vnitřně rozporný předpis s tolika rozostřenými pojmy se přes snahu aplikačního orgánu dost dobře nedá výkladem „zachraňovat“.

Příklon k ochraně zájmů producentů se projevuje v rámci společné evropské zemědělské politiky v reakci na vnímanou nerovnováhu v potravinářském dodavatelském řetězci. Dokonce se předpokládá možnost, že se dočasně *uvolní pravidla na ochranu soutěže* stanovená článkem 101 odst. 1 SFEU (zákaz dohod omezujících soutěž, včetně cenových kartelů), aby se adekvátně reagovalo ve fázi závažné tržní nerovnováhy na zemědělských trzích.⁹⁹⁰ Pravděpodobně se zvyšující kooperace a koncentrace na straně výrobců by mohla přispět k uklidnění někdy vyhrocených vztahů mezi dodavateli a distributory. Krize v těchto vztazích se ovšem mnohdy spíše vyvolává a deklaruje v rozporu s realitou.⁹⁹¹

Kromě dílčích výše vyslovených kritických názorů na jednotlivosti se domnívám, že příklon k absolutnímu konceptu významné tržní síly byl vynucen pythickým zněním zákona a snahou zákon nějak prosadit. Zákonodárce neměl v tomto směru samozřejmě koncepci žádnou, protože mu šlo prvoplánově o redistribuci zisků, ztrát a rizik v neprospěch velkých odběratelů v situaci, kdy to kvůli koncentraci na straně poptávky bylo spíše naopak. Snaha úředníků ÚOHS zachraňovat bezkonceptnost právní úpravy výkladem je pochopitelná, neboť „nějak se přece zákon uplatňovat musí.“

⁹⁹⁰ Srov. tzv. zemědělské výjimky z evropských soutěžních pravidel po vydání nařízení č. 1308/2013; komentáře poskytuje BLOCKX, J.; VANDERBERGHE, J. Rebalancing commercial relations along the food supply chain: the agricultural exemption from EU competition law after regulation 1308/2013. *European Competition Journal*, vol. 10, no. 2, August 2014, s. 387 a násl. K tomu srov. podrobnější komentáře v kapitole 9 této knihy.

⁹⁹¹ Výše cit. sdělení Komise z 15. 7. 2014 ostatně konstatuje (na s. 13), že praktiky mezi účastníky trhu v potravinářském řetězci jsou ve většině případů *ferové a udržitelné pro obě strany*.

Okolnost, že některé státy (jako Velká Británie, Litva a Maďarsko) absolutní koncept významné tržní síly mají, nemůže být sama o sobě věcným zdůvodněním, proč jej uplatňujeme také. Se stejnou „logikou“ by se totiž dalo argumentovat úplně opačně: že onen absolutní koncept významné tržní síly jiné státy nemají (např. Německo či Řecko) a namísto toho uplatňují koncepci zneužití relativní ekonomické závislosti. Tento protichůdný koncept se tam používá kupodivu i přesto, že je nepochybně také „obtížně aplikovatelný“. Zasahuje se jeho prostřednictvím totiž až v případech *excesů* a nevyučuje se jím *tvrdé a disciplinující působení tržních motivací* ve prospěch posílení soutěže na straně nabídky a spotřebitelského blahobytu.

Forma a podmínky distribuce potravinářského zboží se v posledních desetiletích podstatně změnily. Snad jen metafyzický smysl by měl spor o to, zda jde o výraz spontánního zájmu spotřebitelů o tyto masové formy nákupu v hypermarketech a o nezvratný objektivní trend spotřebitelského chování, nebo zda šlo o řetězci vyvolaný a zmanipulovaný spotřebitelský zájem, a nebo zda řetězce spotřebitelům tuto formu vnutily.

Této nově vzniknuvší struktuře poptávky a institucionalizované podobě jejího zajištění obchodními řetězci *se nabídka nemůže nepřizpůsobit*. Pyramida je úplně obrácená oproti předlistopadovým a krátce porevolučním poměrům, kdy naopak ve slabší pozici byli distributoři vůči dodavatelům.

Měřítka na obsah právních vztahů a jejich „spravedlnosti“ se musí v souladu se změnami podmínkami modifikovat. Ti dodavatelé, kteří mají zájem podílet se na velkoobjemových zaručených obchodech s velkými úsporami z měřítka a mít z nich dlouhodobě zajištěnou existenci, nemohou očekávat stejné zacházení jako v situaci, kdy na nich ekonomicky závisel kupující.

Korektivy slušného chování, dobrých mravů a poctivého obchodního styku a nově i ochrany slabší strany bez ohledu na její podnikatelský či spotřebitelský status v našem právu existují a mohou se uplatňovat. Takové ryze *individualizované* korektivy však nelze aplikovat bez posouzení *konkrétních* vztahů konkrétních subjektů.

Samotná velikost silnější strany, nedosahuje-li tato strana dominance na trhu, ani samotné konkrétní „neférové“ ujednání jako takové bez posouzení konkrétního kontextu nemohou být kritériem rozhodování či dokonce

samostatným důvodem pro státní ingerenci. Jde o případ omylu č. 1, tedy falešných pozitiv, neboli *přeregulace*, k němuž směřuje formálně statický strukturální přístup, který se u nás uplatňuje v podobě objektivní koncepce významné tržní síly namísto ekonomické závislosti.

Řešením není podle mého soudu „administrování slušnosti a poctivosti“ ve správním řízení, ale vytvoření možností, aby i druhá strana trhu dosáhla fakticky (ne jen formálně) silnější pozice a snížila faktickou asymetrii. V interakci takových vyrovnanějších partnerů by se pravidla a obchodní podmínky ustálily v jiné poloze nežli dnes. Jde třeba o přístup ÚOHS ke *koncentraci na straně nabídky, ale i poptávky*.

Úroveň koncentrace na poptávkové straně trhu někdy může vést k legitimním obavám ve smyslu ochrany funkční hospodářské soutěže. Případ nekoncentrovaného českého trhu to však určitě není. Vhodné antitrustové přístupy by mohly vycházet z analýzy a vymezení místních geograficky relevantních trhů a relativní ekonomické závislosti.⁹⁹² Kupní sílu totiž mohou excesivně uplatňovat a nadužívat (a někdy dokonce s možným dopadem na hospodářskou soutěž) i takoví maloobchodní distributoři, jejichž celkový tržní podíl není obzvláště vysoký a kde k tomu na fragmentovaných maloobchodních trzích není nutná „plnohodnotná“ dominance.⁹⁹³

Kdyby na našem potravinářském trhu panovala jiná konstelace (vyšší koncentrace), bylo by tedy možné přistoupit i k řešení v podobě rozšířené působnosti antitrustových předpisů – např. fiktivním (umělým) *zúžením relevantního trhu*, které by rovněž uměle zvýšilo podíl distributorů na něm a umožnilo použít pravidla o zákazu zneužití dominance včetně zvláštní odpovědnosti dominantanta. Možné je též uměle stanovit *domněnku (či spíše fikci) dominance při nižším podílu na relevantním trhu* (dopady by byly podobné).⁹⁹⁴ To jsou ovšem docela excesivní experimenty; ZVTS ovšem do experimentální kategorie

⁹⁹² Srov. KĚLLEZI a kol., op. cit., s. 61 a násl.

⁹⁹³ Srov. BUTTÁ; PEZZOLI, op. cit., s. 6.

⁹⁹⁴ Podle výše cit. práce o finském přístupu, srov. OINONEN, op. cit., s. 97–121. Se zákonem 197/2012 se zavedlo obecné pravidlo (byť motivované evidentně „ad personam“), že překročí-li jakýkoliv maloobchodní potravinářský řetězec 30% podíl na národním trhu, považuje se automaticky (!) za dominantanta a vztahují se na něj pravidla o „zvláštní odpovědnosti“ dominantanta podle čl. 102 TFEU. Připomíná to primitivní pravidlo určující dominanci podle § 9 odst. 2 prvního poválečného československého ZOHS č. 63/1991 Sb.

spadá také – vždyt' se u něj překvapivě teprve za léta jeho platnosti zjišť'uje, zda vůbec a jak by se dal aplikovat, a co vlastně se od něj může čekat, a přitom se „za chodu“ mění „záchranné interpretace“.

Dalším směrem uplatňování vlivu ÚOHS je možná změna postoje *ke výjimkám ze zákazů dohod o spolupráci* mezi konkurenty za podmínek nenarušujících hospodářskou soutěž a spotřebitelský prospěch (blahobyt), ale eliminujících ekonomicky neodůvodněné přenosy rizik a nákladů na slabší stranu.

Chránit veřejnoprávními prostředky bychom měli z dobrých důvodů především soutěž a spotřebitele. Obecně slabší (včetně menších podnikatelů) necht' se chránit soukromoprávními cestami.

Soutěžní politika a *soutěžní právo* nejsou nástroji pro řešení *soukromých sporů* obchodníků a výrobců či jejich nekalosoutěžních praktik, ledaže by přerostly do intenzity ohrožující samotnou existenci a *funkčnost soutěže*.

Nenarušuje-li kupní síla účinnou soutěž, nemá být vůbec předmětem pozornosti protimonopolních úřadů. Kolektivní dominantní postavení obchodních řetězců, které předpokládá jejich cílené kontakty a součinnost, se nikdy nepodařilo prokázat a nebylo ani předmětem šetření.

Novela ZVTS přitom záměrně rezignuje na vztah významné tržní síly k soutěži, který se vůbec nemá prokazovat. Jako by se tím implicitně sdělovalo, že prokazovat negativní vztah zneužití významné tržní síly k ochraně soutěže není nutné proto, že je to jasné, podobně jako třeba u tzv. „tvrdých kartelů“. To se ovšem nedokázalo.

Nebo platí druhá možnost, že totiž *nejde vůbec o ochranu soutěže, ale o poctivost a férovost v soukromých vztazích*. Pak si ovšem přiznejme, že stát prostřednictvím ÚOHS „hospodaří v cizí zahradě a na cizí náklady“.

Toto „vměšování do soukromých obchodních záležitostí“⁹⁹⁵ mohou strany pocít'ovat snad z hlediska právně politického a ekonomického, neboť z čistě pozitivistického pohledu koná stát oprávněně. Nabízí se sice paralela

⁹⁹⁵ Spojené mj. i s dodatečnými náklady, které účastníci buď pocítí ve sníženém zisku, nebo je přenesou na konečného spotřebitele, ev. i na smluvní protistranu. Tak i Hodnocení dopadů regulace (RIA) v rámci DZ k návrhu novely ZVTS koneckonců přiznává, že „vyrovnaní smluvních vztahů může přinést jistý náklad smluvní straně s významnou tržní silou a může dojít např. k následnému omezení sortimentu. Toto se může promítnout i do nákladů konečného spotřebitele.“

se situací, kdy ÚOHS také chrání spíše soutěžitele a spotřebitele nežli samotnou soutěž, a to při postihu vykořisťovatelského zneužití dominantního postavení.

Na otázku, proč by tedy Úřad neměl chránit prodávající podnikatele proti „plošnému vykořisťování“ ze strany subdominantních kupujících podnikatelů se dá odpovědět, že přinejmenším proto, že „vykořisťující“ podnikatel nemá tržní moc a druhá strana není nucena nechat se „vykořisťovat“ proto, že jí nezbývá nic jiného, než souhlasit se sjednanými a nediskriminačními podmínkami - na rozdíl od závislého vztahu kvalitativně úplně jiné intenzity vůči dominantovi či monopolistovi.

Právní regulace by měla podporovat *efektivnost i poctivost*. Konflikt těchto hodnot se nemá zvažovat jen v případech *zvlášť chráněných subjektů* (např. spotřebitelů nebo dodavatelů potravin), ale zvažovat se musí i na druhé straně, která se implicitně nebo explicitně pokládá za tu horší a regulace potřebnou. Efektivnost není samozřejmě *ultima ratio* a všeobecně se akceptuje, že musí být v určitých případech omezena požadavkem mravnosti (poctivosti, férovosti), zejm. v situaci strukturální nebo výrazné nerovnosti stran (zejm. při informační a mocenské asymetrii).

Férovost vztahu není automaticky rovna právům, „oběti“ čelící (údajně) silnějšímu partnerovi (nepříteli státu, spotřebitele, zaměstnance, jiných zvláštních politicky podporovaných nátlakových skupin), jenž je objektivně tržně silný (monopolista či dominant), nebo jde dokonce jen o subjekt relativně silnější. Výsledkem takové předpojatosti mohou být horlivé prvoplánové intervence, které v důsledku škodí smluvní svobodě a soutěžnímu procesu a ohrožují nebo přímo poškozují efektivnost a spotřebitelský blahobyt.

Pravidla paušální a automatická bývají buď výrazem předpojatosti nebo křišťálově jasné situace; obecně jsou např. v oblasti antitrustu na ústupu,⁹⁹⁶ ale regulace tzv. významné tržní síly je paradoxně zavádí pro subjekty, které tohoto stupně nebezpečí pro soutěž ani zdaleka nedosahují, a naopak tlakem na dodavatele podporují zájmy spotřebitele.

Ochranářské právní normy v podnikatelském styku se mají používat jako výjimka a kompenzace v situacích vyžadujících nápravu hrubé nerovnováhy

⁹⁹⁶ Tak AYAL, op. cit., 2014, s. 208.

a nespravedlnosti. To je ovšem v rozporu s formalistickou statusovou definicí subjektu s tzv. významnou tržní silou. O tom, že koneckonců v ZVTS nejde o kompenzaci nespravedlivého nerovnovážného vztahu (byť se subdominantem, a nikoliv s objektivně tržně silným partnerem) svědčí to, že se zákon stále vztahuje jen a pouze na *odběratele* s tzv. významnou tržní silou, a nikoliv na dodavatele, kteří by jinak kritériím ZVTS také dostáli.

Ani pokus prosadit do osobní působnosti zákona „spravedlivější“ rozšíření o dodavatele, nebyl úspěšný. Sotva to lze vysvětlit jinak, nežli jako výsledek úspěšného silového politického boje zájmových skupin zemědělců a dodavatelů potravin, který se prostě jen uzákonil; tím se ale zákon nestal ani spravedlivým, ani společensky efektivním, nanejvýš snad jen skupinově efektivním. Ani státem zaštitěná ochrana skupinových zájmů kohokoliv (i většiny zahrnující třeba nás samotné) musí brát ohled na zájmy těch, které tím poškozuje.⁹⁹⁷

Výše jsem přitom ukázal na příkladu ZVTS, že řada v něm uvedených paušálních (*per-se*) řešení (zákazů) je současně *jak neefektivních, tak i nespravedlivých*. Konflikt těchto hodnot by se přitom dal vyřešit nebo aspoň zmírnit zákazem podmíněným a individualizací podmínek, za nichž se zákaz uplatňuje (relativní ekonomická závislost).

Snadnější uplatnění regulace správním orgánem, která přitom nevyvažuje mezi spravedlností (ochranou)⁹⁹⁸ a efektivností, není přijatelným argumentem pro zjednodušení a hrubou paušalizaci regulace, přinejmenším v případech, kdy paušální zákaz není ani ekonomicky účelný, ani spravedlivý.⁹⁹⁹

⁹⁹⁷ Parafráze myšlenky obsažené tamtéž, s. 212.

⁹⁹⁸ I požadavek na „právo být efektivní“ se ostatně musí v tržní ekonomice pokládat za spravedlivý. Podnikání se nedá redukovat a instrumentalizovat na zajištění kvalitní laciné produkce a služeb pro zákazníky a spotřebitele.

⁹⁹⁹ Na řadu neodůvodnitelných a arbitrárních rozdílů ve srovnatelných právních úpravách upozornil předchozí text (např. důraz na konkrétní ekonomickou relativní závislost; plošnost - nesektorovost - úpravy i v mnohem koncentrovanějších tržních podmínkách a její působnost i na dodavatele; důraz na konsenzuální řešení autoregulací, apod.). Věcná argumentace je ovšem málo platná, pokud v praxi vítězí silový a aprioristický přístup, projevivší se např. prohlášením významného funkcionáře ÚOHS na Svatomartinské konferenci 12. 11. 2015 „záměrně jsme se nedívali na Rakousko či Německo...“ (zdroj: vlastnošni paměťové a vlastnoruční písemný záznam z průběhu konference).

8 OCHRANA DODAVATELŮ POTRAVIN JAKOŽTO TZV. STŘEDNÍCH A MALÝCH PODNIKŮ

8.1 Obecné důvody pro a proti zvýhodnění malých a středních podniků

Otázkou postavení a právního režimu malých a středních podnikatelů, resp. podniků,¹⁰⁰⁰ jsem se obecně zabýval již v subkapitolách 1.3.3 a násl. v souvislosti s úvahami o ochraně slabší strany. Považuji za vhodné na tomto místě prozkoumat i tuto variantu ochrany „malého a středního“ dodavatele obchodních řetězců s tzv. významnou tržní silou jako hypotetickou alternativu nebo doplněk ke *speciální* ochraně pomocí ZVTS, podobně jako ve vztahu k soukromoprávní ochraně slabší strany¹⁰⁰¹ a k veřejnoprávní ochraně hospodářské soutěže.¹⁰⁰²

Vycházím z hypotézy je, že tyto malé a střední podniky mají požívat jen *obecné ochrany soukromoprávní* (ochrany slabšího) a *obecné ochrany antitrustové*, a že *žádné zvláštní* ochrany není třeba, neboť by se narušila soutěž a její selekční působení na trhu a byli by tak v důsledku poškozeni i koneční spotřebitelé. Obecné úvahy z úvodní kapitoly dávám do kontextu s právě podrobně probranou speciální úpravou zákazu zneužití tzv. významné tržní síly.

Z diskusí kolem přijetí zákonů chránících soutěž i zákonů chránících poctivost smluv (rozuměj ochranu soutěžitele na straně nabídky) je patrné, že zájmově zainteresováni (pozitivně) jsou na těchto předpisech zejména malí a střední podnikatelé.¹⁰⁰³ Ti si od ochrany proklamovaných hodnot

¹⁰⁰⁰ Využívám „evropské licence“ nakládat s těmito pojmy *promiscue*, podobně jako evropské právo. Nedorozumění nehrozí nejspíše poté, co byl obchodněprávní pojem podniku (§ 5 ObchZ) nahrazen pojmem obchodního závodu (§ 502 ObčZ).

¹⁰⁰¹ Srov. 1. kapitolu.

¹⁰⁰² Srov. kapitolu 9.

¹⁰⁰³ I přes pokusy různě kvantifikovatelně vymezovat pojem malého a středního podnikatele a přestože určité do této kategorie patří velká většina podnikatelů, není možné potřebu a rozsah ochrany těchto subjektů určit zákonem, ale jen kontextově a funkčně. Zda se vůbec jedná o (ochranyhodný) malý a střední podnik, se musí zjistit v každém jednotlivém případě zvlášť. Srov. BGH, Beschluss v. 24. 9. 2002, KVR 8/01: Nachverhandeln von Lieferverträgen nach Zusammenschluss marktstarker Nachfrager. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2003, no. 1, s. 59.

slibují „vedlejší efekt“ (ve skutečnosti pro ně efekt *blavný*) dílčího *transferu* bohatství drženího dříve většími podniky směrem k menším podnikům, popřípadě ti menší a střední očekávají zvýšení pravděpodobnosti, že se díky právnímu potírání tvrdých praktik silných podniků na trhu na něm ty slabší podniky udrží, a to ještě za přijatelných (dostatečně ziskových) podmínek.¹⁰⁰⁴

Názor, že antitrustové předpisy mají za cíl vychovávat a spoluutvářet *lepší společnost* prostřednictvím ochrany způsobilosti malých podniků a podnikatelů soutěžit na trhu, je velmi tradiční a souvisí s úvahami o dělbě moci ve společnosti. Dělbá moci politické se uznává jako předpoklad demokracie a vynucená dělba moci ekonomické by tudíž neměla zůstat stranou, protože se nedá věřit jejímu individuálnímu sebeomezení. Antitrustové předpisy, které jsou plošné a nikoliv sektorové, jsou s to nejlépe zabránit upadnutí do nekonečné spirály zvláštních regulací.¹⁰⁰⁵

Nutnost ochrany menších a středních podniků (resp. společenský konsenzus o vhodnosti takové speciální ochrany) není *žádná objektivní zákonitost* a určité se nedá prosazovat jako obecný požadavek regulatorního rámce ekonomiky – to by bylo anachronické stejně jako tvrzení, že velké podniky společensky škodí. Velké podniky dosahují úspor z měřítka a z rozsahu a mohou být efektivnější než podniky malé, jindy naopak jsou těžkopádnější a menší podniky je předčí flexibilitou a kreativitou. Velké podniky mohou nepřímo vyřadit soutěž mezi malými a středními podniky tak, že je donutí odejít z trhu a soutěž bude probíhat jen v kategorii větších podniků. To může být dvousečné. Závažnější než samotná velikost je *tržní moc* – ta totiž může ohrozit nebo narušit soutěž. Pro dominanta nepředstavují konkurenci (a tudíž nejsou pro něj tak nebezpeční) malí a střední podnikatelé, ale podniky označované jako „*second best*“.¹⁰⁰⁶ Takové „již velké“ podniky jsou usazené a efektivní

¹⁰⁰⁴ Jsou známy diskuse před přijetím prvního antitrustového zákona na světě (Sherman Act v USA v r. 1890), a kolem některých klíčových rozsudků (např. Standard Oil z r. 1911), na něž se dodnes odkazuje při tvrzení, že i antitrustové předpisy vznikly nikoliv kvůli ochraně hospodářské soutěže jakožto veřejného statku, ale z mnohem přízemnějších důvodů ochrany ekonomických zájmů malých podniků. Srov. např. BORK, H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. New York: Basic Books, 1978; ARMENTANO, D. T. *Proč odstranit protimonopolní zákonodárství*. Praha: Liberální Institut, 2000.

¹⁰⁰⁵ Podobně VEDDER, H. Of Jurisdiction and Justification; Why Competition is Good for „Non-Economic“ Goals But May Need to be Restricted. *The Competition Law Review*. 2009, Issue 1, Vol. 6, s. 51.

¹⁰⁰⁶ Srov. AYAL, 2014, op. cit., s. 120.

a dominantům vadí mnohem více než podniky malé a střední. Vůbec se nepodobají „rodinným obchůdkům“, které naopak mohou pod „deštníkem“ monopolem určovaných cen pohodlně prosperovat, protože i přes svoji nižší efektivnost mohou úspěšně uplatňovat ceny nad svými vlastními vyššími náklady.

Dovozuje se, že obligátní představa velkých podniků jakožto nepřátel podniků malých a středních je z toho důvodu iluzorní, protože zájmem těchto drobnějších podniků je, aby se podnikům dominantním dobře dařilo a aby se malí a střední podnikatelé mohli na jejich efektivnosti také přizivit.¹⁰⁰⁷

V zemích s vysokým podílem malých a středních podniků na tvorbě hrubého domácího produktu a na celkové zaměstnanosti¹⁰⁰⁸ je protekcionistický postoj státu vůči nim politicky srozumitelný, což neznamená, že by jiné řešení více inklinující k formální rovnosti nebylo třeba ekonomicky přínosnější.¹⁰⁰⁹

Ochrana proti zneužití tzv. významné tržní síly směřuje ve prospěch dodavatelů a výrobců, z nichž většina splňuje nejen formální kritéria malého a středního podniku v evropském pojetí,¹⁰¹⁰ ale naplňuje patrně i mnohem skromnější intuitivní hlediska. Proto je vhodné zamyslet se nad důvodností a nad některými souvislostmi a možnými důsledky takové podpory nejen z pohledu podporovaných, kteří o ní samozřejmě nepochybují, ale rovněž z hlediska celospolečenského.

¹⁰⁰⁷ V poslední cit. práci se na s. 121 uvádí příklad, kdy se naopak větší společnosti obracely na státní úřady s žádostí o antitrustovou ochranu a o možnost soutěžit s malými podniky. „Ochrana“ menších podnikatelů totiž braly někdy zasvě místní úřady, které bránily velkým (ale nikoliv monopolním) prodejcům v otevření poboček v katastru města.

¹⁰⁰⁸ Jako např. v Japonsku (srov. TAKIZAWA; ARAI, op.cit.), nebo v Německu, kde je tzv. střední stav (méně než 50 zaměstnanců a objem ročních prodejů pod 50 mil. €) motorem ekonomiky. Zaměstnává přes 60% všech zaměstnanců a představuje přes 99% počtu všech německých podniků. Srov. DREHER; KÖRNER, op. cit., s. 129.

¹⁰⁰⁹ Japonsko např. má zvláštní úpravu zákazu zneužití významné vyjednávací síly (viz bod 7.2.12), zatímco Německo uplatňuje všeobecný zákon o ochraně soutěže, ale ve vztahu k malým a středním podnikům při zjištění *individuální* ekonomické závislosti zakazuje i její zneužití. Jinak ulhčuje malým a středním podnikům spíše snižováním administrativních nároků na podnikání (DREHER; KÖRNER, tamtéž).

¹⁰¹⁰ Srov. kapitolu 1.3.7.

Společnosti opírající se o ekonomický výkon malých a středních podniků údajně¹⁰¹¹ dosahují následujících výhod:

- usnadnění možností individuální volby, které by jinak v případě korporativizace ekonomiky do větších společností byly omezenější;¹⁰¹²
- zajištění ekonomické efektivity díky vyšší individuální motivaci k inovacím a k ostré soutěži;¹⁰¹³
- omezení sociální nerovnosti, která by se jinak šířila v „korporátních ekonomikách“;¹⁰¹⁴
- úspora zdrojů, které by jinak byly potřebné na regulaci monopolů.¹⁰¹⁵

Směšování hodnot spravedlnosti (co je „správné“ a kdo má zvítězit) se společenskými cíli typu ochrany zaměstnanosti a malých rodinných podniků (tedy s politikou) a snaha vyjádřit tyto odlišné kvality a záměry v právní normě, je matoucí. Nositelem „správného“ nemusí být v jednotlivém případě „*typově* preferovaný subjekt“ (ani když je to malý a střední nebo rodinný

¹⁰¹¹ Podle AYAL, 2014, op. cit., s. 74–75.

¹⁰¹² Možnost volby může být iluzorní a formalistická a může mít jen formu emotivního dojem vzdáleného od skutečnosti. Požadavkům trhu, věcným a jiným omezením se musí bez rozdílu přizpůsobit (nebo zahynout) stejně tak velký, jako malý a střední podnik. Prání rozhodovat o svém ekonomickém sebeurčení je hezké, ale realita spojená s náklady a riziky takového malého podnikání bývá mnohdy silnější. Protože se tlaku trhu a poptávce musí přizpůsobovat i velké společnosti, a to ve všech parametrech, není z tohoto hlediska důvod preferovat ty menší. Jsou-li v tomto ohledu malé a střední podniky flexibilnější, je to jejich soutěžní výhoda a není třeba ještě zvláštní podpory; a nejsou-li flexibilnější, také není důvod ke zvláštní podpoře z hlediska možnosti volby a nejlepším řešením je parametrické a regulatorně nezdeformované soutěžní prostředí.

¹⁰¹³ Kvůli logické návaznosti bude tento předpoklad předmětem následující kapitoly.

Dá se samozřejmě okamžitě opáčit, že by se musely porovnat tyto tvrzené (a pohříchu empiricky nedokázané) přínosy tzv. dynamické efektivity se ztrátami v důsledku absence úspor z rozsahu a z měřítka (*efficiency of scope, efficiency of scale*). Tyto úspory jsou samozřejmě pravděpodobnější a vyšší u velkých podniků než u podniků malých a středních. Větší podniky mají výhody i z hlediska synergie, mají snazší přístup ke kapitálu. Preferovat menší a střední podniky s poukazem na efektivnost není důvodné. Srov. též AREEDA, P.; KAPLOW, I. *Antitrust Analysis*. 5th Ed., Aspen: Law & Business, 1997, s. 26 a násl.

¹⁰¹⁴ Sociální nerovnost existovala a existuje v lidské společnosti dávno před tím, než vznikly korporace a bez ohledu na to, zda existuje a jak funguje kapitálový trh. Ani tento mimoprávní cíl není přesvědčivým zdůvodněním pro podporu malých a středních podnikatelů.

¹⁰¹⁵ Tato úspora sice nastat *může*, ale může být znehodnocena nebo převážena neméně nákladnou regulací zvýhodňování malých a středních podniků státními orgány a s tím spojenou administrací. Náklady na regulaci a vynucování zvýhodňujících opatření pro malé a střední podnikatele typu českého ZVTS patří do této kategorie.

podnik) a naopak. *Apriorní preference* statusově vymezeného subjektu vůči ostatním nemusí být ani spravedlivá (právně a morálně), ani efektivní (ekonomicky) a ani účelná (politicky).¹⁰¹⁶

Hrubá statusová paušalizace podle mechanistických (a tedy hlavně dobře administrovatelných) kritérií a rezignace na individuální posouzení konkrétního vztahu mezi podnikateli je cestou k *partikularizaci práva* – k vytváření zvláštních předpisů pro vymezené skupiny adresátů. Prolomení jednotného standardu smluvního práva u spotřebitelských smluv ve prospěch spotřebitele se všeobecně akceptovalo kvůli zásadní strukturální nerovnováze stran, které se od sebe dají dobře odlišit. Podobně se akceptuje prolomení principu rovnosti ve vztahu dominantanta a subdominantanta v antitrustovém právu.

Rozšiřovat tyto výjimky (a činit postupně výjimku z dřívějšího pravidla) i na vztahy mezi dodavateli potravin a odběrateli s tzv. významnou tržní silou není podle mého názoru odůvodněné. *Zájmy, efektivnost a širší společenské souvislosti* by se měly jako důvod státního zásahu zvažovat *stejně u všech* zúčastněných, a to i v případech ohrožení soutěže,¹⁰¹⁷ natož pak tam, kde se *veřejný* zájem na regulaci nedá věrohodně doložit a kde je veřejnoprávní regulace prostě nástrojem politiky, jako je to v případě ZVTS. Účelová kategorizace subjektů podle ZVTS byla podrobena kritickému rozboru výše.

¹⁰¹⁶ Ne zcela očividnou motivační tvrdého tlaku řetězců na dodavatele může být velký rozsah *zapuštěných investic* do rozšíření prodejních ploch (na 1 obyvatele činí u nás cca 1 m², což je 70% německého průměru) a malá a po léta trvale klesající produktivita prodeje na 1 m². Souvisí to s mnohem nižší kupní silou českého spotřebitele (53,6 % evropského průměru a údajně 26. místo v žebříčku evropských zemí).

Řetězce se snaží tyto investice umoznit nebo i opouštějí český trh. Projevuje se to i v rušení malých prodejen na venkově, které plní i sociální funkci (pramen údajů–FROLÍK, J. Zákon o významné tržní síle. *Presentace na Svatomartinské konferenci ÚOHS*. 11. 11. 2015). Tržby řetězců přitom od r. 2011 absolutně stagnovaly, ale v relaci k tržbám výrobců potravin a nápojů trvale rostly. To se týká i vývoje přidané hodnoty. Konstatuje se, že růst spotřebitelských cen je vysáván maloobchodními řetězci a nepromítá se do dodavatelských cen, takže významná část přidané hodnoty se přesouvá podél potravinového řetězce k obchodníkovi. Kromě toho se zneužívání významné tržní síly má projevat i v bezdůvodně vysokých spotřebitelských cenách kvůli bezdůvodně vysokým obchodním přírůzkům. Jedním dechem se ovšem kritizují i „bezdůvodně vysoká skonta“ poskytovaná spotřebitelům v prodejních akcích (pramen: KOBERNA, M. Dopady zneužívání významné tržní síly do trhu s potravinami. *Presentace na Svatomartinské konferenci ÚOHS*. 11. 11. 2015).

¹⁰¹⁷ Podobně AYAL, 2014, op. cit., s. 203.

Hypotetická úvaha o obecné ochraně malých a středních podnikatelů se v našem prostředí zatím neujala. Nepokládám opak ani za pravděpodobný. Zvláštní zájmy „specificky malých“¹⁰¹⁸ dodavatelů potravin jsou pokryty ZVTS; *obecná* ochrana malých a středních podnikatelů by se mohla ovšem týkat i řady obchodních řetězců a mohla by je ochránit před většími *dodavateli*, na něž by se nedalo uplatnit antitrustové právo.

Tento záměr bránit obecnému (tedy i na straně nabídky) zneužití významné (byť ještě subdominantní) tržní síly ovšem politicky při novelizaci ZVTS nakonec neprošel, a to ani přes deklarovaný původní záměr opačný. Není důvod realisticky předpokládat, že by se to jinou cestou mělo „napravit“.

8.2 Malí a střední dodavatelé potravin

Intervencionistické zásahy státu v neprospěch velkých obchodních řetězců a na podporu malých a středních dodavatelů, ale i obcí s rostoucí nezaměstnaností v důsledku likvidace malých prodejen¹⁰¹⁹ se přijímaly určitě s dobrým úmyslem. To platí i pro (prozatím neregulatořní) aktivity na úrovni EU ve prospěch vytvoření sítě malých a středních podniků s cílem zbavit je především zbytečné administrativní zátěže, resp. jim vzhledem k jejich horším možnostem přístupu k finančním zdrojům na finančním trhu umožnit snadnější přístup k veřejným podporám.¹⁰²⁰

Pod zmírněním zátěže se však vesměs nerozumí vynětí z pravidel hospodářské soutěže a malé i střední podniky se posuzují z tohoto hlediska podle stejných parametrů jako ostatní soutěžitelé a bez nekritické sentimentality;¹⁰²¹ rovněž poskytnutí veřejné podpory nesmí strukturálně podstatně ohrozit nebo omezit hospodářskou soutěž.

Ojedinelé výjimky regulující v rámci úpravy ochrany hospodářské soutěže i chování subdominanta a reagující na relativní ekonomickou závislost malého či středního podniku na výrazně silnějším partnerovi jsou velmi

¹⁰¹⁸ Kam ovšem podle kritérií ZVTS patří i velcí odběratelé *de facto*.

¹⁰¹⁹ Srov. SCRUTON, op. cit.

¹⁰²⁰ Pod heslem *Think small first principle*. Srov. např. CAFAGGI, F. Contractual networks and the Small Business Act: Towards European Principles? *European University Institute Working Papers—Law*. 2008, no. 15.

¹⁰²¹ Srov. BAILEY, D. United Kingdom. In: KOBEL; KËLLEZI; KILPATRICK (eds.), op. cit., s. 242.

restriktivní a přesně a úzce vymezené, a navíc se netýkají jen sektorově vymezených situací jako český ZVTS, ale jsou obecné;¹⁰²² jejich aplikace v praxi je spíše ojedinělá.

Druhem *sebeobraně reakce* menších dodavatelů potravin byla celoevropská iniciativa dodavatelských řetězců.¹⁰²³ Jejím cílem byla především podpora poctivých obchodních praktik v dodavatelském potravinářském řetězci jako základny. Šlo též o podporu transparentního vedení sporů bez strachu z odvety protistrany. Bylo vytvořeno evropské fórum na vysoké úrovni usilující o lepší fungování dodavatelského potravinářského řetězce.¹⁰²⁴ Součástí těchto iniciativ byla i formulace „zásad dobré praxe“ ve vertikálních vztazích mezi podnikateli působícími v řetězcích dodávajících potraviny.¹⁰²⁵ Proklamované ušlechtilé cíle iniciativy¹⁰²⁶ jsou bezesporu obecně akceptovatelné, i když vzhledem k obecnosti různě vyložitelné a přímo aplikovatelné. Tuto nevýhodu zmírňuje tabulka příkladů srovnávacích dovolených a nedovolených praktiky.

Dokument rozlišuje obecné zásady a zásady specifické. Mezi ty *obecné* řadí respekt smluvních stran k zájmům *spotřebitele* a klade se důraz na udržitelnost vztahu mezi obchodníky. Strany mají zajistit maximální efektivnost a optimalizaci zdrojů při distribuci zboží v dodavatelském řetězci. Deklaruje se význam *smluvní svobody a nezávislosti* každé ze stran, respekt k právu partnera sledovat vlastní obchodní strategii a politiku, včetně práva nezávisle se rozhodnout pro uzavření nebo neuzavření smlouvy. Smluvní strany jednají spolu odpovědně, v dobré víře a s profesionální péčí.

¹⁰²² Srov. výše rozebranou německou a rakouskou úpravu zneužití dominance.

¹⁰²³ Srov. The Supply Chain Initiative. Dostupné na: <http://www.supplychaininitiative.eu/>

¹⁰²⁴ Srov. Forum for a Better Functioning Food Supply Chain. Dostupné na: http://ec.europa.eu/growth/sectors/food/competitiveness/supply-chain-forum/index_en.htm

¹⁰²⁵ Vertical relationships in the Food Supply Chain: Principles of Good Practice. Dostupné na: http://www.supplychaininitiative.eu/sites/default/files/b2b_principles_of_good_practice_in_the_food_supply_chain.pdf

¹⁰²⁶ Má se vytvořit rámec obchodu respektující smluvní svobodu a zajišťující konkurenceschopnost, důvěru a kontinuitu potřebné pro rozvoj obchodu, inovaci a tři pilíře udržitelnosti (ekonomické, sociální a ekologické). To má v důsledku přinést prospěch spotřebitelů a společnosti jako celku.

Mezi *zvláštní* zásady se zahrnuje *písemnost smluv*,¹⁰²⁷ *předvídatelnost*,¹⁰²⁸ *dodržování smluv*; výměna správných a nezavádějících *informací* v přísné shodě s pravidly soutěže a s jinými zákony; *důvěrnost informací*,¹⁰²⁹ *odpovědnost za riziko*, v jejímž rámci každá smluvní strana nese svoje vlastní přiměřená podnikatelská rizika; *oprávněnost požadavků*.¹⁰³⁰

Paralela s iniciativou pro férový obchod¹⁰³¹ rozvíjenou odběrateli potravin na opačné straně trhu je zřejmá. Ideální by bylo, kdyby se obě iniciativy potkaly. Výzva a spoléhání na autoregulaci představuje i hlavní závěr a doporučení Evropské komise, jak je uvedeno výše; jde nepochybně o flexibilnější a citlivější nástroj vyvažování zájmů než kontroverzní „administrativní“ obchodních smluvních vztahů veřejnoprávními nástroji.

Iniciativa pro dodavatelskou férovost obsahuje ovšem tak samozřejmé, *elementární a až banální požadavky*, že nedosahují ani standardů vyžadovaných soukromoprávní úpravou smluvního práva a práva proti nekalé soutěži. Jsou tedy jen výběrem *úplného minima* slušného obchodního chování, jejichž dodržování nemusí strany ochránit před náročnějšími zákonnými požadavky.

V českých poměrech je relevantní zák. 47/2002 Sb., o podpoře malého a středního podnikání. Ten stanoví zásady pro poskytování podpory při zahájení podnikání, jakož i při upevňování ekonomického postavení malých a středních podnikatelů (pro což volí legislativní zkratku „podpora“). Na rozdíl od výše uvedených evropských „umravňovacích“ mimoprávních iniciativ není oborově limitován a má plošnou působnost na malé a střední podnikatele; k tomu má nepochybný reálný dopad na jejich činnost a stanoví státní orgány, které zákon aplikují.

¹⁰²⁷ Jako zásada, pokud to není nepraktické, nebo jsou-li ústní smlouvy oboustranně přijatelné a vhodné. Smlouvy by měly být písemné a jasné a měly by upravit pokud možno všechny relevantní a předvídatelné okolnosti, včetně práva ukončit vztah a postupu při tomto ukončení.

¹⁰²⁸ Jednostranná změna smlouvy by neměla být možná, ledaže by taková možnost a okolnosti a podmínky byly předem dohodnuty. Smlouva by měla vymezit postup při projednání realizace smlouvy nebo dopady nepředvídatelných okolností s druhou stranou.

¹⁰²⁹ Ledaže by šlo o informaci veřejnou, nebo kdyby ji obdržel adresát v souladu s právem a v dobré víře. Důvěrná informace smí být adresátem použita jen k účelu, pro nějž byla sdělena.

¹⁰³⁰ Smluvní strana nesmí využívat hrozeb k zisku neoprávněné výhody nebo k přenesení neoprávněných nákladů.

¹⁰³¹ Srov. subkapitulu 6. 5.

Za malého a středního podnikatele se pro účely tohoto zákona považuje podnikatel, který splňuje kritéria stanovená přímo použitelným předpisem Evropských společenství. V českém prostředí podíl těchto podniků na celkovém počtu aktivních podnikatelských subjektů v roce 2014 byl 99,84 % a podíl zaměstnanců malých a středních podniků na celkovém počtu zaměstnanců podnikatelské sféry v ČR v roce 2014 činil 59,39 %.¹⁰³²

Z těchto údajů je zřejmé, že ve vnitrostátním pohledu kategorie malého a středního podnikatele nemá prakticky význam, neboť zahrnuje téměř všechny podnikatele. V měřítku EU je to jen nevýrazně odlišné a i tak silná ekonomika jako německá má v tomto směru podobné ukazatele.¹⁰³³ Kategorizace má však dopad na přístup k finančním prostředkům poskytovaným z titulu veřejné podpory a z hlediska zákonem vymezených oblastí podpory.¹⁰³⁴

Tak vysoko položená rozlišovací hranice postrádá z hlediska eventuální ochrany „skutečně“ slabší strany rozlišovací způsobilost, protože se pod ni vejdou jak opravdu drobní dodavatelé potravin, tak i řada docela velkých odběratelů (do cca 1,5 mld. Kč ročního obratu), o některých velkých dodavatelích potravin nemluvě. Podpůrné kritérium významné tržní síly 5 mld. obratu u odběratele podle ZVTS sice vyřazuje z kategorie malých a středních podnikatelů velké řetězce, což však pro ně znamená jen to, že nesplňují podmínky pro veřejnou podporu, které jejich menší partneři naopak splňují, a ovšem v podstatě nic jiného.

Z hlediska soutěžního je třeba snad jen přihlédnout k tomu, že některé skutečné nebo tvrzené dopady zneužívání tzv. významné tržní síly odběrateli (jako např. tvrzené vykořisťování dodavatelů potravin, kteří nemají v důsledku toho prostředky na investice a rozvoj) se za pomoci veřejných podpor dají

¹⁰³² Srov. Zprávu Ministerstva průmyslu a obchodu o vývoji malého a středního podnikání a jeho podpoře v roce 2014. Dostupné na: <http://www.mpo.cz/dokument164106.html>

¹⁰³³ 99% všech německých firem patří do kategorie malých a středních (pod 500 zaměstnanců a pod 50 mil. EUR ročního obratu), které zaměstnávají 60% všech zaměstnanců – podle DREHER; KÖRNER, op. cit., s. 129.

¹⁰³⁴ Srov. § 3 zákona č. 47/2002 Sb.

zmírnit nebo kompenzovat.¹⁰³⁵ To se však nedá považovat za systémovou ochranu malých a středních podnikatelů už jen proto, že na právní ochranu je při splnění zákonem daných podmínek nárok, zatímco na finanční podporu v určených oblastech nikoliv.

¹⁰³⁵ Zákon 47/2002 Sb. uvádí mezi oblastmi podpory mj. projekty sdružení pro rozvoj malých a středních podnikatelů a k posílení jejich *postavení na trhu*, které by mohly působit proti vyšší tržní síle odběratelů. Podporovat se mohou také projekty *výzkumu a vývoje*, jejichž výsledky malí a střední podnikatelé využívají. Počítá se též s podporou zavádění systémů zajišťujících *zvýšení kvality produkce* a řízení podniků a využití služeb podporujících *zvýšení konkurenceschopnosti* a projektů zaměřených na investice spojené s ochranou životního prostředí a poskytování technických informací a poradenských služeb nebo vybraných provozních nákladů určených na činnosti spojené s ochranou životního prostředí.

9 VÝZNAMNÁ TRŽNÍ SÍLA A ANTITRUSTOVÉ ZÁKAZY

9.1 Rozdílné ochranné účely a jejich vztah

Dosud jsem se zabýval zkoumáním podstaty vyjednávací a kupní síly a obecných soukromoprávních možností zábrany nebo korekce jejího zneužití. Pojednal jsem též o některých skutečných i spíše iluzorních obecných (CenZ) a specifických (ZVTS) možnostech práva veřejného. Další možnosti, jak čelit excesivnímu uplatňování smluvní asymetrie, poskytuje právo na ochranu hospodářské soutěže. Jeho působení, účel a limity jsem komentoval průběžně.¹⁰³⁶ Antitrustové právo při tom zatím posloužilo jako *tertium comparationis*, ovšem pouze v jedné své skutkové podstatě, a to zneužití *dominantního* postavení.

Společná pro významnou tržní sílu (ev. nadřazenou vyjednávací sílu) a tržní dominanci je jako *tertium comparationis* právě mocenská asymetrie mezi stranami.

Zatímco u významné tržní síly či vyjednávací síly je tato asymetrie¹⁰³⁷ pojmově relativní (konkrétně vztahová), u dominantního postavení je systémová a objektivní.

Zatímco zneužití pouhé relativní asymetrie má dopady jen do onoho konkrétního vztahu a ev. nějaké indukované individuální dopady vedlejší, zneužití systémové asymetrie ohrožuje nebo ovlivňuje soutěž na relevantním trhu.

¹⁰³⁶ Ke střízlivosti při hodnocení skutečného dopadu těchto veřejnoprávních úprav na chování adresátů nabádá zjištění, že ani uplatnění antitrustových opatření nemusí vést k variabilitě cen, ale že naopak může dlouhodobě zafixovat cenovou hladinu kvůli strategickému chování podnikatelů, kteří po rozbití kartelu nesníží ceny na soutěžní (předkoluzivní) úroveň. Srov. ORDÓNEZ-DE HARO, J. M.; TORRES, J. L. Price hysteresis after antitrust enforcement: evidence from Spanish food markets. *Journal of Competition Law & Economics*. 2013, no. 10, s. 217, 254. Možnost „zařídít se jinak“ a mimo dosah ZVTS nelze také vyloučit a spíše se dá očekávat.

¹⁰³⁷ Navzdory „úspěšně“ mocensky protlačnému a aplikačně prosazenému experimentu našeho a několika málo jiných zahraničních zákonodárců a aplikačních orgánů konstruovat ji protismyslně a koncepčně vadně na tzv. objektivním principu.

Zatímco před zneužitím relativní smluvní asymetrie se v zásadě uniknout dá (odchodem k jinému partnerovi), od zneužitele systémové asymetrie (tržní dominance) je to možné výjimečně - do akčního prostoru neovládaného dominantem, ovšem jen pokud má tento prostor ponechaný subdominantům náhodou dostatečnou absorpční kapacitu. Čím je tržní moc zneužívajícího dominanty vyšší, tím je pravděpodobnost úniku jeho obětí k subdominantům nižší.

Dominantní postavení na relevantním trhu je kvalifikovaným druhem tržní síly, a to tržní síly *skutečně významné* z hlediska fungování hospodářské soutěže jako veřejného statku. Na tom nic nemění, že se v zákoně i v doktríně dominance označuje *jen* jako tržní moc (síla), zatímco za tzv. „významnou“ tržní sílu se někdy (i v našem ZVTS) prohlašuje jen relativní vyjednávací nebo kupní síla. Je přitom nabílední, že „běžná“ tržní moc dominanty nebo monopolisty je samozřejmě mnohem významnější i bez přívlastku „významná“.¹⁰³⁸

V kapitole 7. jsem poukázal na koncepční zmatečnost ZVTS, který ve své původní verzi napodobující ZOHS deklaroval zájem na ochraně hospodářské soutěže a za zneužití významné tržní síly prohlašoval určité systematické jednání, které podstatně narušuje hospodářskou soutěž.¹⁰³⁹

Novela tuto podmínku úplně vypustila teprve po opakovaném praktickém aplikačním testu, v němž se ukázalo, že je neobyčejně obtížné, ne-li až prakticky nemožné, prokázat tak závažný systémový dopad tzv. zneužívajícího jednání kteréhokoliv ze subdominantů na straně poptávky, jehož podíl na relevantním trhu nepřesahuje v nejhorším případě ani 12%.

Dalším projevem skutečnosti, že v zákoně nejde vůbec o soutěž jako takovou, která je jen záminkou, ale především o redistribuci přidané hodnoty podél distribučního řetězce směrem k dodavatelům a výrobcům potravin, je sektorové vymezení působnosti ZVTS jen na dodávky potravin a dále zaměření pouze na poptávkovou stranu tohoto segmentu trhu. Přitom je na straně nabídky koncentrace mnohdy podstatně vyšší než na straně

¹⁰³⁸ Pro zachování informační funkce jazyka by se proto nabízelo doporučit následující řešení: rozumět pojmu „významná tržní síla“ podle ZVTS spíše ve smyslu „ještě významná“ a pojmu „tržní síla“ v pojetí ZOHS jako „opravdu významná“...

¹⁰³⁹ Bylo to evidentně nedomyšlené, ale koncepčnost ustoupila politické vůli „nějak to chování obchodních řetězců konečně řešit.“

poptávky a velmi podobné chování nazývané jako zneužití významné tržní síly se dá pozorovat i u velkých (i když třeba stále subdominantních) dodavatelů potravin.¹⁰⁴⁰

Je samozřejmě legitimní sledovat při veřejnoprávních zásazích do ekonomiky i jiné cíle nežli jen ochranu hospodářské soutěže podporující zprostředkovaně spotřebitelský blahobyt.¹⁰⁴¹ Dobré antitrustové zákony by měly mít jeden cíl: zákaz nerozumných omezení soutěže.¹⁰⁴²

Musí však jít o zásahy do ekonomické aktivity, které jsou opravdu nezbytné¹⁰⁴³ a v celkové bilanci pozitivní. Regulace ochrany hospodářské soutěže a regulace zneužití tzv. významné tržní síly mají *různé cíle* a měly by se doplňovat, a nikoliv si konkurovat.¹⁰⁴⁴ Konflikt mezi tzv. nepoctivostí nebo tvrdostí vůči malým dodavatelům a zlepšením spotřebitelského blahobytu pokládám za konflikt mezi soukromým zájmem malých dodavatelů (náležející především do oblasti práva soukromého) a zájmem veřejným.

Sudominantní kupní síle se (zejména ze strany zájmově opačně zainteresovaných subjektů na straně nabídky) zhusta přičítá omezování svobody podnikatelů na nadřazeném a podřazeném trhu. Pokud však distributoři

¹⁰⁴⁰ Podle Cambridge Econometrics Ltd., op. cit., je ve více než v polovině ze 140 zkoumaných národních trhů nabídka koncentrovanější než poptávka. Srov. též ITALIANER, op. cit., s. 6.

¹⁰⁴¹ Při intervenci jiné veřejnoprávní regulace do oblastí pokrytých zcela nebo zčásti soutěžním právem se musí vycházet z toho, že soutěžní právo chrání proces soutěže s cílem maximalizovat blahobyt spotřebitele. Srov. např. WHISH, R.; BAILEY, D. *Competition Law*. 7th Ed., Oxford: Oxford University Press, 2012; HOVENKAMP, H. *The Antitrust Enterprise: Principles and Execution*. Harvard University Press, 2005. Hybridní přístupy (regulační zásahy do soutěžního procesu) by měly být společensky efektivní, a nikoliv jen vyhovovat zájmům některých skupin (srov. možnou politizaci právní, ale i ekonomické jistoty a také poctivosti). K tomu srov. obecné úvahy DUNNE, N. Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control. *Journal of Antitrust Enforcement*. 2014, vol. 2, no. 2, s. 225–269.

¹⁰⁴² PÓSNER, R. *Antitrust Law*. 2nd Ed., The University of Chicago Press, 2001, s. 260 (konstatuje, že přitažlivá alternativa k celému antitrustovému právu by byl prostý zákaz nerozumných protisoutěžních praktik); HOVENKAMP, op. cit., s. 20–21 (tvrdí, že celou tu práci by zastal antitrustový zákon prostě konstatující, že „nerozumná omezení soutěže se tímto zakazují“).

¹⁰⁴³ Ekonomické aktivity by měly být deregulovány, jak jen to je možné - LAGUNA DE PAZ, J. C. Regulation and Competition Law. *European Competition Law Review*. 2012, issue 2, s. 77.

¹⁰⁴⁴ V subkapitole 7.3 i jinde jsem na upozornil na některá možná nebezpečí protisoutěžního dopadu ZVTS.

nekoludují, může kupní síla zvýšit spotřebitelský blahobyt, takže je třeba vyvažovat,¹⁰⁴⁵ co má vyšší společenskou hodnotu a v jakém poměru se protichůdné zájmy ustálí.

Využívá-li distributor svoji kupní sílu k získání benefitů v podobě „neodůvodněných“ slev nebo „nepoctivých“ smluvních podmínek, tak jeho praktiky mohou snižovat alokativní efektivnost. V případě, že malí dodavatelé nemají kolektivní vyjednávací sílu vůči velkému kupujícímu, nesou riziko, že ceny budou sraženy pod výrobní náklady, a že bude v krajním případě (bude-li takový postup odběratelů systematický) ohroženo i jejich setrvání na trhu. Při testech vyváženosti by se proto mělo také brát v úvahu snížení celkového objemu nákupů v důsledku cenového tlaku kupní síly.¹⁰⁴⁶

Toto vyvažování záleží nejen na mnohdy bizarních formulacích zákonů (*law in books*), ale především na jejich rozumné a uměřené aplikaci (*law in action*). Selže-li právní politika v oblasti legislativní (podlehne-li např. skupinovému lobbismu), dá se ještě rozumně korigovat právní politikou v oblasti aplikační.¹⁰⁴⁷

Vyjednávací síla uplatňovaná mezi subdominanty je zásadně dvoustrannou záležitostí mezi stranami, a nikoliv věcí veřejného zájmu. Neovlivňuje soutěž ani v případě, že by byla uplatněna velmi tvrdě, resp. z hlediska postižené strany „zneužitá“. Pokud smluvní právo není s to účinně zabránit zřejmým vykořisťovatelským excesům silnějšího partnera, dá se regulace výrazně asymetrické vyjednávací síly podle mého názoru pokládat - vzhledem k rozdílnému ochrannému účelu - spíše než za rozšíření soutěžního práva¹⁰⁴⁸ za veřejnoprávní intervenci do práva smluvního.

Taková regulace totiž funkčně nezastupuje údajně selhávající právo *soutěžní*, ale údajně selhávající právo *smluvní*. Nesnaží se řešit funkčnost soutěže a její ochranu před vyloučením, zkreslením, ohrožením nebo narušením, ale usiluje o vytvoření jiné rovnováhy mezi stranami soukromoprávního obchodního vztahu, a to rovnováhy „lepší“ z hlediska slabší strany. Dopad

¹⁰⁴⁵ Srov. CHOI; FUCHIKAWA, op. cit., s. 517–518.

¹⁰⁴⁶ Podobně GRIMES, op. cit., s. 565.

¹⁰⁴⁷ Srov. např. velmi rezervovanou aplikaci ustanovení CenZ o zákazu zneužití silnějšího hospodářského postavení, které mělo v době přijetí zákona po cenové liberalizaci jiný význam než ve funkční tržní ekonomice.

¹⁰⁴⁸ Jak tvrdí WAKUI; CHENG, op. cit., s. 319.

na soutěž na trhu jako takovou se neočekává, resp. se jen složitě a spekulativně těžkopádně dovozuje v aplikační praxi. Nezkoumá se újma na soutěžním prostředí, ale v různých obměnách nespravedlivost vzhledem k normální¹⁰⁴⁹ obchodní praxi.

Nekonzistentnost úpravy zneužití významné tržní síly neznamená, že by úprava neměla žádné opodstatnění a ospravedlnění, zejména pokud možnosti soukromoprávní korekce důsledků výrazné smluvní nerovnováhy jsou spíše jen teoretické a neuplatňují se, zejména pokud jsou těmi znevýhodňovanými malí a střední podnikatelé.¹⁰⁵⁰

Náklady na vyjednávání nejsou úměrné velikosti vyjednávajícího. Zejména malí a střední podnikatelé mají transakční náklady spojené se smlouvou podobné jako větší podnikatelé (nebo - vztaženo k jednotlivé smlouvě - dokonce vyšší), takže pro ně představují vyšší zátěž než pro větší partnery a mohou snadno podlehnout oportunistickému chování tržní protistrany. Regulace by se ovšem měla držet v zásadě *procedurálních* podmínek a nezasahovat do takových obsahových záležitostí obchodního vztahu,¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁹ Přičemž se předpokládá zvětšenu vnášené hledisko normality normativní (jak by měla praxe vypadat), a nikoliv normality statistické či empirické (jak to v praxi skutečně chodí), protože v opačném případě by úprava ztratila smysl, neboť by jen kodifikovala naříkanou nepoctivost a nespravedlivost.

¹⁰⁵⁰ Např. v WAKUI; CHENG, op. cit., s. 328 dokumentuje skutečnost, že více než 50 % japonských malých a středních podniků čelících právním problémům nevyhledalo právní pomoc a pro více než třetinu z nich představovaly důvod k tomu vysoké náklady na právní porady.

¹⁰⁵¹ Srov. kritiku jednotlivých ustanovení ZVTS v subkapitole 7. 3. Tak např. zákaz *prodeje pod náklady* subdominantním obchodníkem brání přetahování zákazníků mezi obchodníky (a tedy soutěži mezi nimi ve prospěch spotřebitele). Spotřebitel by díky jedné takto nabízené komoditě nakoupili celý košík zboží, a to třeba včetně zboží od téhož dodavatele, jehož jeden produkt byl použit jako „návnada“. Mállokterý spotřebitel si bude myslet, že když je levná jedna položka, že bude levný celý nákup, takže nejde o porušení zákazu klamání spotřebitele. Zákonný zákaz prodeje pod náklady může být fakticky příkázanou formou redistribuce peněz od spotřebitelů k prodejčům a může představovat vnější omezení hospodářské soutěže, pokud neumožňuje, aby prodejci takticky soutěžili se svými konkurenty i za cenu prodeje určité komodity pod náklady. Podobně může zákaz retroaktivních rabatů tlačit strany k uzavírání jen krátkodobých kontraktů. K tomu srov. WAGNER-VON PAPP, op. cit., s. 14. Nadměrná ochrana jedné ze stran může vést až k fúzím, k nimž by bez ní kvůli neefektivnosti nedošlo. Fúze jsou přitom pro soutěž mnohem nebezpečnější (strukturálně), na rozdíl od dvoustranné nerovnováhy dvou subdominantů v obchodním vztahu, která nemá na soutěž dopad žádný nebo jen hypotetický a velmi zprostředkovaně dovozovaný.

kteřé mohou zájmům dodavatele obětovat efektivnost a spotřebitelský blahobyť.¹⁰⁵²

Příkazem by tedy měla být extrémní obezřetnost, aby nedošlo k matení ochrany soutěže a ochrany tzv. slabší strany. Prodejci s vyjednávací („významnou tržní“) silou by jinak mohli ztratit potenciál „spotřebitelových hrdinů“, kteří usilují o co nejnižší konečné ceny. Je to samozřejmě zčásti romantizující představa, protože i obchodníci samozřejmě mají svoje vlastní ekonomické zájmy,¹⁰⁵³ které se jen zčásti kryjí se zájmy spotřebitele a zčásti se s nimi rozcházejí. Benefity získané od slabších dodavatelů se nemusejí adekvátně přесunout ke spotřebitelům.

Ochrana soutěže a ochrana slabší strany před vyjednávací silou nemusí ovšem mít úplně zřetelné a ostré hranice. Výhody dosažené zneužitím vyjednávací pozice se totiž nutně nemusejí projevit pouze jako lineárně korespondující nevýhoda u vykořisťované slabší protistrany, ale mohou hypoteticky ovlivnit i soutěž na distributorově podřázeném trhu. Tam lze nižšími cenami zvyšovat náklady konkurentů a vytlačovat je postupně z trhu, což by mohlo vést až k vyšším cenám pro spotřebitele.¹⁰⁵⁴ Pokládám to ovšem přinejmenším v našich podmínkách za nepravděpodobný scénář vzhledem ke struktuře maloobchodního trhu s potravinami trhu a k podílům obchodních řetězců na něm.¹⁰⁵⁵

Pokud dojde skutečně k ohrožení *soutěže* na lokálních a fragmentovaných trzích s potravinami, je úkolem orgánů pro ochranu soutěže adekvátně

¹⁰⁵² Protože naše doktrína i rozhodovací praxe prozatím většinou vycházejí v souladu s ordoliberalní tradicí z pojetí antitrustového práva jako nástroje ochrany soutěže, a nikoliv spotřebitelského blahobytu, ponechávám stranou jakožto vedlejší spor o to, zda nějaký (zákonem nedefinovaný a metodologií antitrustu nezjistitelný) spotřebitelský blahobyť vůbec existuje, a zda nejde vlastně o spotřebitelský přebytek (*surplus*), jenž je oním zamýšleným cílem antitrustu - srov. ORBACH, B. Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law & Economics*. 2010, vol. 7, no. 1, s. 133–164.

¹⁰⁵³ Opirající se o heslo „*buy low, sell high*“, jež samozřejmě v rámci možností daných trhem uplatňuje i dodavatel potravin.

¹⁰⁵⁴ Jak upozorňují BUTTÁ; PEZZOLI, op. cit., s. 4.

¹⁰⁵⁵ Tvrdí-li se totiž na jedné straně, že dodavatelé nemají reálnou možnost změny distribučního kanálu mj. proto, že neférové obchodní podmínky všech obchodních řetězců se velmi podobají, podobají se patrně i možnosti všech řetězců provádět takovou výše nastíněnou strategii, takže by se výhody v konkurenčním boji vzájemně vyrušily a vytratily a zůstala by jen výhoda nižších cen pro spotřebitele.

definovat *užší místní relevantní trh* a zasáhnout příslušnými opatřeními na ochranu soutěže, a nikoliv administrativními hrubými nástroji modelovat obsah soukromoprávních ujednání v pozici strážců obchodní poctivosti.

Ochrana soutěže se i přes možné dílčí překryvy nerovná ochraně individuálního dodavatele a poskytování záštity před tvrdým soutěžním tlakem. Mohlo by to také při „striktně nerestriktivním“ přístupu znamenat až diskvalifikaci tvrdé soutěže (a zejména soutěže eliminační a zničující) jakožto neférového vlivu na „slabší podnikatele“ jen proto, že se ocitli ve výrazně asymetrické vyjednávací pozici, v níž nejdou schopni odpovídající reakce na tržní tlak.

Smluvní právo se vyjednávací silou nezabývá, ale má nástroje k ochraně svobody vůle a možnosti výjimečně korigovat obsahovou správnost smlouvy bez ohledu na vyjednávací sílu stran. Antitrustové právo se zase nezabývá férovostí obchodního vztahu, ale dopadem jednání na soutěžní prostředí na celém relevantním trhu, takže vyjednávací síla je pro ně relevantní, jen pokud ji zneužívá dominantní soutěžitel.

Jakkoliv silnou stranu nelze v soukromém právu přinutit ke kontraktaci proti její vůli. Pokud toto východisko přijmeme, nelze zásadně ani po té silnější straně požadovat, aby souhlasila s podmínkami, které pokládá za nepřijatelné a které jí nevyhovují, a nebo s nežádoucí formou smlouvy. Stranám by měla být zásadně povolena pozice „*take it or leave it*.“¹⁰⁵⁶

Výjimky z této zásady chránící společenský zájem (typu zvláštní odpovědnosti dominanta, který je v těchto dispozičních smluvních právech kvůli své tržní moci omezen) by měly být velmi restriktivní a aplikovatelné na základě posouzení konkrétního případu. Žádné měřítko velikosti (ať už velikosti absolutní nebo nepřímo pomocí tržní koncentrace) se nedá používat mechanicky a neobstojí v porovnání se *stupněm* ekonomické závislosti.¹⁰⁵⁷ Tzv. objektivní koncepce české verze zneužití tzv. významné tržní síly tomuto požadavku jednoznačně neodpovídá.

Závislost dodavatele na odběrateli nemá původ jen v *chování odběratele*. Riziko dodavatele z podnikání by z něj proto neměl snímat na svoje náklady na náklady konečného spotřebitele odběratel všeobecně jen proto, že patří

¹⁰⁵⁶ Srov. HELVESTON; JACOBS, op. cit., s. 1017 an.

¹⁰⁵⁷ Posuzování podle klouzavého měřítka (*sliding scale*).

do zvlášť „oborově diskriminované“ skupiny odběratelů potravin s jistým obratem. Měla by se zkoumat skutečná závislost v každém jednotlivém konkrétním vztahu a její zneužití, byť by to samozřejmě bylo složitější než paušální presumpce podle jednoduchého a hrubého obratového kritéria.¹⁰⁵⁸

9.2 Některé dílčí souvislosti substantivní antitrustové regulace a úpravy tzv. významné tržní síly

Základní tři pilíře antitrustového práva - zásadní zákaz dohod (*largo sensu*) omezujících soutěž, (prozatím) bezvýjimečný zákaz zneužití dominantního postavení¹⁰⁵⁹ a zákaz nadprahového nepovoleného spojení soutěžitelů – se uplatní ve výseku trhu dotčeném regulací podle ZVTS v nezměněné podobě. Prvý z těchto pilířů - zákaz kartelových dohod – se ovšem v této oblasti v dnešní době a v našich tržních poměrech liší od zákazu nepovolené nadprahové fúze a od zakázaného zneužití dominantního postavení. Zakázaná kartelová dohoda se dá totiž uzavřít bez ohledu na skutečnou nebo potenciální tržní moc účastníků, zatímco zneužití dominantního postavení může pouze soutěžitel, který tržní moc již má. Dopustit se nepovoleného spojení mohou jen soutěžitelé, jejichž spojením by došlo k podstatnému narušení hospodářské soutěže, zejména (a prakticky téměř vždy) v důsledku vzniku nebo posílení dominantního postavení na trhu.

Dohoda omezující soutěž, jejíž dopad na soutěž je zanedbatelný, do působnosti zákona nespadá.¹⁰⁶⁰ Netýká se to ovšem podle právně sporné kon-

¹⁰⁵⁸ Snadnější aplikovatelnost regulace není vůbec kritériem její potřebnosti ani důkazem o tom, že není případně škodlivá. Příznačné je, že v Německu je maloobchodní trh s potravinami mnohem koncentrovanější (a tedy i subdominantní kupní síla řetězců je mnohem větší), a přesto se zkoumá *relativní* ekonomická závislost a její zneužití v každém konkrétním *jednotlivém* případě. Navíc se zákaz zneužití (systémově správně) nevztahuje jen na subjekty s převažující vyjednávací silou na straně poptávky, a je obecný (neomezuje se pouze na ochranu dodavatelů potravin). Srov. LADEMANN, op. cit., s. 716 a násl.

¹⁰⁵⁹ Pokusy Evropské komise jej prolomit byly zatím neúspěšné–srov. Sdělení komise–Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele (2009/C 5/02). Důvody veřejného zájmu (*public policy*) uváděné jako argument, proč se vyhnout postihu za zneužití dominantního postavení, se hodnotí spíše jako mýtus nežli jako realita a spíše nástroje strategicky používané při vyjednávání - srov. BRISIMI, V. Abuse of Dominant Position and Public Policy Justifications: A Question of Attribution. *European Business Law Review*. 2013, issue 2, s. 261–274.

¹⁰⁶⁰ Srov. § 3 odst. 1 *in fine* ZOHS.

strukce tzv. tvrdých kartelových dohod, typicky dohod o cenách. Pokud by takovou sebeobrannou taktiku proti obchodním řetězcům dodavatelé zvolili, mohli by se dostat do rozporu se ZOHS.¹⁰⁶¹

9.2.1 Souběh zneužití dominance a zneužití „významné tržní síly“

Veřejnoprávní intervence do smluvního vztahu, do něhož strany vstoupily dobrovolně, je porušením smluvní autonomie,¹⁰⁶² a musí proto být dobře zdůvodněna veřejným zájmem. Tímto zájmem je u zneužití dominance ochrana *soutěže* jako veřejného statku; u zneužití tzv. významné tržní síly je jím patrně jen substanciální poctivost a „*spravedlnost*“ smluv, což je hodnota sice navýsost významná, nicméně povýtce *bilaterální*, která by měla být přenechána k ev. řešení soukromoprávními prostředky. Navíc je dostatečně nejasná a „tekutá“ i v oblasti veřejného práva soutěžního, kde je pouze podpůrným kritériem hodnocení některých skutkových podstat zneužití dominance.¹⁰⁶³ V obou případech to či ono postavení neimplikuje nepoctivost ujednání v neprospěch formálně slabší strany, ale musí se rozlišit pouhý zdravý (byť třeba velmi tvrdý) obchodní tlak od neférového vykořisťování.¹⁰⁶⁴

Požadavek na poctivost (férovost) směřuje zásadně k ochraně soutěžitele, a nikoliv soutěže. Není zvláštním cílem antitrustového práva – posouval by je k právu proti nekalé soutěži. Mezi poctivou (*fair*) a svobodnou (*free*)

¹⁰⁶¹ Touto otázkou a jejími širšími souvislostmi se podrobněji zabývám v poslední pasáži této kapitoly.

¹⁰⁶² Tak AKMAN, op. cit., s. 167.

¹⁰⁶³ Srov. podrobné výklady tamtéž, s. 146 a násl.

¹⁰⁶⁴ PECL a DCFR rozlišují dvojí standard poctivosti. ČL 4:109 PECL deklaruje možnost, že smlouva, která jedné straně poskytuje excesivní výhodu a která zahrnuje „nepoctivou“ výhodu, může být zrušena nebo změněna na žádost znevýhodněné strany. Čl. II-7:207 DCFR („nepoctivé vykořisťování“) stanoví podobně, že strana může zrušit smlouvu, jestliže v okamžiku jejího uzavření i) byla na druhé straně závislá nebo ve vztahu důvěry, nebo ii) byla ve stavu hospodářské nouze nebo naléhavé potřeby, nebo iii) byla neznalá, lehkomyšlná, nezkušená nebo postrádala vyjednávací dovednosti a druhá strana to věděla, nebo se dalo rozumně očekávat, že to ví, iv) vzhledem k okolnostem a účelu smlouvy využila druhá strana situaci první strany k získání mimořádného prospěchu nebo hrubě nespravedlivé výhody.

DCFR obsahuje dvě definice „poctivého“, jednu pro vztahy B2C a jednu pro B2B. Zatímco v B2C pro konflikt s požadavkem férovosti stačí výrazně znevýhodnit spotřebitele v rozporu s požadavkem dobré víry a poctivého jednání (čl. II-9:403), ve vztazích B2B se předpokládá hrubá odchylka od dobré obchodní praxe v rozporu s dobrou vírou a poctivým jednáním (čl. II-9:405). Pojmy „výrazného znevýhodnění“ a „hrubě odchylky“ se blíže nespecifikují, aby byly operacionalizovatelnější.

soutěží panuje přirozené napětí.¹⁰⁶⁵ Zákonné pojmy výrazné nerovnováhy v právech a povinnostech, resp. spravedlivého důvodu ve veřejnoprávním ZVTS¹⁰⁶⁶ také fakticky posouvají úpravu do oblasti kontroly poctivosti soutěže a vlamují se tak do domény soukromého práva.

Zneužití dominantního postavení a zneužití tzv. významné tržní síly se podle mého soudu mohou hypoteticky ocitnout v *souběhu*. Jestliže dominant na relevantním trhu zneužije svoji moc na tomto trhu, dopustí se (systémově mnohem závažnějšího) správního deliktu podle ZOHS. Podle principu *ne bis in idem* nebude moci být takový dominant potrestán podle ZVTS, byť by svým jednáním přesně naplnil některou z jeho skutkových podstat.

Opačný přístup by byl (být pouze teoreticky, protože u nás žádný odběratel potravin dominantní postavení nemá) velmi zajímavý – pokud by odběratel potravin v hypotetickém dominantním postavení¹⁰⁶⁷ v určitém věcném segmentu toto postavení zneužil třeba vynucováním nepřiměřených podmínek a mohl by být za tento správní delikt postižen podle § 11 a násl. ZOHS, mohl by se bránit, že pokud zneužil svoje postavení, tak nikoliv na takto úzce věcně vymezeném trhu, ale že se - na mnohem širěji vymezeném trhu potravin a služeb s jejich prodejem spojených - dopustil zneužití významné tržní síly.¹⁰⁶⁸

Není tedy absurdní představa, že by výrobce speciálního sortimentu zneužil svoje dominantní postavení na věcně úzce vymezeném relevantním trhu vůči jednomu, několika nebo všem distributorům tohoto zboží. Pokud by strany (samozřejmě obě) sjednávaly „neadekvátní podmínky“ ve smlouvách,

¹⁰⁶⁵ Americký odvolací soudce Easterbrook to vyjádřil pregnančně... „moji druhové chtějí, aby rivalita byla férová...Kdo říká, že o soutěži se předpokládá, že má být férová—ten, kdo posuzuje chování na trhu etikou soudní síně? Jestli ekonomický tlak musí ustoupit poctivému chování...soupeři stáhnou plachty. Poctivá soutěž je oslabená soutěž.“ - *Fishmann v Estate of Wirtz* 807 F2d 520, 577 (7th Cir 1986), cit. podle AKMAN, op. cit., s. 183.

¹⁰⁶⁶ Srov. § 4 odst. 2a) a § 4 odst. 2i) ZVTS.

¹⁰⁶⁷ Např. po proběhnutí vlňe schválených fúzí.

¹⁰⁶⁸ Lépe by na tom porušitel asi nebyl, protože formálně jsou pokuty za správní delikt konstruovány analogicky v ZVTS a v ZOHS. Nerozdělená pravomoc jediného orgánu (ÚOHS) k uplatňování obou zákonů činí konflikt nepravděpodobným. K zahájení správního řízení podle jednoho zákona, ač přitom za podobné jednání již byl tentýž subjekt postižen podle druhého zákona, by dojit nemělo. Možnost tzv. prioritizace by se podle mého názoru v takovém případě měla využít i k tomu, aby se v takovém hypotetickém případě souběhu dala přednost postihu nebezpečnější systémové hrozby ohrožení soutěže před postihem parciální újmy na poctivosti obchodního vztahu podle ZVTS.

dodavatel by tím jako smluvní strana zneužíval svoje dominantní postavení tzv. vynucováním nepřiměřených podmínek podle ZOHS, zatímco odběratel jako smluvní strana těžce smlouvy by formálně vzato zneužíval svojí významnou tržní sílu na všeobecněji vymezeném trhu potravin a služeb s prodejem potravin souvisejících.

ZVTS míří na vztahy, v nichž žádá ze stran nemá tržní moc – ty přenechává úpravě v ZOHS. Tuto pozici nemá dnes u nás na straně poptávky žádný ze stávajících obchodních řetězců - prodejců potravin, ovšem pokud se bere v úvahu velmi široké vymezení relevantního trhu jako trhu potravin a služeb souvisejících s jejich prodejem, což je vymezení, které by podle ZOHS pro potřeby ochrany soutěže neobstálo.

Je však myslitelné, aby na straně poptávky měl dominantní postavení na věcně úzce vymezeném trhu speciální komodity určitý odběratel splňující podmínky ZVTS, jenž zakládá domněnku významné tržní síly. Mohl by tak *uno actu* porušit zákaz zneužití dominance i významné tržní síly. Bylo by sporné, který delikt by ev. projednával; princip *ne bis in idem* by se ovšem musel šetřit.

Není podle mého názoru vhodné, aby správní orgán měl na výběr, podle kterého předpisu bude postupovat. Narušuje-li dominant svým zneužívajícím jednáním hospodářskou soutěž, musí příslušný orgán pro ochranu soutěže postupovat v souladu se svou věcnou pravomocí podle ZOHS.¹⁰⁶⁹ Pokud by Úřad postihoval obchodníka zneužívajícího dominantní tržní moc zástupným způsobem za delikt ohrožující jiné chráněné hodnoty¹⁰⁷⁰ (jako tzv. jednostranně pojatou férovost odběratelů vůči dodavatelům potravin), šlo by o nezákonný postup.

¹⁰⁶⁹ Vyvratitelná domněnka obratu 5 mld Kč jako znaku tzv. významné tržní síly může být vyvrácena i tím, že určitý odběratel tuto hranici překročil, ale má dominantní postavení a svým zneužívajícím jednáním se dopustil *antitrustového* deliktu. Opačná situace, totiž že nějaký odběratel nedosáhne obratu 5 mld Kč a bude mít přitom dominantní postavení, které by zneužil, není podle mého názoru za současné úpravy myslitelná. Ne že by *obecně* v některých segmentech trhu nemohl obrat pod 5 mld mít soutěžitel s dominantním postavením ve smyslu ZOHS. Protože se však ZVTS vztahuje pouze na odběratele potravin (a k tomu navíc s jejich prodejem spojených služeb) takto „obecně potravinářsky“ bude patrně vymezen i „věcně relevantní trh“ pro potřeby ZVTS.

¹⁰⁷⁰ ZVTS po novele nepokládá žádné narušení hospodářské soutěže (natož pak narušení podstatné jako to bylo v původní verzi) za součást skutkové podstaty správního deliktu zneužití významné tržní síly.

9.2.2 Obchodní aliance a dohody o cenách

Soutěžně relevantní může být problematika *nákupních* aliancí (které by neměly umožnit obcházení ZVTS, a proto ZVTS stanovil i pro ně hranici obratu a domněnku významné tržní síly po jejím překročení), ale také aliancí prodejních (ty by se mohly dopustit dohodou, jednáním ve vzájemné shodě nebo rozhodnutím orgánu soutěžitelů uzavření kartelové dohody).

Prodejní aliance umožňují prodávajícím získat lepší podmínky, mj. vyšší ceny. Nákupní aliance umožňují podobný výsledek v opačném směru – maximalizaci užítku (typicky poměru ceny a kvality) v prospěch sdružených kupujících a v důsledku i ve prospěch spotřebitele, sdružují-li se takto maloobchodní distributoři. Možnost samozřejmě neznamená nutnost a takto získané výhody mohou být zůstat nevyužity z řady různých důvodů, mj. i kvůli nenasytnosti podnikatelů nekorigované dostatečným soutěžním tlakem.

Nejde-li u takových aliancí o dohodu omezující soutěž,¹⁰⁷¹ nelze proti ní ze soutěžního hlediska nic namítat. Existuje-li dostatečně intenzivní soutěž na trhu, výhody takto získané v rámci nákupní aliance se přesouvají alespoň zčásti na spotřebitele. Nákupní aliance mohou samozřejmě uzavírat i dodavatelé obchodních řetězců pro vztahy se svými dodavateli vstupů – i v tom případě platí, že (za předpokladu kartelové právní nezávadnosti) dosahují nižších nákladů na vstupu, které mohou promítnout do nižších dodavatelských cen pro řetězce, a ty opět mohou nižší ceny účtovat konečnému spotřebiteli.

Zapovězeny jsou v zásadě jakékoliv dohody mezi dodavateli a prodávajícími o cenách, za něž by se mělo zboží prodávat konečným zákazníkům, byť je ekonomické zdůvodnění takového paušálního přístupu i k fixacím vertikálním mnohdy nepřesvědčivé. V oblasti zemědělství se v posledních letech projevovaly snahy výrobců chránit se před krizovými jevy a před cenovými poklesy.¹⁰⁷² Cestou k tomu mělo být *faktické* uvolnění striktního zákazu dohod o prodejních cenách zemědělských výrobků mezi jejich samotnými producenty, které by mělo umožnit vyšší prodejní ceny.¹⁰⁷³

¹⁰⁷¹ K tomu srov. např. BEJČEK, J. *Existenční ochrana konkurence*. Brno: Masarykova Univerzita, 1996, s. 91, 178.

¹⁰⁷² Blíže srov. BLOCKX, J.; VANDERBERGHE, J., op. cit., s. 387 a násl.

¹⁰⁷³ S logickým důsledkem v podobě nižších marží distributorů a/nebo vyšších spotřebitelských cen.

Příslušné nařízení¹⁰⁷⁴ sice deklaruje v čl. 206 cíle zajistit fungování vnitřního trhu a jednotné uplatňování pravidel EU v oblasti hospodářské soutěže a v článku 222 se použití čl. 101 odst. 1 SFEU (zákaz dohod omezujících soutěž) suspenduje jen z taxativně uvedených důvodů¹⁰⁷⁵ v období závažných výkyvů na trzích, ale jen pokud tyto dohody a rozhodnutí nenarušují řádné fungování vnitřního trhu a je-li jejich výhradním cílem stabilizace dotčeného odvětví. Přesto se však projevují snahy výrobců o extenzivní interpretaci „zemědělských výjimek“ tak, aby zahrnovaly i dohody cenové.¹⁰⁷⁶ Tyto snahy evropské soudy potírají a konstatují, že ani krize v sektoru nemůže ospravedlnit uzavření kartelové dohody o cenách.¹⁰⁷⁷

Pokusy čelit ekonomickému tlaku na straně poptávky sdružováním (združstevňováním) výrobců účtujícími společné ceny, proběhly již v minulosti.¹⁰⁷⁸ Na samotné družstevní formě podniku není samozřejmě nic protiprávního a protisoutěžního,¹⁰⁷⁹ pokud však nepředstavuje organizační zástěrku obcházející zákaz kartelových dohod. Spojí-li se výrobci do družstva, které plní všechny ekonomické funkce podniku, tedy včetně společné cenotvorby, jde o jednu ekonomickou jednotku a cenové dohody mezi jejími členy nejsou zakázanými kartelovými dohodami - uplatní se tzv. *intra entreprise doctrine*. Sdružení v pouze *prodejním* družstvu při zachování ostatních samostatných ekonomických funkcí jeho členům by ovšem bylo v rozporu s tzv. *per-se* (automatickým) zákazem tzv. tvrdých dohod omezujících soutěž.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁴ Nařízení č. 1308/2013, cit. výše.

¹⁰⁷⁵ Jde o stažení produktů z trhu nebo o jejich bezplatnou distribuci; o úpravu a zpracování; o skladování soukromými hospodářskými subjekty; o společná opatření v oblasti propagace; o dohody o jakostních požadavcích; o společné pořizování prostředků nezbytných k boji proti šíření škůdců, nákaz a chorob nebo k řešení dopadů přírodních katastrof; o dohody k dočasnému plánování produkce se zvláštní povahou výrobního cyklu.

¹⁰⁷⁶ Čl. 209 odst. 2 nařízení 1308/2013 cenové dohody z výjimky ze zákazu dohod vylučuje, čili potvrzuje platnost jejich všeobecného zákazu.

¹⁰⁷⁷ Srov. rozhodnutí Soudu prvního stupně (Tribunálu) z 13. 12. 2006, T-217-2003 a SDEU ze dne 18. 12. 2008, C-101/07P *Coop de France Bétail et viande v Komise a C-110/07P Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles v Komise*. Blíže srov. PETR, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Praha, C.H.Beck 2014, s. 64 a násl.

Krizové zdůvodnění cenového kartelu odmítl i nizozemský soud v r. 2014 - srov. BLOCKX; VANDENBERGHE, op. cit., s. 396.

¹⁰⁷⁸ Srov. případ *Onde Lutikhuis*, rozhodnutý SDEU 12. prosince 1995 (C-399/93).

¹⁰⁷⁹ Samozřejmě za předpokladu, že se nejedná o formu „nadprahové“ koncentrace, která by vedla k podstatnému narušení hospodářské soutěže.

¹⁰⁸⁰ Podle odstavce 27 poslední citovaného rozsudku SDEU se dohody družstevníků nemohou týkat cen, ale jen výroby či prodeje zemědělských výrobků a použití společných zařízení pro jejich uskladnění nebo zpracování a nemohou vyloučit soutěž a ani ohrozit cíle společné zemědělské politiky.

Celá teorie cenových fixací a jejich protisoutěžní podstata je založena na cenové koordinaci v horizontále nebo ve vertikále, tedy na spolupráci obchodních partnerů namísto konkurence. Cenová *fixace* jakožto protipól diskriminace je škodlivá, je-li důsledkem vertikální nebo horizontální protisoutěžní¹⁰⁸¹ dohody. Ve vertikále se hovoří o zachování ceny při opětovném prodeji – RPM,¹⁰⁸² ve druhém případě o horizontálním cenovém kartelu. Protisoutěžnost takových dohod se dříve předpokládala a konstatovala jaksi „sama od sebe“ (*per se*).

V případě *horizontálních* cenových dohod proto, že vedly ke zvýšení cen, a byly tak škodlivé pro spotřebitele. Nahrazují totiž soutěžní rizika spoluprací konkurentů. Nicméně i Soud prvního stupně konstatoval,¹⁰⁸³ že neexistují žádné protisoutěžní dohody, jež by z právního hlediska *nikdy* nemohly splnit požadavky čl. 81 odst. 3 SES (dnes čl. 101 odst. 3 SFEU), což jsou požadavky nutné k tomu, aby se dala uznat výjimka ze zákazu dohod omezuujících soutěž. Že by se to mohlo stát právě u dohody o horizontální fixaci cen, je velmi nepravděpodobné, i když to úplně vyloučeno není; to je zřejmé z výše komentovaných snah o horizontální cenovou kartelizaci v zemědělství, které ovšem prozatím nenalezly pochopení u orgánů právní ochrany. Zákaz vertikální cenové fixace je ovšem ekonomicky mnohem kontroverznější, a proto se již občas v praxi prolomuje.¹⁰⁸⁴

Horizontální cenové dohody mohou mít nejrůznější podoby, a nemusí tedy sledovat jen přímočaré určení konečné ceny. Horizontálními cenovými kartely mohou být tedy nejen dohodnuté pevné cílové nebo minimální ceny,

¹⁰⁸¹ Tedy protisoutěžní cílem dohody, nebo protisoutěžní co do jejího výsledku.

¹⁰⁸² Zkratka z *Resale Price Maintenance*.

¹⁰⁸³ V případě *Matra Hachette v Komise* (T-17/93, 1994, čl. 85). Dokonce v dříve platném nařízení č. 4056/86 o námořní dopravě byla v čl. 3–5 úprava o blokové výjimce pro horizontální dohody o cenách mezi mezinárodními lodními asociacemi; v případě *Reims II* (L 275/17, 2000) udělila Komise individuální výjimku veřejným poštovním operátorům v Evropě, týkající se plateb jednoho operátora druhému za dodávky dopisů na území druhého–šlo podle Komise o cenovou fixaci „neobvyklé povahy“, v níž Komise spatřovala řadu ekonomických přínosů; v případě *Visa International–Multilateral Interchange Fee* (L 318/17, 2003) Komise konstatovala, že *neexistuje pravidlo, že by jakákoliv dohoda o cenách nutně a vždy musela být posouzena jako kartel nezpůsobilý naplnit podmínky čl. 81/3 SES* a udělila individuální výjimku pro mnohostranné výměnné poplatky sjednané mezi 'vydávající' a 'nabývajícím' bankou. Srov. WHISH, R. *Competition Law*. 5th Ed., Lexis-Nexis, 2003, s. 150–151.

¹⁰⁸⁴ Blíže k této problematice včetně odkazů na judikaturu srov. BEJČEK, J. K důvodnosti automatického zákazu vertikální cenové fixace, *Právník* 2008, č. 8, s. 825–854.

ale někdy i tzv. „doporučené“ ceny¹⁰⁸⁵, omezení poskytovaných slev, omezení reklamy na provedené slevy, dokonce dohody o zákazu dávat zákazníkům dárky nebo prodávat jiné zboží se ztrátou, dohody o omezení splatnosti obchodních úvěrů poskytovaných výrobcí velkoobchodníkům, o společné politice v dalším prodeji, o pevných obchodních a maloobchodních maržích, o zákazu „destruktivních prodejů pod náklady“ nebo za nižší než uveřejněné ceny, o zpětném výkupu zbylého zboží jen za podmínky zachování stanovené úrovně cen, dohody o sjednocení různých poplatků, o speciálních schématech ovlivnění ceny apod.¹⁰⁸⁶

Vertikální cenové dohody se automaticky zakazovaly proto, že se tradičně jakékoliv dohody o přímém nebo nepřímém určení cen pokládaly za protisoutěžní, protože omezují soutěž na podřazených trzích a vedou i tam k vyšším než soutěžním cenám. Usnadňují uzavření kartelových cenových dohod mezi distributory, jakož i mezi výrobci, umožňují výrobcům využívat jejich zvláštní moc vůči distributorům¹⁰⁸⁷ k tomu, aby distributoři (jimž vyšší marže zajištěná díky RPM umožňuje usměrňovat a ovlivňovat volbu spotřebitelů) vytlačovali z trhu výrobky konkurenčních výrobců.¹⁰⁸⁸ Vertikální cenové dohody mohou též odrazovat potenciální konkurenty od vstupu na trh distribuce.

Je ovšem možný i jiný úhel pohledu. Vertikální dohoda o cenách *maximálních* může být pokládána za prosoutěžní, neboť odstraňuje problém dvojí či vícenásobné marginalizace (kdy se na každém stupni k ceně přidává obchodní přírážka). Teoreticky korektní argument, že takové „cenové stropy“ mohou být ohniskem, kolem něhož výrobci koludují (nekale kooperují v tvorbě cen), bývá odmítán nikoliv jiným teoretickým či empirickým *argumentem*, ale *přesvědčením*, že to je argument slabý, a že je překvapující, že cenové stropy vůbec někdy byly za protisoutěžní považovány; cenové stropy se tedy

¹⁰⁸⁵ V případě *Zinc Phosphate* (L 153/1, 2003) pokutovala Komise britské a norské výrobce dokonce za fixaci cen prostřednictvím oběžníku s tzv. „doporučenými“ cenami.

¹⁰⁸⁶ Blíže viz VAN BAEL & BELLIS. *Competition Law of European Community*. 4th Ed., Kluwer Law International, 2005, s. 389–399.

¹⁰⁸⁷ Hovoří se o „relational power“ - srov. KNEEPKENS, M. Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach. *European Competition Law Review*. 2007, Issue 12, s. 661.

¹⁰⁸⁸ Což je možné zejména u výrobků, které vyžadují rozsáhlejší instruktáž spotřebitele, nebo které se kupují méně často.

sice (jaksi teoreticky) pokládají za určité vertikální omezení soutěže, které však meziznačkovou ani vnitroznačkovou soutěž *přímo* neomezuje.¹⁰⁸⁹ RPM vadí tedy (teoreticky) spíše jako „cenová podlaha“, a nikoliv jako „cenový strop“; naše rozhodovací *praxe* je ovšem velmi nedůtklivá k *jakékoliv* cenové koordinaci.

Tzv. cenové stropy naopak mohou být iniciátorem ostré cenové soutěže či jejím zesilovačem, pokud si konkuruje značkové zboží a zboží prodávané distributorem pod jeho vlastními soukromými značkami.¹⁰⁹⁰ Dodavatel někdy distributorovi doporučuje či na něm vynucuje, aby dodavatelovo značkové zboží bylo kvůli prodejnosti a konkurenceschopnosti prodáváno do určité maximální ceny (hovoří se někdy o „hybridní RPM“). Distributor se ovšem také snaží o maximalizaci vlastního zájmu a zisku a stanoví proto takovou cenu a relativní kvalitu prodávaného zboží, které vyhovují především těmto hlediskům. Může proto prodávat cizí značkové zboží za poměrně vyšší ceny navzdory přání nebo doporučení jeho dodavatele, pokud se toto značkové zboží podobá produktům označeným soukromými distributorovými značkami a snižuje tak tržby z prodeje tohoto ekvivalentního zboží a pokud tento úbytek tržeb není kompenzován marží dosaženou z prodeje cizího zboží značkového (samozřejmě v závislosti na obratu).¹⁰⁹¹

Tyto úvahy se ovšem v cenové politice obchodních řetězců vůči dodavatelům nebo naopak sotva použijí plošně, zejména ne v oboru běžného potravinářského zboží. V tom jsou totiž zájmy stran protichůdné a výrobci si kvůli smluvní asymetrii v jejich neprospěch nemohou určovat a ani doporučovat, za jakou konečnou cenu by chtěli, aby zboží bylo prodáváno. Výrobce zase

¹⁰⁸⁹ BISHOP, S.; WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law*. 2nd ed., London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2002, s. 170. Česká rozhodovací praxe je při posuzování cenových dohod pro další prodej velmi restriktivní a žádná změna se nerýsuje.

¹⁰⁹⁰ Srov. DOBSON, CHAKRABORTY, 2015, op. cit., s. 79.

¹⁰⁹¹ Přístup k RPM zůstává všeobecně velmi kontroverzní. Tak např. minimální RPM se někdy pokládají za přínos ke spotřebitelskému blahobytu i přes jejich deklarovanou protisoutěžní podstatu a tvrdí se, že požadavek na cenovou soutěž musí ustoupit spotřebitelskému blahobytu, je-li to ve prospěch tohoto blahobytu. Srov. GULATI, B. Minimum Resale Price Maintenance, *The Competition Law Review* 2012, vol. 8, issue 2, s. 129–142. Jiné postoje jsou relativističtější a odmítají apriorní teoretický přístup (který je obojaký), pokud není k dispozici dostatek empirických informací o tržní konstelaci a o charakteristikách společnosti. Srov. KRETSCHMER, J. P. How to deal with resale price maintenance: What can we learn from empirical results? *European Journal of Law and Economics* 2014, no. 2, s. 343–368.

zajímá především to, za jakou cenu oni sami zboží prodají distributorovi. Prodejnost zboží spotřebitele je starostí distributora a ten kvůli ní naléhá na minimální nákupní ceny od výrobců. Sklon k vertikální cenové fixaci nalézá živnou půdu spíše v situacích, kdy je výrobce v obchodním partnerském vztahu tou silnější stranou a prodávající nebo distributor stojí o jeho výrobky více, než výrobce o jejich distribuci prostřednictvím právě onoho dotyčného distributora.

Nelze vyloučit, že se obchodní řetězce i v oboru potravin (a nápojů) dostanou do situace, kdy velmi stojí o výrobek určité značky (který „nelze nemít“ na regálu), a kdy výrobce podmiňuje dodávku takových výrobků dohodou o cenových a dalších podmínkách prodeje zboží. Měly by se uplatnit obecné přístupy k dohodám omezujícím soutěž. Paradoxní ovšem je, že v takových situacích by se i ve prospěch takového dodavatele značkových potravin, jehož obrat a tržní síla na příslušném relevantním trhu mohou být mnohem větší než na straně nakupujícího obchodního řetězce, uplatnila ochránářská ustanovení ZVTS.

Novinkou v praxi je klauzule „*Most Favoured Nation*“, jež se již v zahraničí objevila, a to nikoliv jen v mezistátním obchodním styku, odkud pochází, ale i v obchodním styku uvnitř národního trhu. Podle ní se distributor zavazuje k prodeji dodavatelova produktu za určenou cenu s podmínkou, že dodavatel přesvědčí ostatní distributory, aby učinili totéž. Jde vlastně o kombinaci vertikální cenové fixace (RPM) s koordinační dohodou o plošném ovlivnění cen. Nebezpečí pro cenovou soutěž mezi odběrateli je zřejmé.

Nebude to však patrně potenciálně použitelné v dohodách o obecném potravinářském sortimentu mezi obchodními řetězci a dodavateli, protože jsou to právě řetězce, kdo díky své mocenské vyjednávací převaze udává tón cenovým ujednáním. Výjimkou by mohly být speciální atraktivní komodity, kde je asymetrie opačná. Takové dohody by ovšem velmi pravděpodobně neobstály v antitrustovém testu na ohrožení či narušení hospodářské soutěže.

Inverzní (a soutěžněprávně i perverzní) dohody mezi odběratelem a výrobcem určitého výrobku o tom, že tento výrobek nebude výrobce prodávat jiným kupujícím za nižší cenu, by se snad soudný podnikatel ani nedopusťil pro její flagrantní protiprávnost (narušení soutěže na straně poptávky).

Navíc by výrobce ani nebyl schopen takovou dohodu dodržet, protože na poptávkové straně je tržní moc rozptýlená a cenová jednání probíhají často agregovaně a není vždy možné vyjmout konkrétní položku ke zvláštnímu projednávání bez vztahu k jiným projednávaným komoditám, resp. to sice učinit lze, ale za podmínek, které by byly pro odběratele nevýhodné.

9.2.3 Vymezení relevantního trhu a ekonomická závislost

O tom, že některé praktiky obchodních řetězců mají vykořisťovatelský charakter, málokdo pochybuje. Kritériem je nejen intuice a obecná představa o tom, co je ještě obchodně slušné, ale i skutečnost, že tyto praktiky nemají jiné než mocenské odůvodnění a motivaci prostě redistribuovat nadhodnotu směrem k řetězcům, a že nebýt ekonomické závislosti dodavatelů na nich,¹⁰⁹² nemohli by si odběratelé podobné jednání vůbec dovolit.

To koncepčně velmi připomíná skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení na trhu, pokud se pro jevově vykořisťovatelské jednání dominanta nenajde jiné rozumné zdůvodnění. V podmínkách tzv. zvláštní odpovědnosti dominanty by takové praktiky byly nepřipustné a postížitelné podle ZOHS jako vykořisťovatelské zneužití tržní moci. Tržní moc ve smyslu anti-trustového zákonodárství se však podle zavedené metodiky nedovodí, protože se zkoumá na příliš široce vymezeném trhu, ať už z hlediska vymezení věcného, tak i geografického.

Rozhodující bude samozřejmě vymezení *relevantního trhu*¹⁰⁹³ a to v jeho věcném i územním aspektu. Soutěžní právo je mnohem selektivnější nežli ZVTS, pokud jde o *věcné* vymezení trhu; věcně relevantní „trh potravin (včetně nápojů) a služeb souvisejících s prodejem potravin“ by v něm působil svou šíří přímo absurdně.

Z hlediska ochrany soutěže se kvůli užšímu věcnému vymezení relevantního trhu ocitne soutěžitel v pozici dominanty snáze. ZVTS se věcně vztahuje na trh nákupu potravin a služeb s prodejem potravin souvisejících - na *takto* věcně vymezeném trhu by se zneužití dominance nikdo ani teoreticky

¹⁰⁹² Ne tedy formalisticky a úřednický pohodlně formulované „významné tržní síly“ v pojetí ZVTS...

¹⁰⁹³ Viz následující subkapitola.

dopustit nemohl, protože by na něm nemohl dosáhnout dominantního postavení z jediného prostého důvodu, že takový relevantní trh z hlediska ochrany soutěže prostě neexistuje.

Teritoriální vymezení kvazirelevantního trhu v ZVT'S počítá (patrně pro větší administrativní jednoduchost) s územím *celé republiky*, ačkoliv se zakázané jednání může projevovat třeba jen místně. Naopak užší *geografické* vymezení relevantního trhu spojené s užším vymezením *věcně* relevantního trhu by umožnilo postihovat některé excesivně zneužitelské praktiky jako zneužití dominantního postavení na takto vymezeném trhu, pokud by ono jednání na *tomto* relevantním trhu ohrožovalo, zkracovalo, vylučovalo nebo jinak narušovalo hospodářskou soutěž.

Vymezení relevantního trhu by tedy mělo věrně odrážet časový a teritoriální souběh nabídky po stejném nebo zastupitelném zboží, a to nikoliv teoreticky, ale podle reality. Takové vymezení trhu je samozřejmě pracnější nežli jednoduché a paušální „vymezení“ jako trh ČR. Komplexnější vymezení věcně a zejména teritoriálně relevantního trhu, které by bralo ohled na místní podmínky dodávek zemědělských výrobků a potravin, velikost prodejen a dokonce i jejich specializaci,¹⁰⁹⁴ by v souladu s realitou vedlo v řadě případů ke konstatování, že odběratelé na takto vymezeném trhu mají dominantní postavení, které svými tvrdými praktikami zneužívají.

Každý obchod má ve skutečnosti svoji poptávkovou oblast mnohem užší, nežli je území ČR, v níž je pro dodavatele zejména čerstvé produkce prakticky a z ekonomického hlediska nezastupitelný (nebo zastupitelný je, ale s velkými náklady, a navíc nikoliv okamžitě). Existují tedy určité soutěžní skupiny soustředěné kolem každého obchodu, v nichž panují specifické soutěžní poměry, které by se měly individualizovaně zkoumat, včetně průzkumu geografických oblastí, kde se sféry vlivu překrývají, a kde na rozdíl od „jádrových oblastí“ každé takové zóny skutečně panuje soutěž.¹⁰⁹⁵

Jiné jsou podmínky a s nimi související zneužitelná kupní síla ve velkých sídelních aglomeracích se soustředěnou poptávkou po potravinách a naopak

¹⁰⁹⁴ Tak se např. v USA nepovažují prodejny organické a zdravé výživy (*organic and health food products*) za přímé konkurenty tradičních supermarketů—srov. OECD Policy Roundtable, 2014, op. cit., s. 410.

¹⁰⁹⁵ Podobnou metodou se postupuje v Izraeli, srov. tamtéž.

rozptýlenější a teritoriálně vzdálenější nabídkou zemědělské produkce, a jiné naopak ve venkovských méně obydlených oblastech s řidší obchodní sítí, ale kde se zase koncentruje zemědělská výroba a panuje přetlak nabídky pro blízko umístěné a nečetné odběratele.

Bude též relevantní, o jaký druh obchodu se jedná (např. plnosortimentní potravinářský, specializovaný potravinářský, vícesortimentní včetně průmyslového zboží, přitahující více zákazníků; hypermarket, supermarket; intravilánový a extravilánový, atp.) a jaká je jeho „záchytná vzdálenost“ ve vztahu ke spotřebitelům.

Místní tržní síla je (bez ohledu na formální geografické vymezení relevantního trhu jakožto území celé republiky) velmi pravděpodobně (přínejméně u řady komodit) v úzkém vztahu k reálně existující úrovni (možnosti a intenzitě) soutěže, a tedy i ke svobodě dodavatelů a k jejich reálné vyjednávací moci ve vztahu s odběrateli.

Vyzkoušenou alternativu k této možnosti (adaptovat a zjemnit působnost antitrustových předpisů na obchodní řetězce selektivnějším vymezením relevantního trhu a z toho dovodit dominanci na úžeji vymezeném relevantním trhu) představuje koncepce ekonomické závislosti, kterou jsem komentoval zejm. v kapitole 7.

Ta umožňuje v rámci úpravy antitrustu nejen postih zneužití tržní moci, ale i zneužití nadřazené vyjednávací pozice vůči podnikateli ekonomicky závislému. Tato metoda přirozeně předpokládá analyticky náročné zkoumání konkrétní individuální (subjektivní) a relativní ekonomické závislosti slabší strany na partnerovi údajně zneužívajícím její závislost, na rozdíl od pohodlnější a „administrativnější“, ale velmi hrubé a nepřesné koncepce objektivní, již prosadil ÚOHS do ZVTS. Případy řešené podle této metody jsou velmi vzácné, což zásadně (a podle mého soudu správně) přenechává tržním vlivům a motivacím vývoj v oblastech, kde není ohrožena funkční hospodářská soutěž jakožto instituce.

9.2.4 Předcházení koncentraci na straně poptávky?

Antitrustové zákonodárství se často pokládá za klíčový nástroj podpory zdravého a soutěžeschopného zemědělského sektoru.¹⁰⁹⁶ Strukturální změny tyto parametry ovlivňují na dlouhou dobu, ne-li natrvalo. Namítá se, že právě kvůli fúzím rostou ceny vstupů a snižují se výkupní ceny komodit.

Samozřejmě neplatí automaticky předsudek, že „velké je špatné“,¹⁰⁹⁷ zejména je-li na jedné straně trhu výrazně vyšší koncentrace než na straně opačné. Koncentrace na dosud méně koncentrované straně může působit jako vyvažující síla vůči opačné straně trhu, ovšem někdy i za cenu snížení soutěže na koncentrující se straně trhu.

Kontrola fúzí je samostatný podobor antitrustového práva; v této souvislosti je proto účelné se jí zabývat jen ve vztahu k tématu této studie. Je zřejmé, že strukturální podmínky na trhu výrazně ovlivňují tržní sílu účastníků, a tím i jejich chování. Na dokonale soutěžním trhu by si nikdo nemohl dovolit zneužít závislost protistrany již jen proto, že by se tam nemohla vytvořit; a i kdyby ano, pořád by se toho neodvážil ze strachu, že znevýhodněná strana od zneužívající odejde k jinému obchodnímu partnerovi.

Jednou zafixovaná struktura, resp. dosažený stupeň koncentrace, se dá sotva změnit směrem ke snížení koncentrace. Je to velmi obtížné i v rámci řízení o povolení spojení a jako sankční nástroj při nesplnění podmínek povolení fúze.¹⁰⁹⁸

V podmínkách tržních ekonomik a v demokratických zemích je téměř nemožné zasáhnout direktivně a mocensky do struktury trhu mimo řízení o povolení spojení. Jsou mi známy jen dva případy, že soutěžní úřady mohou navrhnout (!) dekoncentraci na straně distribuce i v případě, že nedošlo ke *spojení* nebo ke *zneužití dominantního postavení* (Izrael a Francie¹⁰⁹⁹).

Dekoncentrace jako sankce u nás přichází v úvahu jen v rámci řízení o povolení spojení soutěžitelů (§ 18 odst. 5 ZOHS) a je využívána zcela ojediněle.

¹⁰⁹⁶ Srov. POZEN, op. cit., s. 8.

¹⁰⁹⁷ MC AFEE, R. P.; HENDRICKS, K.; FRIED, J. M.; WILLIAMS, M. A.; WILLIAMS, M. S. Measuring Anticompetitive Effects of Mergers When Buyer Power Is Concentrated. *Texas Law Review*. 2001, vol. 79, s. 1621 a násl.

¹⁰⁹⁸ Tzv. dekoncentrace nebo defúze; někdy se tato obtíž obrazně přirovnává k návratu smažených vajíček k výchozí surovině - *unscrambling the eggs*.

¹⁰⁹⁹ Srov. OECD Policy Roundtable, 2014, op. cit., s. 420.

Spíše se přijímají strukturální závazky spojujících se soutěžitelů (*divestiture*), které alespoň kompenzují zhoršení strukturálních podmínek soutěže. Zneužití dominance (natož pak subdominance, o kterou se jedná v případě zneužití tzv. významné tržní síly) se podle našeho práva strukturálně postihnout nedá vůbec.

Předcházení koncentraci trhu na straně poptávky se nedá postulovat jako soutěžně politický cíl. Koncentrace mnohdy přináší výrazné ekonomické výhody nejen pro spojující se soutěžitele, ale i pro spotřebitele a někdy může být i prosoutěžní a může podporovat inovace.¹¹⁰⁰ Jiná by samozřejmě byla situace, pokud by se koncentrace maloobchodu u nás podobala trhům koncentrovaným (jako jsou např. ve Finsku, Velké Británii, Německu), jimž se ovšem ani nepřibližuje.

Zdůvodnění, že by se zemědělcům a výrobcům potravin v takových dekoncentrovaných podmínkách na straně poptávky „lépe žilo“, je samozřejmě nedostatečné, zejména zvažíme-li stejně „hodnotné“ zdůvodnění opačného přání ze strany distributorů, podpořené navíc argumentem o možném zvýšení spotřebitelského blahobytu, které by koncentrace přinesla. Posuzování koncentrace podléhá striktním pravidlům a vyvažováním, která nelze voluntaristicky ohýbat podle přání jednotlivých zájmových skupin.

Český maloobchodní potravinářský trh je konkurenční a dekoncentrovaný. Ani několik větších fúzí na straně poptávky by jeho konkurenceschopnost zatím neohrozilo. Trend ke koncentraci je všeobecný a nevyhýbá se ani subjektům na straně výrobců a dodavatelů.¹¹⁰¹

Doporučeníhodné je zvažít skutečné chování soutěžitelů a spotřebitelů na trhu a podle něho ev. upravit a zjemnit vymezení relevantního trhu.¹¹⁰²

¹¹⁰⁰ Může mj. vést i k vytváření nových obchodních modelů a neměla by proto být blokována. Srov. TENNIS, R. S.; BAIER SCHWAB, A. Business Model Innovation and Antitrust Law. *Yale Journal on Regulation*. 2012, vol. 29, s. 308–351.

¹¹⁰¹ Pociťovaná nerovnováha v obchodních vztazích v rámci potravinářského řetězce je v rámci EU údajně ještě akutnější proto, že se zemědělský sektor orientuje stále více tržně. Klade se důraz na potřebu koncentrace na straně výrobců a na činnost organizací výrobců a meziodvětvových organizací ve všech částech zemědělského sektoru. Tak BLOCKX, VANDERBERGHE, op. cit., s. 401.

¹¹⁰² Běžně se přitom operuje s časovou dostupností případného substitučního prodejce autem (15–20 minut v západní Evropě a 20–30 minut ve východoevropských zemích) nebo s jeho vzdáleností (20–30 km). Tak se vymezuje substituční „záchytná oblast“. V USA se při posuzování fúze tento radius supermarketů *premium natural and organic* určil na 5–6 mil. Podle KOBEL; KELLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 36.

Maloobchodní trh potravin má mnohdy blíže k charakteristice trhu lokálního a regionálního nežli trhu celostátního. V tak malé zemi, jako je ČR, je tento jev jistě méně výrazný než třeba v USA, Austrálii či v Kanadě, ale *jednotnost podmínek* na maloobchodním trhu s potravinami jako celku je i u nás *iluzorní* (substituční, logistické a další podmínky se mohou výrazně lišit i v míře, která má dopad na reálné soutěžní chování).

Hypotetickou alternativou by bylo ponechat vymezení trhu a *snížit zásahové prahy* pro schvalování fúzí soutěžním úřadem. To by však vedlo k nevhodné parcelaci soutěžního práva a dalo by se to chápat jako zárodek sektorové úpravy ochrany hospodářské soutěže. Všeobecně se uplatňují *jednotné zásahové hranice* bez ohledu na odvětví a potravinářský distribuční sektor není výjimkou.

Větší selektivnost vymezení geografického i výrokového relevantního trhu by umožnila ovlivnit budoucí spojení na straně poptávky a komplexněji je posuzovat z hlediska soutěžního (ev. podmiňovat jejich povolení vhodnými závazky navrženými soutěžiteli). Byla by to však jistá možnost ovlivnění struktury *ex ante*, účinnější nežli řešení až následků zneužití silnější vyjednávací pozice odběratelů.

Užší vymezení relevantního trhu¹¹⁰³ by se samozřejmě promítlo i do posouzení ev. zneužití tržní moci – té by odběratelé na újeji vymezeném trhu dosáhli pravděpodobněji a dříve nežli dnes, a dopadl by tak na ně zákaz zneužití dominance. V některých zemích se vyšší selektivnost vymezení relevantního trhu již uplatňuje.

V řadě zemí se distributoři přiřazují k různým relevantním trhům podle své velikosti, ale existují i výjimky.¹¹⁰⁴ Bere se v úvahu i asymetrická zastupitelnost mezi různě velkými distributory všeobecného potravinářského sortimentu (pro některé spotřebitele může být hypermarket místním substitutem za supermarket, ale v opačném směru se to nepotvrdilo – supermarkety nejsou součástí relevantního trhu hypermarketů).¹¹⁰⁵

¹¹⁰³ Pro účely posouzení koncentrací se ovšem relevantní trh vymezuje zpravidla širěji než pro zbývající skutkové podstaty antitrustu.

¹¹⁰⁴ Tak např. v Bulharsku rozhodl soutěžní úřad, že malé malosortimentní prodejny působí na stejném relevantním trhu jako velké supermarkety.

¹¹⁰⁵ Tento postup se prosazuje ve Francii. Oba příklady cit. z KOBEL; KËLLEZI; KILPATRICK, op. cit., s. 34.

9.3 Zvláštní pravidla pro malé a střední podniky?

Vzhledem k tomu, že pocítované zneužití smluvní asymetrie se mohou pokoušet řešit slabší strany (ve zkoumané oblasti malí a střední dodavatelé potravin pro obchodní řetězce) prvoplánovým sebeobranným domlouváním společných podmínek prodeje, může dojít k porušení zákazu dohod omezujících hospodářskou soutěž. Úvahy o formálním vymezení malých a středních podniků a o důvodnosti jejich zvláštního statusu včetně obecných pravidel pro právní ochranu¹¹⁰⁶ je proto vhodné doplnit hlediskem ochrany hospodářské soutěže.

Podobně jako v obecné hospodářsko-politické rovině, i v tomto segmentu veřejnoprávní ingerence do činnosti podnikatelů se v některých zemích projevuje parametrická tvrdost, a v jiných spíše jistá „sentimentalita“ pro malé a střední podnikatele; ta není založena jen na intuici a přesvědčení, že tzv. malí a střední podnikatelé (jichž je ostatně podle stanovených kritérií drtivá většina) se stanou častěji obětí těch velkých, ale především je výsledkem dobře zorganizovaného lobbistického tlaku.

Obecně však platí, že *kartelizace není sebeobranou* proti zneužití smluvní asymetrie, která nepřeroste do zneužití dominantního postavení, a to ani v případě, že by se k ní uchýlily tzv. malé a střední podniky konfrontované s významně tržně silnějším partnerem.

Pro specifické vymezení kategorie malých a středních podniků (resp. podnikatelů) v oblasti práva na ochranu hospodářské soutěže se většinou neshledává rozumný důvod.¹¹⁰⁷ Přesto se v určitých zemích jistě koncese z přísných antitrustových pravidel těmto subjektům poskytují.¹¹⁰⁸

Tak např. v Německu se horizontální dohody omezující soutěž mezi malými a středními podnikateli¹¹⁰⁹ vyjímají ze zákazu za podmínek, že díky koordinaci racionalizují ekonomické aktivity účastníků, pokud přitom významně neovlivní soutěž na trhu a zlepši se tím konkurenceschopnost

¹¹⁰⁶ Srov. zejm. kapitolu 1.3.3 nahl.

¹¹⁰⁷ Srov. rezoluci LIDC (Mezinárodní ligy soutěžního práva) k malým a středním podnikům, in KOBEL; KÉLLEZI; KILPÁTRICK, op. cit., s. 28.

¹¹⁰⁸ Ať už přímo, nebo nepřímo, jako třeba i v našem § 3 odst. 1 ZOHS zakotvením dohod, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, jakožto dohod *extra legem*.

¹¹⁰⁹ Ustanovení § 3 německého GWB je nadepsáno „*Mittelstandskartelle*“ (tedy „kartely středního stavu“, což je přeložitelné jako „kartely malých a středních podniků“).

malých a středních podniků. Tento preferenční přístup se odůvodňuje tím, že pro malé a střední podniky plní funkci „strukturní kompenzace“.¹¹¹⁰ Německý Bundeskartellamt k tomu vydal zvláštní výkladový návod.¹¹¹¹

Nepřímo se diferenciací subjektů projevuje při ukládání sankcí za antitrustové delikty. Metodika ÚOHS pro ukládání pokut i ustálená rozhodovací praxe dbají na to, aby sankce měla citelný výchovný a motivační účinek, ale aby přitom nebyla likvidační. Mezní hodnota stejně velkých prostředků vydaných na pokutu a vyjádřených v relativní výši (procentem z obrátu) může být pro malé společnosti větší než pro společnosti velké. *Specifickým* hlediskem metodiky pro ukládání pokut však zvláštní ohled na to, že porušitel ZOHS je v kategorii malého a středního podnikatele, není.

Kontroverzní otázce, zda mají být dohody omezující soutěž, uzavírané mezi malými a středními podniky, vyňaty ze zákazu (a to i v případě, že jde o tzv. tvrdé kartely cenové a o rozdělení trhu, pokud jejich dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný), se zabývám v následujícím textu. V této otázce jsou národní úpravy nejednotné.

Zásadně se malým a středním podnikům neposkytují žádné „bezpečné přístavy“, které by jejich pozici oproti obecné úpravě „všeobecného soutěžitele“ zlepšovaly. Vybočení představuje úprava v Nizozemsku, která pro vztahy v rámci vnitrostátní soutěže vyjímá ze zákazu dohod omezujících soutěž dokonce tzv. tvrdé kartely,¹¹¹² a navíc má tamní soutěžní úřad

¹¹¹⁰ Srov. FUCHS, A. In: IMMENGA U.; MESTMÄCKER, E.J. *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*. 4. A., München: Verlag C.H.Beck, 2007, § 3, pozn. 2,3.

¹¹¹¹ Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen. Dostupné na: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl1%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Kooperationsm%C3%B6glichkeiten%20f%C3%BCr%20KMUs.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Nepředpojatý přístup se projevuje již v tom, že BKartA vychází z relativní tržní struktury a nezajímá jej jen absolutní výše obrátu či počet zaměstnanců, ale reálné poměry v konkrétním hospodářském odvětví, vztahy k větším podnikům, vůči nimž se kooperací menších dá zvýšit jejich konkurenceschopnost. Racionalizace se může týkat výroby, výzkumu a vývoje, financování, správy, reklamy, nákupu a odbytu. Zcela výjimečně se dokonce připouští i dohody cenové, pokud naplňují podmínky této výjimky.

¹¹¹² Srov. BEESTON, S.; LIAUW-A-JOE, J.; LAP, S. The Netherlands. In: KOBEL, KÉLLEZI, KILPATRICK, op. cit., s. 277. Působnost výjimky je podle § 7 nizozemského soutěžního zákona omezena na dohody (*largo sensu*) omezující soutěž, uzavřené mezi nejvýše osmi soutěžiteli při dodržení stanoveného součtu absolutních obrátů všech zúčastněných a dále na dohody mezi potenciálními soutěžiteli při dodržení kombinovaného obrátu vyjádřeného v podílu na relevantním trhu.

pravomoc (která je dnes již všeobecným standardem) v rámci prioritizace nezahajovat řízení i v případech nesplňujících podmínky klauzule *de minimis*, pokud porušení práva má jen nepatrný ekonomický dopad.¹¹¹³

9.4 Věcná a právní hlediska přístupu k „sebeobránným“ bagatelním kartelům

Výše uvedená formalistní obezřetnost vůči sebeobránným kartelům, které by se pohybovaly pod hranicí *de minimis*, omezuje výběr kompenzačních možností slabších stran vůči silnějším partnerům zneužívajícím svoji tržní moc. Proto je účelné se jí zabývat; navíc má širší teoretické souvislosti a možné aplikační důsledky.

Soutěžní právo je jen z malé části právem psaným a umožňuje obrovskou diskreci nejen správním orgánům, ale především soudům. Judikatorní hlediska a testy jsou často rozporné a protičeří si. Nelze vyloučit ani různá zájmová hlediska. V soudním dotváření práva psaného též může utrpět cit pro spravedlnost a hierarchie zavedených hodnot. Tím spíše se to týká diskrece správního orgánu, pokud nemá přesné hranice. V souvislosti s tím vyvstává několik docela zásadních otázek:

- Kolik stupňů diskreční volnosti správního orgánu je žádoucích a konformních z hlediska požadavků právní jistoty, legitimních očekávání stran a právního státu?
- Je kyvadlo ve věcném sporu o formální (normativní) a vice ekonomický přístup vychýleno v důsledku několika posledních rozhodnutí SDEU a tribunálu ve prospěch formálnějšího přístupu?
- Může národní soutěžní úřad s odkazem na normativní řešení v zákoně rozhodnout, zda vůbec zasáhne, a to na základě svého vlastního *soft law*, ev. kdy nezasáhne podle momentální (politické) úvahy (prioritizace)?
- Existuje něco na způsob rozšíření „objektové infekce“ u kartelů¹¹¹⁴ i u zneužití dominantního postavení,¹¹¹⁵ tedy posuzování určitého chování podle jeho cíle, a nikoliv podle jeho dopadu na hospodářskou soutěž?
- Je reálné očekávat v tomto kontextu legalizaci „malé kartelizace“ jakožto formy obrany zneužívání tržní moci smluvní protistrany?

¹¹¹³ V Rakousku byla podobná liberální úprava nedávno zrušena.

¹¹¹⁴ Srov. rozsudek SDEU C 226/11 z 13. prosince 2012, Expedia Inc. V. Autorité de la concurrence and Others, SDEU, 2. Senát, z 13. 12. 2012.

¹¹¹⁵ Rozsudek Tribunálu SDEU ve věci T- 286/09 z 12. června 2014, Intel v. European Commission, který v současnosti projednává SDEU pod č. C-413/14 P.

9.4.1 Problém formy úpravy (právní předpis versus metodické sdělení)

Evropská komise je zdrženlivější k dříve prosazované vlně tzv. více ekonomického přístupu při posuzování a prosazování práva na ochranu hospodářské soutěže, a to i u posuzování dohod soutěžitelů se zanedbatelným dopadem na soutěž. Ve svém posledním „sdělení de minimis“ ze srpna 2014¹¹¹⁶ předpokládá, že dohoda, která může ovlivnit obchod mezi členskými státy, která je *potenciálně* škodlivá pro soutěž - tedy nezávisle na jejím skutečném dopadu na soutěž - se nebude posuzovat jako bagatelní, pokud má tato dohoda vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na vnitřním trhu za svůj účel.

„Bezpečný přístav“ se tedy paušálně neposkytne tzv. „tvrdým“ cenovým, segmentačním nebo restriktivním kartelům, byť by měly sebemenší *skutečný dopad* na obchod a soutěž. Taková „cílová“ dohoda totiž představuje podle citovaného sdělení o dohodách *de minimis* „výrazné omezení hospodářské soutěže *nezávisle na svém skutečném účinku*.“¹¹¹⁷

Více ekonomický přístup se tím ovšem nevyloučí; jen se dohody nevýznamné dopadem, ale závadné svým cílem, nemohou skrýt v „blokové výjimce bagatelity“. Argument, že dohody spadající mezi tzv. tvrdé kartely nelze v žádném považovat za dohody *de minimis*, je ovšem ryze formální – nelze to pouze učinit automaticky, a to proto, že to evropské i národní *soft law* vylučuje. Ekonomické odůvodnění to však nemá. Motivací je patrně *psychologická obava* o možné překročení „červené čáry“ a o rozvolnění přísného přístupu k tvrdým kartelům. I u takových dohod je možno postupovat podle tzv. zákonné výjimky a dokazovat splnění podmínek podle čl. 102 odst. 3 SFEU.

¹¹¹⁶ Srov. čl. I, bod 1. Sdělení Komise o dohodách menšího významu, které významně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (sdělení de minimis), Ústřední věstník Evropské unie 2014/C 291/01. Dokument doprovází Commission Staff Working Document (Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice), SWD (2014) 198 final, Brussels 25. 6. 2014. Tato část práce využívá výstupu BEJČEK, J. Praxepta methodica praeter ceteros - metodický pokyn úřadu v roli hypotézy veřejnoprávní regulatorní normy? In: SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J.; HUČKOVÁ, R. (eds.) *Právo Obchod Ekonomika V*. Košice: UPJŠ 2015, s. 9–24.

¹¹¹⁷ Odkazuje se na rozsudek SDEU z 13. prosince 2012 ve věci Expedia, C-226/11, zejména na body 16 a 17.

Z hlediska rozhodovací praxe je tento paušalizující přístup samozřejmě pohodlnější a také předvídatelnější. Nicméně nejen ekonomická podstata, ale i formální *pseudoprávní* *zakotvení* nemožnosti aplikace zákonem stanovené „generální klauzule“ kartelů *de minimis* vzbuzují pochybnosti. Český ZOHS již od roku 2009 neobsahuje původní absolutní zákaz tzv. tvrdých kartelů.¹¹¹⁸ Přitom samotný český zákon (ne tedy metodický pokyn „*de minimis*“) říká, že se *vůbec* nevztahuje na dohody, jejichž *dopad* (tedy faktický, a nikoliv jen potenciální účinek) na soutěž je zanedbatelný.¹¹¹⁹

Zabývat se takovými dohodami je tedy - striktně vzato - *překročením kompetenčního zákona* ze strany ÚOHS. Důležité je, že jde o dohody *skutečně* již soutěži *škodící*, ale málo. Nicméně ÚOHS si nepřímou stanovil ve svém *metodickém pokynu* (ve shodě se sdělením Komise), že těmto dohodám, které soutěž jen *obrožují*, neposkytuje „bezpečný přístav“ (že se tedy jimi zásadně zabývat bude), i když *žádný* jejich *dopad* na soutěž zjištěn nebyl. Jestli by však dohody soutěž pouze zanedbatelně *obrožily*, měl by ÚOHS asi tím spíše i vůči nim rezignovat - když to ostatně u dohod, které soutěž *narušují* (byť zanedbatelně), dokonce ze zákona udělat musí.

¹¹¹⁸ Srov. § 6 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (ZOHS), ve znění do 31. 8. 2009. Podle tohoto ustanovení se zákaz dohod podle § 3 odst. 1 nevztahoval a) na horizontální dohodu, pokud společný podíl účastníků dohody na relevantním trhu nepřesáhl 10 %, b) na vertikální dohodu, pokud podíl žádného z účastníků dohody na relevantním trhu nepřesáhl 15 %, c) na dohody odbytových organizací a sdružení zemědělských výrobců o prodeji nezpracovaných zemědělských komodit. Podle § 6 odst. 2 ZOHS se ovšem vynětí ze zákazu dohod podle odstavce 1 netýkalo tzv. *hard core* kartelů, i když splňovaly podmínky stanovené v odstavci 1, tedy:

- horizontálních dohod o přímém nebo nepřímém určení cen, o omezení nebo kontrole výroby nebo odbytu anebo o rozdělení trhu, nákupních zdrojů nebo zákazníků;
- vertikálních dohod o přímém nebo nepřímém určení cen kupujícímu pro další prodej zboží nebo o poskytnutí kupujícímu pro tento další prodej úplné ochrany na vymezeném trhu;
- určitých souborů bagatelních dohod včetně dohod s kumulativním účinkem paralelních distribučních sítí.

Dřívější česká zákonná úprava v § 6 ZOHS do 31. 8. 2009 (*de minimis*—na základě evropského *soft law*), *vázala* nejen ÚOHS, ale i soudy. Nynější oznámení ÚOHS váže jen Úřad, ale nikoliv soud; právní jistota může být rozkolísána.

¹¹¹⁹ Podle § 3 odst. 1 ZOHS nejsou dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, považovány za zakázané. Tato formulace ve veřejnoprávním předpisu se dá sotva vyložit jinak, než že jde o kompetenční normu o vynětí takových dohod z věcné působnosti zákona. Jevově vypadá formulace jako vyvrátitelná domněnka v soukromém právu, kterou by ÚOHS mohl vyvrátit jednoduše mocensky tím, že by i takové dohody začal za zakázané považovat. To by ovšem bylo v rozporu s charakterem veřejnoprávního předpisu a znamenalo by to arbitrárnost rozhodování orgánu státní správy. Takové zákonné ustanovení by vlastně ani nedávalo rozumný smysl.

Nástrojem k tomu vhodným by mohla být tzv. *prioritizace*. ÚOHS nemusí totiž za splnění několika velmi obecných podmínek řízení vůbec zahájit.¹¹²⁰

Pokud se ÚOHS bude řídit svou metodikou „*de minimis*“, měl by zásadně zahájit např. řízení o bagatelním cenovém kartelu dvou drobných místních výrobců bez reálného protisoutěžního dopadu a stíhat je za cenový kartel.¹¹²¹

Ve srovnání s naší úpravou je např. slovenská úprava transparentnější a z hlediska formální právní čistoty kultivovanější. Zákon totiž jasně vylučuje z kategorie zakázaných dohod¹¹²² omezujících soutěž takové, jejichž účinek na soutěž je zanedbatelný.¹¹²³ Nepoužívá se především záhadná česká formulace, že se takové dohody „nepovažují“ za zakázané. Přitom se nezmiňuje o tzv. tvrdých kartelech, z čehož se dá usoudit, že i ony mohou do kategorie bagatelních kartelů spadat.¹¹²⁴ Za druhé se stanovení prahových

¹¹²⁰ Podle § 21 odst. 2 ZOHS Úřad může po předběžném prošetření věci řízení z moci úřední nezahájit, není-li na jeho vedení veřejný zájem s ohledem na nízkou míru škodlivého účinku (zvýraznil JB) jednání na hospodářskou soutěž; přihledne přitom zejména k povaze jednání a způsobu jeho provedení, významu dotčeného trhu a počtu dotčených spotřebitelů. O nezahájení řízení Úřad učiní písemný záznam, v němž uvede, proč řízení nezahájil.

¹¹²¹ Takže se zákon na jedné straně tváří přísně (segmentační, cenové a restriktivní kartely jsou zakázány z *principu*, bez ohledu na to, že nemají žádný reálný dopad na soutěž), ale na druhé straně se kartelistům připouští ústupek v tom, že když bude ÚOHS chtít konstatovat naplnění obecných kritérií prioritizace, tak ohrožitele a i narušitele pravidel podle svého rozhodnutí možná ani stíhat nebude (když to přitom podle zákona vlastně ani dělat nesmí).

¹¹²² Largo sensu ve smyslu zákonné zkratky zahrnující i sladění praktiky a rozhodnutí sdružení soutěžitelů.

¹¹²³ Srov. § 4 odst. 2 zákona č. 136/2001 Z.z. o ochraně hospodářské soutěže (ve znění od 1. 7. 2014); podle něho dohodou omezující soutěž dohoda, jejíž účinek na soutěž je zanedbatelný, prostě relativně jednoznačně *není*. Otevřenou otázkou samozřejmě je kritérium zanedbatelnosti účinku dohody na soutěž, ale o domněnce jako v případě české úpravy se spekulovat nedá.

¹¹²⁴ Stejně jako v Holandsku, kde soutěžní zákon umožňuje na rozdíl od evropského sdělení o dohodách de minimis zahrnout taková porušení pod pravidlo de minimis. Srov. MACIAS, M. J. R. et al. International Antitrust. *The International Lawyer*. 43(2), s. 9 [cit. 29. 7. 2015]. Dostupné na: https://www.google.cz/?gws_rd=ssl#q=search.proquest.com/printviewfile%3Faccountid%3D16531.

Podobně v Rakousku platila až do 28. 2. 2013 možnost zahrnout tzv. „*Hardcorekartelle*“ do výjimky ze zákazu *de minimis*. Přitom dříve platila 5% obrátová hranice pro národní trh a velkorysá 25% hranice pro místní relevantní trh. Dnešní stav se přízvušně odlišuje kritériem sdělení EK de minimis. Srov. ZEHETNER, J. Länderreport Österreich: Kartellrechtsreform und neues Antikorruptionsrecht. *Compliance Berater*. 2013, no. 3, s. 94. Postoj k bagatelním kartelům se tam tedy zpřísnil natolik, že jejich zvláštní úprava byla zrušena—srov. NEUMAYR, F. Neues, strenges Kartellrecht. *Wirtschaftsblatt*. 21. 2. 2013. Podobně RUNGG, I. KMUs aufgepasst: neues zum Bagatellkartell. *Eco.nova* [online]. [cit. 30. 7. 2015]. s. 50. Dostupné na: http://www.bindergeroesswang.at/fileadmin/Inhalte/Presse/Pressespiegel/2013/2013-02_eco.nova_Neues_zum_Bagatellkartell.pdf

hodnot, které se považují za hranici zanedbatelného účinku na soutěž, svě-
řuje všeobecně závaznému právnímu předpisu.¹¹²⁵ Za třetí se v zákoně
výslovně stanoví, že zanedbatelný účinek na soutěž nemá dohoda mezi pod-
nikateli, sladěný postup podnikatelů ani rozhodnutí sdružení podnikatelů,
pokud má za cíl omezování soutěže.¹¹²⁶

9.4.2 Některé důsledky odklonu od zákonné úpravy zanedbatelnosti kartelů a příklonu k „regulaci metodikou“

Česká úprava opustila *zákonně* vymezení bagatelních kartelů a obsah tehdy
platného Sdělení Komise o dohodách menšího významu¹¹²⁷ vtělil ÚOHS
do svého *Oznámení* o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou sou-
těž je zanedbatelný.¹¹²⁸ Obsahově sice přejímá to, co stanovilo analogické
Sdělení Komise v té době; *metaprávní podstata* oznámení jakožto metodiky
se tím samozřejmě nemění.

Oznámení ÚOHS není všeobecně závazným právním předpisem, který
by v souladu se zmocněním zákona upřesnil neurčitá slova zákona o tom,
co je to dohoda, jejíž dopad na soutěž je zanedbatelný. Oznámení je (jakožto
interní metodická pomůcka Úřadu) právně nezávazné a řídit by se jím měl
jen ÚOHS v řízeních zahájených z vlastního podnětu, aby se tak šetřil prin-
cip legitimního očekávání a předvídatelnosti správního řízení. Na rozdíl
od všeobecně závazného právního předpisu vyhlášky PMÚ SR nezavazuje
tedy Sdělení Úřadu ani soudy při posouzení, zda se na určitou dohodu zákon
o ochraně soutěže vůbec vztahuje.

Navíc metodika ÚOHS volí formulaci *domněnky* namísto jasného konstatování
pravidla. V bodu IV/13. se konstatuje, že Úřad *má za to (!)*, že za dohody,
jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nelze považovat
dohody obsahující tzv. tvrdá omezení. Pod dopadem se může rozumět

¹¹²⁵ K tomu byla již vydána vyhláška 169/2014 Z.z. Protimonopolního úřadu Slovenskej republiky z 13. júna 2014, ktorou sa ustanovujú prahové hodnoty na určenie, či dohoda medzi podnikateľmi, zosúladený postup podnikateľov alebo rozhodnutie združenia podnikateľov má zanedbateľný účinok na hospodársku súťaž. Tá preberá obsah evropského Sdělení *de minimis*.

¹¹²⁶ Tím se reaguje na nové Sdělení Komise *de minimis*.

¹¹²⁷ 2001 C 368/07.

¹¹²⁸ Dokument je nečíslovaný a nedatován. Srov. <http://www.uohs.cz/cs/legislativa/hospodarska-soutez.html>

leccos, ale synonymem patrně bude účinek, vliv (*impact*), a nikoliv snad pouhé ohrožení. I některá tvrdá omezení v dohodách mohou mít zcela zanedbatelný dopad na soutěž i v případě, že by se dohoda nejen uzavřela, ale také plnila. Považovat neplněnou a pouze uzavřenou dohodu hluboko pod uvedenými hranicemi podílu na trhu pod 10% (mezi soutěžiteli), resp. 15% (mezi nesoutěžiteli), za dohodu, jejíž *dopad* na soutěž není zanedbatelný, nemá logiku.

Některé antitrustové úřady jen deklarují ochotu řídit se evropským Sdělením *de minimis*, aniž přijímají sdělení či oznámení vlastní. Evropské Sdělení uveřejněné jen v informační řadě Úředního věstníku, nemůže být pro národní soutěžní úřad závazné, ale jen metodickým vodítkem, k němuž soutěžní úřad může (ale nemusí) přihlédnout.¹¹²⁹ Účastník řízení nemohl proto namítat frustraci legitimního očekávání. Pokud však úřad vydá vlastní oznámení jako metodickou pomůcku, musí se jím řídit, nemá-li porušit princip legitimního očekávání.

Samotná možnost ponechat *fakticky* věcnou působnost *zákona* na *metodice* úřadu o tom, co se rozumí pod zákonným pojmem „zanedbatelného dopadu na hospodářskou soutěž“, je kontroverzní. Tak zásadní věc, jako je *zákonná* výjimka z působnosti zákona, by neměla být kvůli právní jistotě a předvídatelnosti rozhodování ponechána jakožto neurčitý pojem jen úřednímu nebo soudnímu výkladu. Lepší je tedy aspoň metodika než vůbec nic, resp. jen rozhodovací praxe a judikatura. Ještě vhodnější je však v právním státě vymezit vlastní věcnou působnost zákona strukturovaně a ve formě všeobecně závazného právního předpisu, jak to učinil například slovenský zákonodárce a jak to do r. 2009 platilo i v ČR.

Je třeba rozlišovat případy, kdy se před národními orgány rozhoduje o porušení národních pravidel s dopadem jen na soutěž v členském státě (použilo by se vlastní vymezení dohod, jejichž dopad na soutěž je zanedbatelný), a kdy tyto orgány rozhodují v souladu s Nařízením Rady (ES) č. 1/2003¹¹³⁰ o zakázaných dohodách, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými

¹¹²⁹ To byl případ francouzské Autorité de la concurrence ve věci Expedia, věc C 226/11, rozhodnuto SDEU 13. 12. 2012.

¹¹³⁰ Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy. Úřední věstník L 1, 4. 1. 2003, s. 1 a násl.

státy ve smyslu čl. 101 odst. 1 SFEU (v tom případě by se použilo evropské Sdělení *de minimis*).

Podle čl. 3, odst. 1 cit. Nařízení totiž platí, že pokud orgány pro hospodářskou soutěž členských států nebo vnitrostátní soudy použijí vnitrostátní právní předpisy o hospodářské soutěži na zakázané dohody (*largo sensu*) ve smyslu čl. 81 odst. 1 Smlouvy (101/1 SFEU), které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy ve smyslu uvedeného ustanovení, použijí na ně také článek 81 Smlouvy (101 SFEU). Odstavec 2. téhož článku zakazuje takové použití vnitrostátních právních předpisů o hospodářské soutěži, které by zakázalo dohody (*largo sensu*) způsobilé ovlivnit obchod mezi členskými státy, ale neomezující hospodářskou soutěž ve smyslu čl. 81 odst. 1 Smlouvy (101/1 SFEU), nebo splňující podmínky čl. 81 odst. 3 Smlouvy (101/3 SFEU),¹¹³¹ nebo na které se vztahuje nařízení o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy (101/3 SFEU).¹¹³²

Znamená to, že ani překročení hranic *de minimis* (bez ohledu na dokument, v němž jsou stanoveny a na výši těchto hranic) nemůže zabránit obraně účastníků dohody za pomoci zákonné výjimky nebo tzv. výjimek blokových.

Na druhé straně ani vyšší podíly účastníků dohody na relevantním trhu nežli stanoví „oznámení *de minimis*“ nebo „právní předpis *de minimis*“ nezavazují soutěžní úřad k zahájení řízení. Jednak neplatí princip oficiality, a jednak bagatelní limity jsou jen indikací takových poměrů na trhu, v nichž je velmi nepravděpodobné, že by dohody mohla ohrozit soutěž. Znak citelnosti ohrožení soutěže (*appreciability*) nemusí být v konkrétním případě naplněn ani při dosažení vyšších podílů účastníků dohody na relevantním trhu.

Citelnost ohrožení soutěže se posuzuje podle okolností každého jednotlivého případu, podle povahy dohody a praxe, podle povahy dotčených výrobků a služeb a tržní pozice zúčastněných podniků. Pokud je dohoda způsobilá již svou *samotnou povahou* ovlivnit soutěž, hranice citelnosti ohrožení bude nižší než v případě opačném. Mezi tržní silou účastníků a pravděpodobností ohrožení soutěže se přepokládá přímá úměra, takže roste i pravděpodobnost, že ohrožení se bude charakterizovat jako citelné.¹¹³³

¹¹³¹ Tzv. zákonné vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž.

¹¹³² Tzv. bloková vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž.

¹¹³³ Srov. Commission Notice - Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (2004/C 101/07), čl. 45. Hlediska národních úřadů budou podobná.

9.4.3 Tzv. prioritizace

Význam deklarované hranice bagatelnosti snižuje možnost tzv. prioritizace.¹¹³⁴ Důvody zavedení možnosti vůbec nezahajovat řízení u ÚOHS jsou zřejmé a pragmatické.¹¹³⁵ Úřad dává vzhledem k daným kapacitním možnostem přednost zabývat se těmi nejzávažnějšími případy porušení hospodářské soutěže, a to i za tu cenu, že kvůli tomu nevyřeší jiné případy menší závažnosti. Tím se samozřejmě případy menší závažnosti nelegitimizují, ale jen se klade důraz na potírání společensky škodlivějšího jednání před jednáním méně nebezpečným, nicméně stále nežádoucím a nebezpečným.¹¹³⁶

Problémem může být poněkud rozostřená hranice, od níž k takovému (ne) postupu může úřad sáhnout a závislost na subjektivním hodnocení závažnosti podezření. Obdobné podezření za srovnatelných skutkových podmínek by totiž mělo vést k obdobnému postupu nebo by nemělo být zahájeno řízení.

Nikdo by totiž neměl být zklamán ve své důvěře v platné právo, která se zakládá i na předvídatelnosti postupu státních orgánů a na důvěře nejen v text zákona, ale i v jeho předvídatelný výklad.¹¹³⁷ Důvody, proč řízení nebylo zahájeno, nemusí Úřad nikomu sdělovat, nebudou se ani přezkoumávat. Oprávněnost očekávaného stejného zacházení ve stejné situaci nebude možno ani ověřit a nebude ani vyloučeno, že se jednou odložený případ podle potřeby někdy zase „oživí“.¹¹³⁸

To platí i ve vztahu k posuzování tzv. bagatelnosti dohod omezujících soutěž. Jakékoliv úpravy typu soft law nebo i úpravy právním předpisem jsou v podobné situaci jen podpůrným řešením závislým na okamžité úvaze a momentálním rozpoložení příslušného pracovníka úřadu, ne-li přímo na „politickém“ zadání nadřízeného „vidět“ či jindy raději „nevidět“ určité protiprávní jednání. Ve vztahu k tzv. objektovému (cílovému)

¹¹³⁴ Srov. § 21 odst. 2 ZOHS a pozn. 10.

¹¹³⁵ Z širšího hlediska lze rozlišovat prioritizaci na negativní (čím se nezabývat) a pozitivní (na co se zaměřit). Cit. ustanovení § 21 odst. 2 ZOHS upravuje rámcově prioritizaci negativní.

¹¹³⁶ K tomu srov. PETR, M. O prioritách. *Antitrust*, 2012, č. 3, s. 93.

¹¹³⁷ Srov. nálezy Ústavního soudu sp. zn. IV.ÚS 215/94, II. ÚS 296/01, V. ÚS 525/02, I. ÚS 605/06, I. ÚS 629/06. Cit. podle RAUS, D. Nový rok správných soutěžíků? *Antitrust*, 2012, č. 4, s. 133.

¹¹³⁸ Podobně tamtéž.

pojetí bagatelních kartelů (viz níže) může jít o protisměrný pohyb. Přísnost ve vztahu vůči kartelům nebagatelním a vyloučení takových dohod z této kategorie, které mají za cíl narušení soutěže, mohou být eliminovány liberálním či liknavým přístupem Úřadu.¹¹³⁹

Rizika prioritizace spočívají především v možné arbitrárnosti a v diskriminačním postupu; v krátkozrakosti hodnocení závažnosti porušení práva; v demoralizujícím působení na soutěžitele, kteří spoléhají na priority Úřadu a mimo ně se mohou snáze chovat protisoutěžně; v nákladech na samotnou prioritizaci. Měla by být vyvažována s možnými důvody pro prioritizaci: úsporou nákladů na vyšetřování, které jsou nesouměřitelné s výsledkem šetření a postihem; lepšími možnostmi jiných regulátorů k postihu (třeba sektorových); úspor omezených zdrojů na produktivnější vymáhání práva v závažných případech předvídatelnosti apod.¹¹⁴⁰

Argumentem pro akceptaci této možnosti může být tvrzení, že se jejím prostřednictvím legalizuje a přece jen jakési kontrole a transparentnosti podřizuje jev, který by tak jako tak nastal – totiž nutný výběr tzv. závažnější agendy na úkor hypotetického plošného a nerealistického zabývání se vším. Analogie s přístupem orgánů činných v trestním řízení, kde se nutná výběrovost jejich aktivity běžně uznává, je zřejmá. I tam se uplatňuje zásada oficiality a navazující zásada legality, ovšem modifikovaná zásadou oportunity.¹¹⁴¹

¹¹³⁹ V některých zemích je odmítnutí zabývat se věcí kvůli nedostatečné prioritě nepřijatelné (např. ve Francii – srov. LASSERRE, B. La nouvelle Autorité de la concurrence – interview. *Concurrentes*. 2009, č. 1, s. 6. Týž - An Interview with Bruno Lasserre. *Global Competition Review*. 2010, no. 8, s. 13). Opačný přístup panuje v Německu, kde neexistuje formální postavení stěžovatele (navrhovatele). Srov. WILLS, W. P. J. Discretion and prioritization. *World Competition*. 2011, no. 3, s. 374. Ve slovenské úpravě zákona o ochraně hospodářské soutěže ani v zákoně č. 71/1967 Z.z. (správny poriadok) jsem existenci explicitně připuštěné možnosti prioritizace nezaznamenal, což samozřejmě neznamená, že v praxi neprobíhá.

¹¹⁴⁰ Srov. WILLS, op. cit., s. 376 a násl.

¹¹⁴¹ Srov. FENYK, J. Zásada legality nebo oportunity v novém trestním řízení? *Sborník Dny práva – 2010 – Days of Law*. 1. ed. Brno: Masaryk University, 2010. Dostupné na: <http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>. Autor se mimořádně přimlouvá za přimocaré řešení přiznat odklon od zásady legality zcela ve prospěch zásady oportunity, odmítnout jakýkoli hmotněprávní korektiv a přesunout pozornost do procesního práva (hledisko povahy a závažnosti trestného činu ve spojení s absencí veřejného zájmu podle zákonem stanovených kritérií).

9.5 Dílčí závěr

Věcná působnost veřejnoprávního předpisu (dopadající na rozsah věcné kompetence orgánu veřejné správy) by měla být určena co možná nej přesněji. Metodický pokyn (oznámení, *soft law*) nesplňuje požadavek právní jistoty a princip legality. *Soft law* by nemělo „upřesňovat“ hranice zanedbatelnosti (bagatelnosti) kartelových dohod; ty by měly být definovány přímo zákonem. Na druhé straně by rozumné správní uvážení nemělo být omezo váno – a to bez ohledu na zákonnou, podzákonnou nebo jen metodickou formu takového omezení - tvrdými limity *drubu* kartelové dohody (hard-core), pokud jejich *dopad* na hospodářskou soutěž je zanedbatelný (to je přitom vymezení samotné působnosti zákona).

Kombinace flexibilní (metodické) formy vymezení působnosti zákona s přípustností věcí se nezabývat z kapacitních důvodů (tzv. prioritizace) vytváří pro podnikatele velmi nestrukturovanou rozhodovací situaci a je příkladem uzákonění oportunistu (resp. „principu“ opportunity). Soutěžní úřad se v takové situaci může stát orgánem politického rozhodování a předmětem zájmu lobbistických skupin nebo korupčních tlaků na určitý druh (ne)rozhodování.

Právní jistotě neprospívá ani to, že tzv. cílové kartely se z kartelů bagatelních v ČR vyjímají (na rozdíl od techniky použité ve sdělení Komise a ve vyhlášce PMÚ SR) jen „opatrnou“ formulací právní domněnky, tedy nikoliv jednoznačně.

9.6 Kartely „cílové“ a „dopadové“

Výše citovaná ustanovení všeobecně závazného prováděcího předpisu vydaného na základě § 4 odst. 2 slovenského zákona o ochraně hospodářské soutěže¹¹⁴² přejímají obrátové hranice bagatelnosti kartelových dohod podle Oznámení Komise 2014C 29/01. Rovněž se přejímá rigidní postoj k takovým dohodám, které mají narušení hospodářské soutěže za svůj *účel* (cíl).

¹¹⁴² Vyhláška 169/2014 Z.z. Protimonopolného úradu Slovenskej republiky z 13. júna 2014. Stanoví se, že „zanedbateľný účinok na súťaž nemá dohoda medzi podnikateľmi, zosúladený postup podnikateľov ani rozhodnutie združenia podnikateľov, ak má za *cieľ* (zvýraznil JB) obmedzovanie súťaže.“

Z hlediska tématu této studie to mj. znamená to, že ani při nižších (a třeba naprosto zanedbatelných) obratech, nežli jaké vymezuje Sdělení komise a např. slovenská vyhláška), se tvrdé cenové kartely, jejichž prostřednictvím by se slabší strany obchodního vztahu chtěly bránit zneužívání významnější tržní síly, do kategorie kartelů bagatelních *ne kvalifikují* z titulu blokového vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž a soutěžní úřady nemohou odmítnout zabývat se jimi z toho důvodu. Tím se ovšem nezamezí ev. použití tzv. prioritizace nebo vynětí ze zákazu na základě zákonné výjimky.¹¹⁴³ V ČR platí obsahově stejné pravidlo, ovšem obsažené jen v příslušném Oznámení ÚOHS.¹¹⁴⁴

Reflexe Oznámení Komise do těchto úprav znamená zpřísnění a *větší riziko konfliktu* s protikartelovými předpisy než dříve. Dohody omezující soutěž cílově (objektově) se tedy pokládají za dohody omezující významně soutěž bez ohledu na velikost účastníků a tedy i na *skutečný dopad* (efekt)¹¹⁴⁵ na hospodářskou soutěž. Bezpečný přístav vynětí ze zákazu kvůli bagatelnosti kartelu se tedy neposkytne jakýmkoliv cílovým kartelům kvůli extenzivnímu výkladu „výrazného dopadu“ na soutěž. Ten již nemusí být v konkrétním případě *de facto* výrazný, ale přesto se *za výrazný pokládá vždy* právě pro *kategorii* cílových dohod.

Citelnost dopadu se tedy nemusí poměřovat podíly na trhu, ale *kvalitativním* hodnocením deliktu. To je v evidentním nesouladu s tzv. více ekonomickým přístupem prosazovaným v dřívější judikatuře, která se odvolávala na výrazný a citelný dopad na trhy a soutěž na nich.¹¹⁴⁶ Striktně vzato je ovšem těmito přístupy obsaženými ve Sdělení Komise vázána jen ona, a nikoliv národní soudy nebo soutěžní úřady.¹¹⁴⁷

¹¹⁴³ Srov. § 3 odst. 4 českého ZOHS, § 4 odst. 5 slovenského ZOHS, čl. 101 odst. 3 SFEU.

¹¹⁴⁴ V d bodu IV, 13 se konstatuje, že Úřad *má za to (sic)*, že za dohody se zanedbatelným dopadem nelze považovat dohody obsahující tzv. tvrdá omezení, která přímo nebo nepřím, samostatně nebo ve spojení s jinými faktory mají za svůj cíl *zejména (sic)* určení cen, omezení nebo kontrolu výroby, odbytu, výzkumu a vývoje nebo investic, a nebo rozdělení trhu nebo nákupních zdrojů.

¹¹⁴⁵ K dělení kartelů na účinkové a účelové, resp. cílové a výsledkové viz podrobněji KINDL, J. Protisoutěžní cíl a účinek ve světle poslední judikatury Soudního dvora EU. *Antitrust*. 2014, č. 4, s. 135 a násl.

¹¹⁴⁶ Srov. rozsudky C-5/59 Völk v Vaervecke (1969); C-260/07 Pedro IV Servicios (2009).

¹¹⁴⁷ Srov. BUSHEL, G.; HEALY, M. Expedia: The de minimis notice and „by object“ restrictions.“ *Journal of European Competition Law and Practice*. 2013, vol. 4, no. 3, s. 225.

9.6.1 Právně politické zdůvodnění

Funkční právo je tmelem společnosti tehdy, prosazuje-li hodnoty, které většina společnosti pokládá za základní a nutné pro homeostázu a rozvoj společnosti. Narušení takových hodnot, ba i jejich pouhé ohrožení, se právně postihuje. Tyto základní hodnoty jsou totiž zpravidla vyjádřeny v právních normách.

Některé fundamentální hodnoty se chrání při vědomí toho, že v konkrétním případě může být postih sice dost tvrdý, ale ta hodnota za to stojí a její ochrana směřuje především na prevenci. Je otázka, zda funkční a svobodná hospodářská soutěž představuje takovou základní veřejnou hodnotou v demokratické společnosti s tržní ekonomikou. Pokud ano, pak je nutno ji chránit nejen před narušením, vyloučením a zkreslením (tedy před aktuální újmou), ale také před „pouhým“ ohrožením. Náš zákon o ochraně soutěže ostatně svůj cíl takto v § 1 odst. 1 formuluje a panuje o tom i doktrinální shoda.

Ohrožovací delikty jsou běžná veřejnoprávní technika ochrany některých důležitých zájmů a hodnot, díky nimž „drží společnost pohromadě“. Jednak se tím vyjadřuje společenský hodnotový soud, ale též se tak předchází i útokům na onen veřejný či soukromý chráněný statek, jenž proto bývá - statisticky vzato - méně narušován. O ohrožovací podstatě deliktu často panuje jen obecná shoda a není třeba ji dokazovat. Nejvěrohodnější důkaz by ostatně byl, že chráněný statek nebude jen ohrožen, ale napaden; čekat až na to by se však nemělo.¹¹⁴⁸

Překvapuje proto občasně pohoršení nad tím, že se postihuje ohrožovací delikt protisoutěžní,¹¹⁴⁹ jako by nedokonaný a vědomý pokus o ohrožení nebo vyloučení soutěže neměl být postižen proto, že se ještě vlastně vůbec nic nestalo. Asi není řešením raději počkat, až příště bude podobný pokus úspěšný.

¹¹⁴⁸ Známe např. skutkovou podstatu trestného činu obecného ohrožení nebo ohrožení výchovy dítěte; nevím o nějakém odporu proti jejich užitečnosti. „Rozumnější přístup“ (analogie „více ekonomického“ v soutěžním právu?) by velev vzít ohled na to, jak jsou dětští účastníci „nemravného života“ fyzicky vyvinutí a zda tím trochu neklamou dospělého zhrálce, jak jsou na tom zúčastnění zcela konkrétně a individualizovaně duševně a citově (třeba se opravdu milují), jestli je ještě vůbec co ohrožovat (protože jsou třeba už dočista zkažení a není je před čím chránit). Ochrana výchovy dítěte je však natolik důležitou hodnotou, že se takové moderační, relativizující a oportunistické úvahy prostě nevedou a zavádí se regulatorně jednodušší a účinnější tabuizace.

¹¹⁴⁹ Nehovoříme tu o vyšší sankce, která u ohrožovacích deliktů bývá nižší, než pokud chráněná hodnota byla již reálně narušena.

Evropská Komise tedy ve svém nejnovějším „sdělení *de minimis*“ ze srpna 2014 předpokládá u zakázaných dohod se zanedbatelným dopadem na soutěž (bez ohledu na teoreticky myslitelný „více ekonomický přístup“), že se dohoda *potenciálně* škodlivá pro soutěž (nezávisle na jejím skutečném dopadu na soutěž) nebude posuzovat jako bagatelní. „Bezpečný přístav“ blokového vynětí ze zákazu se tedy *paušálně* neposkytne cenovým, segmentačním nebo restriktivním kartelům. Tím se ovšem uplatnění více ekonomického přístupu nevyloučí; jen se dohody nevýznamné dopadem, ale závadné svým cílem nemohou skrýt v „blokové výjimce bagately“. Již výše jsem dovedl ryzí formálnost argumentu, že dohody spadající mezi tzv. tvrdé kartely nelze v *žádném* považovat za dohody „*de minimis*“.¹¹⁵⁰

9.6.2 Doktrína pouhé nebezpečnosti jednání a jeho skutečného dopadu v aktuální evropské kasuistice

Pro ilustraci soutěžně politicky a hodnotově rozkolísaného přístupu k otázce potenciálního nebezpečí protisoutěžního jednání a jeho skutečného dopadu lze uvést tři nedávná rozhodnutí evropských soudů.

9.6.2.1 Případ *Expedia*

V případě „*Expedia*“¹¹⁵¹ šlo v podstatě o to, zda ideologicky nebezpečný kartel nemůže být bagatelní, i když z hlediska dopadu fakticky *zanedbatelný* je.¹¹⁵² SDEU tu rozhodl o tom, že žádný jiný test citelnosti *dopadu* na soutěž

¹¹⁵⁰ Nabízí se analogie této „objektové nezákonnosti“ z trestněprávní oblasti, kdy bychom podle této logiky mohli pokládat za trestný čin i čin bez společenské nebezpečnosti, resp. v novějším pojetí bez společenské škodlivosti. Každá facka by byla trestným činem, byť by třeba nezanechala na tváři napadeného ani otisk, stejně jako ta, která by mu vykloubila sanici, poranila krční páteř a způsobila dlouhodobou pracovní neschopnost a trvalé zdravotní následky.

¹¹⁵¹ Rozsudek SDEU ze dne 13. 12. 2012 C-226/11–*Expedia*.

¹¹⁵² Skutková podstata spočívala v tom, že francouzská národní železniční společnost SNCF uzavřela se společností *Expedia* dohodu o nekoncentrativním společném podniku VSC, který by se zabýval prodejem neželezničních produktů (jízdních lístků). Francouzský soutěžní úřad uložil SNCF i *Expedit* za protisoutěžní ujednání ve smlouvě pokuty za porušení čl. 101 SFEU. *Expedia* namítala nepřekročení hranice bagatelního kartelu 10% podle Sdělení Komise. Kasační soud vznesl předběžnou otázku k SDEU. Ten mj. konstatoval, že určité formy koluze mezi podniky jsou pro dobré fungování normální soutěže škodlivé již *svou samotnou povahou* (srov. bod. 36 rozsudku). Dohoda, jež je způsobila poškodit obchod mezi členskými státy a má protiprávní účel, představuje svou povahou a *nezávisle na svých konkrétních účincích* citelné omezení soutěže (Srov. bod. 37 rozsudku. Srov. Entscheidungen: Zur Bedeutung der Bagatellbekanntmachung der Kommission. NZKart. 2013, č. 3, s. 112).

se nemusí provádět, pokud byla dohoda shledána za protisoutěžní podle svého *objektu (cíle)*. Kvalitativní aspekt hodnocení se zdá převážet nad kvantitativním (podíly na trhu); není však rozumně očekávatelné, že by se obě strany citelnosti dopadu nehodnotily v kontextu, a že by převládla formalistická ideologie nad zdravým rozumem.¹¹⁵³

Pojetí tzv. hardcore kartelů, které se všeobecně i na mezinárodní úrovni pokládají za škodlivé a odsuzují se, nezáviselo do té doby na tržních podílech účastníků a citelnost poškození soutěže se předpokládala. V případě Expedia šel SDEU ještě dál a konstatoval, že při cílových kartelech se citelná škodlivost pro soutěž *nemusí vůbec dokazovat*, protože u nich citelnost (závažnost) narušení soutěže vyplývá *ze samotné podstaty* dohody bez ohledu na její konkrétní dopady.¹¹⁵⁴ Není přitom ani nutné zkoumat subjektivní záměr účastníků cílové kartelové dohody – ten je druhořadý.¹¹⁵⁵

Použití zákonné výjimky ze zákazu kartelů podle čl. 101 odst. 3 SFEU nebo § 3 odst. 4 českého ZOHS, resp. § 4 odst. 5 slovenského soutěžního zákona je i při objektových kartelech teoreticky možné, ale v praxi patrně ztroskotá na požadovaných vysokých důkazních standardech.¹¹⁵⁶

Objektové kartely tak skutečně připomínají trestněprávní ohrožovací delikty. Dělení na „cílové“ (objektové) a „dopadové“ kartely by z hlediska zásadního rozdílu v přístupu a možnostech obrany stran nemělo být intuitivní a hypotetické a tzv. cílové kartely by se neměly konstatovat na základě extenzivního výkladu, ale jen tam, kde je porušení soutěže *naprosto zřejmé*. Závažné důsledky spojené s antitrustovým deliktem by se neměly pojit s pouhým technickým porušením antitrustových předpisů.¹¹⁵⁷

¹¹⁵³ K podobnému postoji nabádají VIJVER, T.; VOLLERINGS, S. Understanding appreciability: The European Court of Justice in journey in *Expedia*. *Common Market Law Review*. 2013, issue 6, s. 1142.

¹¹⁵⁴ Srov. bod. 37 cit. rozhodnutí C -226/11.

¹¹⁵⁵ Srov. rozsudek SDEU v případě GlaxoSmithKline 2009, I-9291; konstatuje se, že ačkoli úmysl účastníků není pro určení omezující povahy dohody nezbytný, Komisi ani soudům Společenství nic nezakazuje, aby tento úmysl zohlednily. Srov. Podobně se vyjadřují Návody Komise (2004/C 101/08) k použití čl. 81 odst. 3, bod 22. Dostupné na: <http://eur-lex.europa.eu/legal content/CS/TXT/?uri=celex:52004XC0427%2807%29> – důkaz o subjektivním záměru stran omezit soutěž je relevantní faktor, ale nikoliv nezbytná podmínka.

¹¹⁵⁶ Srov. KUHN, T. Die Abgrenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 AEUV. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*. 2014, Nr. 2, s. 165 a násl.

¹¹⁵⁷ BAER, B. 40th Annual Conference on International Antitrust Law and policy. *Vystoupení na Fordham University School of Law*, 26. 9. 2013, cit. podle předchozího pramene, s. 168.

Důraz na zdravý rozum (*rule of reason*) a na ekonomický a právní kontext dohody by měl převážet i u tzv. *cílových* kartelových dohod, které by se měly takto kvalifikovat *restriktivně*. Na jedné straně cílová kartelová dohoda nemusí obsahovat tzv. tvrdá omezení a na straně druhé samotná přítomnost těchto tvrdých omezení nemusí v celkovém kontextu vést k zařazení takové dohody mezi cílově protisoutěžní bez komplexnější ekonomické analýzy, která by takový závěr podpořila.¹¹⁵⁸

V jiném případě¹¹⁵⁹ ostatně SDEU při posuzování předběžné otázky konstatoval, že i při *cílovosti* dohody se má zkoumat struktura trhu, jeho reálné fungování a povaha dotčeného zboží a služeb a též tržní síla soutěžitelů – uplatnil tedy hlediska běžná při posuzování *dopadu* dohody na soutěž.

9.6.2.2 Příklad Bankovní karty

V září 2014 rozhodl SDEU v případě *Groupement des cartes bancaires*¹¹⁶⁰ (a to proti očekávání části odborné veřejnosti) tak, že zrušil rozsudek Tribunálu, jenž vyšel z *per se* zákazu určitých jednání, která jsou protiprávní pro jejich evidentní protisoutěžní cíl, a u nichž proto není třeba dokazovat protisoutěžní účinek. Toto rozhodnutí se dá charakterizovat jako protipól případu Expedia – jde v něm v podstatě o stanovisko, že kartel může být nezávadný i přes závadný objekt.¹¹⁶¹

SDEU v rozhodnutí o odvolání proti rozsudku Tribunálu nepopírá, že existují takové typy dohod, jejichž škodlivost pro soutěž je natolik dostatečná, že není třeba zkoumat jejich dopady – jsou totiž *škodlivé* pro řádné fungování

¹¹⁵⁸ Srov. NEJEZCHLEB, K.; HAJNÁ, Z. Nové trendy v kvalifikaci cílových protisoutěžních dohod. *Právní rozhledy*. 2014, č. 23-24, s. 828-829.

¹¹⁵⁹ Alianz Hungaria, rozsudek SDEU ze 14. března 2013, C-32/11.

¹¹⁶⁰ Rozsudek SDEU, C-67/13 P, z 11. 9. 2014.

¹¹⁶¹ V r. 1984 vzniklo hospodářské zájmové bankovní sdružení podle francouzského práva. Jeho cílem bylo vytvořit platební a výběrní systém prostřednictvím platebních karet sdružených bank; to mělo zvýšit vzájemnou použitelnost (interoperabilitu) platebních a výběrových karet vydaných členy a jejich použitelnost ve vztahu k obchodníkům přidruženým k asociaci. Součástí dohody byl

- mechanismus finančního dorovnání těm členům, kteří byli aktivnější při získávání nových členů sdružení ve srovnání s těmi, kteří se spíše „vezli“;
- změna členského poplatku pro nově přistupující členy, kteří tak platili odstupňovaně za rozsah výhod plynoucích jim z účasti v síti;
- mechanismu aktivace „spících členů“ sdružení, který sankcionoval ty členy, kteří profitovali ze sítě nad určenou hranici, aniž se adekvátně podíleli také na vydávání karet.

normální soutěže *již svou samotnou podstatou*.¹¹⁶² Pokud však analýza určitého *typu* koordinace neodhalí *dostatečný* stupeň škodlivosti pro soutěž, musí se zvažovat *dopady* koordinace a musí se zjistit, že se soutěži *ve skutečnosti (sic!)* bránilo, nebo že se omezovala nebo narušovala ve *značném rozsahu*.¹¹⁶³

Tribunál podle závazného názoru SDEU dovedl ve shodě s Komisí škodlivost dohody z jejího samotného *znění*, aniž by v rámci přezkum zákonitosti rozhodnutí Komise vysvětlil, jak lze *ze znění dohody* dovést, že soutěž je omezena *objektově* (cílově) ve smyslu čl. 81/1 SES (101/1 SFEU).¹¹⁶⁴

Z případu plyne několik poučení a závěrů. Systém vydávání a používání platebních karet je typickým případem sítě. Z účasti na ní má každý tím větší prospěch, čím větší počet účastníků je do ní zapojen. Používání systému bez adekvátního příspěvku k jeho rozšiřování a udržování může být projevem parazitního jednání (*free-riding*). Motivace nově vstoupivších účastníků k aktivitě a aktivizace tzv. „spících členů“ systému může být úplně jiná, nežli omezit soutěž; může tedy být i úplně jiný (než protisoutěžní) *cíl* takové dohody. Může jít o opatření *nezbytná k funkčnosti* samotného systému, která sice možná závažný protisoutěžní dopad mít mohou, ale ten by se měl zkoumat v rámci důkazního standardu.

Soutěžní právo zná přece pojem přidružených omezení soutěže (*ancillary restraints*), která se akceptují jako ústupek ochraně soutěže, pokud nejsou pro soutěž zásadně nebezpečná a určité formy soutěže naopak posilují nebo umožňují.¹¹⁶⁵ To mohl být i případ sdružení bankovních karet, jehož členové se dohodou bránili mj. proti „černému pasažérství.“

Evropská komise posoudila tuto dohodu jako tajné protisoutěžní ujednání sdružení podniků vzhledem k jejímu protisoutěžnímu *cíli* – dohoda měla všeobecně omezit soutěž na francouzském trhu bankovních karet mezi zúčastněnými bankami a omezit soutěž nově vstupujících bank. Dohoda o podpoře akvizičních aktivit byla podle Komise způsobem, jak udržet příjmy hlavních členů sdružení, jak poškodit soutěž nově příchozích členů a jak je potrestat, a dále jak omezit snižování cen za platební karty.

Žaloba členů sdružení na rozhodnutí Komise k Tribunálu byla pro ně neúspěšná a *Tribunál* rozhodnutí Komise *potvrdil*. Ztotožnil se s názorem Komise, že dohoda sdružení soutěžitelů byla protisoutěžní již vzhledem ke svému protisoutěžnímu *cíli* plynoucímu z jejího znění, takže nebylo třeba zkoumat její obsah.

¹¹⁶² Srov. body 49 a 50 rozsudku.

¹¹⁶³ Bod 52 rozsudku s odkazem na rozhodnutí C-32/11 (*Allianz Hungária*).

¹¹⁶⁴ Viz bod 65 rozsudku SDEU.

¹¹⁶⁵ Srov. např. zákazy konkurence při prodeji závodu, mnohá omezení soutěže ve vertikálních distribučních vztazích, apod.

Používání cílového kritéria protisoutěžnosti by tedy mělo být *restriktivní*. Potencialita narušení soutěže ještě nemusí podle tohoto rozhodnutí znamenat její cílový charakter. U kartelové „cílové“ dohody by se mělo zkoumat v jejím ekonomickém a právním kontextu, zda je způsobilá přivodit dostatečně závažnou újmu hospodářské soutěži a nemělo by se mechanicky sklouznout k presumování její škodlivosti bez potřebné analýzy.¹¹⁶⁶

Ani komentované rozhodnutí SDEU *nerozhodlo meritorně* o tom, zda členové sdružení uzavřeli protisoutěžní dohodu. Jeho podstata je v kritice *nedostatečného důkazního standardu* použitého Tribunálem při kontrole zákonnosti rozhodnutí Komise (znění dohody jako důkaz jejího *cíle omezit soutěž* bez zkoumání jiných kontextuálních motivů a ev. *skutečného* dopadu na soutěž a jeho rozsahu) a konstatování o nutnosti používat cílové hodnocení zakázaných dohod velmi restriktivně a jen tam, kde je analýza dohody odhalí dostatečný stupeň její škodlivosti, takže není třeba zkoumat její výsledek. Tím se nepresumuje, že vyšší důkazní standard nemůže vést k potvrzení zákazu dohody, nikoliv však na základě nespolehlivého konstatování o protisoutěžním cíli.

Určitou *renesancí tzv. „více ekonomického přístupu“* k dohodám omezujícím soutěž je tu možno vidět. V prvně komentovaném případě „Expedia“ jde naopak o *odklon* od onoho „více ekonomického přístupu“.

Každopádně se na tomto klíčovém problému potvrzuje, že není přehnané konstatování, že soutěžní *právo v praxi* je takové, jak je v širokém rámci práva psaného *interpretuje SDEU*, a nikoliv jak je pojímá Komise ve svých rozhodnutích nebo ve svém soft law.

9.6.2.3 Případ Intel

V roce 2009 uložila Evropská komise severoamerické společnosti Intel do té doby nejvyšší správní pokutu jakožto jednotlivému subjektu ve výši 1,06 miliard €. Podle EK se Intel dopustil v období od října 2002 do října 2007 zneužití dominantního postavení na celosvětovém relevantním trhu centrálních procesorových jednotek x86 (x86 CPU), na němž zaujímal zhruba 70% podíl.

¹¹⁶⁶ Podobně KINDL, op. cit., s. 140.

Skutková podstata zneužití spočívala v tom, že Intel zavedl strategii směřující k vyloučení svého jediného vážného konkurenta - Advanced Micro Devices, Inc. (AMD) - z trhu.¹¹⁶⁷ Přestože nejde o delikt z dohody omezující soutěž, ale o zneužití dominantního postavení, poučení ze způsobu hodnocení situace může být důležité i pro úvahy o sebeobraněm použití kartelového práva proti významné tržní síle. V rozhodnutí se opět pokládá za delikt „pouhé“ ohrožení soutěže, což vyvolává asociaci se shovívavějším přístupem ke kartelovým dohodám *de minimis*, jemuž se ovšem netěší tzv. tvrdé kartely nebezpečné objektivě (*per se*).

Sdělení Komise o prioritách vymáhání při aplikaci čl. 82 SES (101 SFEU) předpokládá, že v zájmu ekonomické racionality se má bránit tomu, aby se jednání jevící se na první pohled jako protisoutěžní, ale jež jsou ve své podstatě spíše prosoutěžní a chvályhodná, posuzovala mechanicky. Proto se má s pomocí *specifických ekonomických nástrojů* zkoumat, zda existují *konkrétní negativní* dopady na *spotřebitele*.

Rozsudek Tribunálu ve věci *Intel* naopak konstatuje, že exkluzivní rabaty jsou protisoutěžní *inherentně*, že zákazníci poškozuji svou *samotnou podstatou*, neboť jim brání obchodovat s konkurencí, a že mají být z *toboto důvodu* zakázány.¹¹⁶⁸ Jinými slovy řečeno – výlučné praktiky uplatňované dominantními podniky jsou podle judikatury zakázány, pokud jen mají vylučovací *způsobivost*, byť by zamýšleného *výsledku* dominant nedosáhl.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁷ Zneužití dominantního postavení Intelu se podle EK projevilo v několika jeho opatřeních vůči svým vlastním zákazníkům (výrobcům počítačů) a vůči evropskému distributorovi mikroelektronických zařízení (Media-Saturn-Holding): Intel poskytl rabaty čtyřem hlavním výrobcům počítačů (Dell, Lenovo, HP, NEC) s podmínkou, že budou všechny nebo téměř všechny potřebné x86 CPU nakupovat od něj; Intel platil distributorovi Media-Saturn za to, že bude prodávat výhradně počítače obsahující x86 CPU vyrobené Intellem. Podle EK tyto rabaty a platby vedly k loajalitě (věrnosti) čtyř výrobců a distributora Media - Saturn a výrazně snížily schopnost konkurentů Intelu soutěžit s ním v oboru x86 CPU. Protisoutěžní jednání Intelu vedlo k omezení spotřebitelského výběru a ke snížení motivace k inovacím. Intel navíc platil třem výrobcům počítačů (HP, Acer, Lenovo) za to, že odložili nebo zrušili uvedení na trh výrobků jeho konkurenta AMD pracujících na bázi konkurentových vlastních CPU, resp. za to, že výrobci omezí distribuci oněch konkurentových výrobků.

¹¹⁶⁸ Srov. zejm. body 76, 79–81 a 85–93 rozsudku.

¹¹⁶⁹ Srov. k tomu NIHOUL, P. The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law? *Journal of European Competition Law and Practice*. 2014, vol. 5, no. 8, s. 524.

V tom je možno spatřovat *analogii* s objektovou kvalifikací kartelů bez ohledu na skutečný dopad na soutěž. Toto rozhodnutí potvrzuje tedy mj.:

- formálně normativní přístup k jednání dominanty jen na základě abstraktní logické hypotetické úvahy, což je protiklad tzv. více ekonomickému přístupu prosazovanému v *soft law* Komise;
- snížení důkazního standardu na výsledek porovnání nikoliv s konkrétní ekonomickou realitou, ale na dostačující (ne)soulad s normativně zakotvenou teorií;
- jednotlivý odvrát soudu od tendence soutěžní politiky prosazované v minulých letech Evropskou komisí pod heslem „*more economic approach*“;
- že evropskou soutěžní politiku koncipovanou Evropskou komisí jakožto politickým orgánem konec konců kvazikasačním způsobem aprobují či reprobují evropské soudy, a že *soft law* EK bez jejich podpory má jen malý praktický význam;¹¹⁷⁰
- že dřívější judikatorní apel na Evropskou komisi, aby zvýšila váhu a důkladnost ekonomické argumentace při prosazování formálních požadavků právní úpravy, který byl původně spjat s hodnocením dopadů fúzí, a tendence k potvrzení nastoleného trendu „*more economic approach*“;¹¹⁷¹ nejsou ani plošné, ani trvalé, a ani absolutizační a nebrání „více normativnímu přístupu“ v jiných situacích a v jiné době.

9.6.3 Dílčí závěr

Rozlišování protisoutěžních deliktů na cílové (objektové) a výsledkové (dopadové) je poněkud akademické a didaktické, jakkoliv je v judikatuře i doktríně tradiční. Za cenu vyšší právní jistoty, jednoduššího a „lacinějšího“ správního řízení a větší předvídatelnosti výsledku pro účastníky se jím může jako vedlejšího výsledku dosáhnout *ryzího formalismu* a rozporu se zdravým rozumem.

¹¹⁷⁰ Standardní součástí Návodu ve formě *soft law* je ostatně výhrada, že se jedná jen o účel prioritizace (*prioritization test*), a nikoliv o záměr vytvořit právní prohlášení (*legality test*). Srov. též WILLS, W. P. J. The judgement of the EU General Court in Intel and the so called „more economic approach“ to abuse of dominance. *World Competition*. vol. 37, issue 4, December 2014, s. 8. Tamtéž se nijak nesnižuje význam ekonomického uvažování v oboru práva soutěžního s odkazem na známý výrok soudce L. D. Brandeise, že „právnik, který nestudoval soutěžní právo, má velký sklon státi se veřejným nepřitelem (BRANDEIS, L. D. The Living Law. *Illinois Law Review*. 1915-1916, vol. 10, s. 461).

¹¹⁷¹ Srov. případy fúzí T-342/99 (Airtours), T-310/01 (Schneider Electric) a T-5/02 (Tetra Laval).

Proto je nezbytná analýza celkového ekonomického a právního *kontextu* dohody a konkrétních podmínek na dotčených trzích (jejich struktury, ev. i tržní síly). Čistě formální obsah dohody (slova) je nespolehlivým kritériem její škodlivost pro soutěž a důraz na něj by mohl vést k rizikům nadregulace (*overregulation*). Právo založené na takovém hledisku se podobá spíše ideologii nebo náboženství.

9.7 Možnost obrany malých a středních podnikatelů bagatelní kartelizací

9.7.1 Cílové kartely dodavatelů obchodních řetězců

Problém informační a mocenské asymetrie v obchodních vztazích je obecně znám a ne všichni jsou s ním fatalisticky smířeni. Přístupy k jeho řešení cestou soukromoprávní nebo veřejnoprávní se různí. Kromě tradičně zmiňovaných přístupů cestou ochrany hospodářské soutěže proti zneužití dominance (pokud existuje), nebo proti nekalé soutěži, resp. prostřednictvím ochrany slabší smluvní strany či ochranou proti zneužití hospodářského postavení podle zákona o cenách, se nabízí otázka cílené kartelizace slabších dodavatelů, kterou by se kompenzovalo jejich slabší postavení vůči obchodním řetězcům. Specifickou formu ochrany nabízejí zvláštní zákony, jako např. český zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle nebo slovenský zákon č. 362/2012 Z. z. o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch, ktorých predmetom sú potraviny.

Takové kartely by totiž svou podstatou byly patrně tzv. kartely cílovými, které by na evropské úrovni nespadaly do kategorie kartelů *de minimis*. Jak jsme ukázali výše, sdělení Komise o dohodách *de minimis* tvrdé kartely ze své působnosti vylučuje. Stejně k této otázce přistupuje české Oznámení, slovenský prováděcí předpis k zákonu o ochrane hospodárskej súťaže a vesměs další evropské právní řády.

Výše jsem dovodil, že podmínkou použití zákonné výjimky za zákazu dohod omezujících soutěž není jejich kategorizace jakožto dohod bagatelních – ta pouze „blokově“ vyjímá ze zákazu dohod takové dohody *largo sensu*, jejichž *dopad* na soutěž je zanedbatelný. Při tzv. „tvrdých kartelech“ se presumuje ve všech uvedených případech (byť různými slovy) jejich *citelný*

dopad na hospodářskou soutěž proto, že se předpokládá jejich *objektivně cílový* charakter. Cílový charakter a ani konkrétní dopad kartelu na hospodářskou soutěž není třeba v konkrétním případě ani dokazovat.

9.7.2 Zákonná výjimka z prodejních kartelů?

Doktrína se shoduje i v tom, že se nevylučuje použití zákonné výjimky pro cílové „tvrdé kartely“. U dohod o nich by ovšem ten, kdo ji hodlá využít, musel dokázat kumulativní splnění čtyř předpokladů:

- příspěvek ke zlepšení výroby nebo distribuce zboží nebo k podpoře technického či hospodářského rozvoje;
- přiměřený podíl ve prospěch spotřebitelů na výhodách z toho plynoucích;
- absence takových omezení soutěže, která nejsou nezbytná k dosažení výše uvedených cílů;
- nemožnost soutěžitelů vyloučit hospodářskou soutěž na podstatné části trhu zboží, jehož dodávka nebo nákup je předmětem dohody.

Z povahy věci by tzv. „tvrdé kartely“ směřovaly k *vyšším nákupním cenám* uplatňovaným vůči velkoobchodním kupujícím (horizontální cenová fixace), k určitým odbytovým omezením vůči odběratelům (např. společné odmítání určitých nákupních obchodních podmínek, resp. podmiňování spolupráce s odběrateli vyloučením některých ustanovení v nákupních podmínkách).

Nehledě na to, že prodávající většinou nebudou kvůli své ekonomické závislosti na kupujících řetězcích takové dohody mocni, *nedošlo* by ani v hypotetickém případě opačném ke splnění požadavků zákona.

Příspěvek ke *zlepšení distribuce* zboží, na němž by měl podíl spotřebitel, se totiž nedá reálně očekávat. Spíše by šlo o jednostranné opatření ve prospěch dodavatelů a na úkor kupujících, ze kterého by *spotřebitel neměl žádnou výhodu*, pokud by naopak nenesl zdražení na svých bedrech. Pak by kvůli požadavku kumulativnosti *všech* podmínek nemělo ani smysl zkoumat další dvě podmínky týkající se omezení soutěže.

Při objektovém přístupu k dohodám omezujícím soutěž, který vylučuje z působnosti výjimky *de minimis* tzv. „tvrdé kartely“, by nehrálo roli ani to, že účastníci dohody na straně výrobců a dodavatelů by jinak splňovali podmínky nízkého podílu na trhu (pod 10% společného podílu na obratu

na kterémkoliv dohodou dotčeném relevantním trhu) podle Sdělení Komise, oznámení českého Úřadu, resp. podle prováděcího předpisu slovenského PMÚ. Hospodářská soutěž by mohla být narušena i v důsledku kumulativního účinku paralelních sítí takových dohod.

Některé evropské státy již dříve zvolily cestu blokových výjimek ze zákazu dohod omezujících soutěž, které ovšem platily pro dobrovolné maloobchodní řetězce a měly vést k posílení jejich soutěžeschopnosti vůči velkým distributorům (obchodním řetězcům), a nikoliv k posílení pozice výrobců a dodavatelů vůči obchodním řetězcům.¹¹⁷²

Jinde se jen deklarovala politická ochota protikartelových úřadů tolerovat kartely malých podnikatelů na obranu proti obchodním řetězcům.¹¹⁷³ V současnosti se doktrína *de minimis* obecně používá, ale s výhradou, že nezahrnuje tzv. „tvrdé kartely.“ Citelný dopad takových dohod na soutěž se všeobecně zakazuje a u tzv. tvrdých omezení se presumuje.

Přitom jejich *dopad* na hospodářskou soutěž může být z ekonomického hlediska skutečně *zanedbatelný* a tyto dohody tak nebudou *vůbec* spadat pod *zákonný* zákaz podle § 3 odst. 1 ZOHS. Pak by také odpadlo zkoumání oněch čtyř kumulativních podmínek zákonného vynětí za zákonného zákazu takových dohod, protože na dohody se zanedbatelným dopadem na soutěž se zákon nevztahuje vůbec. Striktně vzato by ani hypotetická bloková výjimka u bagatelního kartelu neměla ze stejného důvodu smysl (i ona totiž vyjímá dohodu ze zákonného zákazu, který se ovšem na bagatelní kartel nevztahuje).

Podle recitálu č. 8 a čl. 3 odst. 2 nařízení Rady (ES) č. 1/2003¹¹⁷⁴ nesmí použití vnitrostátních právních předpisů o hospodářské soutěži na dohody, rozhodnutí nebo jednání ve vzájemné shodě (ve smyslu čl. 81 odst. 1 Smlouvy) vést k zákazu takových dohod, rozhodnutí nebo jednání ve vzájemné shodě, pokud nejsou zakázány také podle právních předpisů Společenství o hospodářské soutěži. Pojmy dohody, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě jsou

¹¹⁷² Tak např. ve Švédsku šlo o maloobchodní řetězce s podílem na trhu pod 35%, v Dánsku o podíl pod hranici 25%. Srov. BEJČEK, 2000, op. cit., s. 8–9.

¹¹⁷³ Tamtéž, s. 13.

¹¹⁷⁴ Tzv. konvergenční doložky.

autonomní pojmy právních předpisů Společenství o hospodářské soutěži, které popisují koordinované chování podniků na trhu tak, jak je vykládají soudy Společenství.¹¹⁷⁵

Mimo jiné tedy i *soudní výklad* objektových (cílových) kartelů je ve věcech s dopadem na komunitární trh podle tohoto nařízení *závažný*. Nařízení naopak nebrání členským státům přijmout nebo používat na svém území přísnější vnitrostátní právní předpisy pro hospodářskou soutěž, které zakazují nebo postihují *jednostranné* kroky podniků. Netýká se to tedy zakázaných dohod.

Tyto přísnější vnitrostátní právní předpisy pro hospodářskou soutěž mohou obsahovat ustanovení, která zakazují nebo postihují zneužívající chování vůči hospodářsky *závislým* podnikům. Hospodářská závislost se však na rozdíl od většiny vyspělých zemí do tuzemské úpravy zneužití významné tržní síly nikdy neprosadila, a to proto, že se obtížněji prokazuje nežli mechanické kvantitativní kritérium. Je však zřejmé, že český přísnější předpis, který navíc zcela rezignuje na kritérium ochrany soutěže, soutěž v některých případech může naopak narušit, a to nad rámec Nařízení č. 1/2003.

Původní výklad Úřadu posuzoval významnou tržní sílu podle § 3 odst. 2 ZVTS 2009 relativně, tedy v každém jednotlivém vztahu mezi konkrétním dodavatelem a konkrétním odběratelem (tj. zkoumala se relativní ekonomická závislost dodavatele podle možnosti dodávat svoje zboží spotřebitelům a podle toho, zda si odběratel vůči dodavateli mohl vynutit jednostranně výhodné obchodní podmínky). Později přijatý (pragmatický a administrativně zjednodušující) výklad ve prospěch tzv. objektivní koncepce, který se po poslední novele dostal do ZVTS, protičeří nejen ekonomické logice a zásadám ochrany soutěže, ale též to čl. 3 odst. 2 nařízení Rady (ES) č. 1/2003 (tzv. konvergenční doložce).

Ta přitom zcela jednoznačně hovoří o přípustnosti přijmout přísnější pravidla jen ve prospěch *závislých* podniků. ZVTS přitom tento pojem neobsahuje a ekonomickou závislost nahrazuje domněnkou významné tržní síly na základě absolutní obrátové hranice; domněnku významné tržní síly (odběratele) přitom v podstatě chápe v rámci tzv. objektivní koncepce

¹¹⁷⁵ Problém je ovšem, když se výklady různí, protičeří si a dynamicky se posouvají.

jako domněnku ekonomické závislosti *všech* dodavatelů na onom držiteli významné tržní síly. To ovšem popírá samotnou podstatu ekonomické závislosti jakožto navýsost konkrétního a subjektivě specifického vztahu podmíněného řadou zcela konkrétních souvislostí.

Ztotožňují se s názorem, že ZVTS administrativně zasahuje i do obsahu svobodně uzavřených smluv mezi podnikateli na sobě *nezávislými*. Takové subjekty by se například nemohly dohodnout na tom, že dodavatel odběrateli přispěje ve významnějším rozsahu na marketing, obchodní propagaci, nákupu anebo investice, ač by si to sám přál a tyto služby si u odběratele objednal. To je dohoda, která může spadat pod článek 101 SFEU a zároveň bude v takovém případě pravidelně splňovat podmínky výjimky čl. 101 odst. 3 SFEU.

V podobných případech se ZVTS vměšuje do dohod, které mohou ovlivňovat obchod mezi členskými státy a přitom buď neomezují soutěž ve smyslu čl. 101 odst. 1 SFEU vůbec, nebo jsou vyňaty ze zákazu podle čl. 101 odst. 3 SFEU. Zároveň by se nejednalo o postihování jednostranného chování podniku.¹¹⁷⁶

9.8 Závěry k antitrustové obraně malých a středních podnikatelů proti zneužití tržní moci

Dohody omezující soutěž nejsou možným východiskem a koordinovanou legální obranou malých a středních podnikatelů proti postupu silnější tržní protistrany, ať už ta má nebo nezaujímá dominantní postavení. *Kartelizace není principiálně přípustná* ani proti zneužití dominance, natož pak subdominance.

Vymezení věcné působnosti veřejnoprávního předpisu si zaslouží přesné vymezení a odpovídající formu. Takovou formou není „*soft law*“ formulované navíc v podobě právních domněnek. Metodiky nejsou všeobecně závazné a nezavazují např. soudy. Takto stanovené limity druhu kartelové dohody (formálně tzv. *hardcore* kartely), pokud tyto dohody nemají větší než zanedbatelný dopad na hospodářskou soutěž, by neměly „opravovat“ standard škodlivosti kartelu pro hospodářskou soutěž, který stanovil zákon.

¹¹⁷⁶ Srov. Důvodovou zprávu k návrhu na zrušení zákona č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití, s. 9. Dostupné na: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?0=7 & CT=4788 & CT1=0>.

Pokud se flexibilně (v podobě metodiky) vymezí působnost zákona a navíc se připustí možnost rezignovat na projednání věci z kapacitních důvodů (tzv. prioritizace), vzniká nepřehledná situace „principu“ oportunity a právní nejistoty, jakož i možného diskriminačního zacházení s účastníky. Rozhodování či nečinnost úřadu se může politizovat a podléhat i jiným vlivům.¹¹⁷⁷

Tradiční rozlišování protisoutěžních deliktů na cílové (objektové) a výsledkové (dopadové) podléhá v současnosti na evropské úrovni judikatorní revizi a nejistotě. Nemělo by vést pod heslem právní jistoty a jednoduššího rozhodování k formalistickému rozhodování nerespektujícím celkový ekonomický a právní kontext a konkrétní podmínky na trzích. Důraz na pouhá slova by mohl vést k zákazům jednání neškodícího soutěži a k trpění jednání škodlivého, což je typický projev nadregulace (*overregulation*). Takto pojatá interpretace práva se podobá spíše ideologii nebo náboženství.

¹¹⁷⁷ Výmluvná je Zpráva Evropské soutěžní síť o situaci v sektoru potravinářství - ECN Subgroup Food - Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector (2004-2011), May 2012, dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf. Z bodů 3 - 13 zprávy (*Summary*) vyplývá normální struktura (rozložení) antitrustových dekretů vyšetřovaných evropskými národními antitrustovými úřady bez jakékoli známky či pozornosti jevu asymetrické vyjednávací síly.

Z bodu 18 vyplývá mj, že cenový vývoj v odvětví je pod vlivem mnoha činitelů mimo protisoutěžního chování, zejména vlivů strukturálních a cyklických.

Body 25 a 26 uzavírají, že existují v několika zemích smluvní omezení možnosti odchodu nezávislých maloobchodních sítí nebo jejich změny. Zjistila se existence jistých obchodních praktik spjatých s nerovnováhou vyjednávací síly, které někteří zainteresovaní účastníci pokládali za nepoctivé. Bez ohledu na úroveň řetězce to bylo nejčastěji ve vztahu dodavatelů a odběratelů. Nicméně se národní soutěžní úřady shodly na tom, že většina těchto praktik nespadá pod soutěžní pravidla na úrovni EU a ani na úrovni jednotlivých států. Několik národních soutěžních úřadů navrhlo alternativní přístupy k řešení, jako aplikaci práva proti nekalé soutěži nebo přijetí kodexů chování s účinným mechanismem jejich vynucování. Několik úřadů vyjádřilo *obavy* z potenciálního dlouhodobého potenciálního dopadu těchto praktik na soutěž, spotřebitelský blahobyt, inovace, investice a možnosti spotřebitelského výběru. Ty se ovšem podle citované studie (*The Economic Impact on Modern Retail on Choice and Innovation in the EU Food Sector* z roku 2014) nepotvrdily.

10 CELKOVÉ ZÁVĚRY

Vzhledem k metodě práce, spočívající především v kombinaci pohledů na centrální oblast výzkumného tématu z různých hledisek (včetně i těch velmi obecných a zdánlivě odlehlých), lze i závěry práce rozdělit do dvou skupin.

První soubor závěrů představují *obecnější* zjištění, komentáře a hodnocení, jejichž význam poněkud přesahuje úzce vymezené téma ochrany slabších dodavatelů před jejich silnějšími maloobchodními distributory.

Promyšlení těchto obecnějších právně teoretických i právně (resp. morálně) filozofických otázek bylo nezbytným východiskem k serióznímu zkoumání jejich projevů v konkrétní oblasti uskutečňování práva. Bez tohoto kroku by hrozilo riziko, že moje úvahy sklouznou k pragmatickým a účelovým argumentům vázaným na konkrétní dobu a ekonomické prostředí, bez zvážení jejich širších souvislostí.

Ani přes svoji dlouholetou snahu jsem nepochybně do řady souvislostí nepronikl a nepochybují, že onen širší kontext by býval samozřejmě mohl být ještě rozsáhlejší a především hlubší.

Tyto závěry se týkají:

- vztahu smluvní svobody a ochrany slabší strany;
- vztahu zásady rovnosti stran a zákazu diskriminace;
- statusově neutrální nebo statusově podmíněné definice slabší strany a s ní spojeného standardu ochrany slabšího;
- odůvodněnosti a důsledků pozitivní ochranné diskriminace tzv. malých a středních podnikatelů;
- obecné soukromoprávní ochrany statusově neutrální slabší strany a jejího vztahu ke zvláštním druhům ochrany;
- vztahu tržní moci a vyjednávací síly;
- diferenciací monopsonu, kupní síly a ekonomické závislosti;
- rozboru druhů a dopadů informační a mocenské asymetrie ve dvoustranném obchodním vztahu;
- obsahové a procedurální kontroly správnosti obchodních smluv;

- nekalých obchodních praktik mezi podnikateli jakožto formy zneužití vyjednávací moci;
- etických autoregulačních standardů coby formy konsenzuálního řešení zájmového konfliktu bez nebezpečí plynoucích z nadbytečné regulace;
- obchodních podmínek jakožto soukromoprávního nástroje kvazinormativního řešení konfliktních obchodních zájmů stran, včetně řešení rozporů tzv. standardních smluvních forem;
- možností ochrany slabší strany s pomocí úpravy adhezní kontraktace;
- souběhu obecných veřejnoprávních možností ochrany slabšího kontrahenta a obecných možností soukromoprávních.

Závěryk těmto okruhům a příslušná doporučení z nich vyplývající mohou být použity (přínejmenším snad jako negativní reference) v obecnějších interpretačních úvahách *de lege lata* i jako jeden z námětů k úvahám *de lege ferenda*. Neomezují se ani jen na právo soukromé, ani jen na právo veřejné. Jejich neskromnou ambicí je pouze obohatit odbornou diskusi a ev. i vstoupit do hodnotové úvahy soudců a správních úředníků při interpretaci právních norem.

Druhá skupina konkrétnějších závěrů směřuje k aktuálně velmi diskutovanému problému asymetrických smluvních vztahů vyskytujících se zejména v *maloobchodním potravinářském sektoru* a spojených s tvrzeným zneužíváním silnější vyjednávací pozice ze strany potravinářských obchodních řetězců.

Hledal jsem a pokoušel se najít především odpověď na otázku, zda evidentní mocenská a vyjednávací asymetrie mezi některými účastníky dodavatelského potravinářského řetězce, která ovšem není ani zdaleka relevantní z hlediska práva na ochranu hospodářské soutěže (neboť obchodní řetězce mají tržní postavení velmi vzdálené dominanci), vyžaduje vůbec nějaké zvláštní „řešení“, a pokud ano, jakými právními prostředky.

Tato skupina závěrů zahrnuje:

- zhodnocení ekonomické podstaty a srovnání mezinárodního kontextu úpravy tzv. významné vyjednávací (tržní) síly;
- detailní kritický rozbor platné české právní úpravy zákazu zneužití tzv. významné tržní síly, včetně poslední novely zákonem č. 50/2016 Sb;

- posouzení možností ochrany dodavatelů potravin jakožto tzv. malých a středních podniků (konkretizace předchozích úvah o obecné ochraně malých a středních podniků);
- rozbor vztahů mezi úpravou ochrany hospodářské soutěže a úpravou zneužití tzv. významné tržní síly včetně návrhů na jejich řešení;
- hodnocení možností souběhu zneužití dominantního postavení na relevantním trhu podle ZOHS a zneužití tzv. významné tržní síly podle ZVTS;
- stanovisko k možnosti „sebeobrané kartelizace“ malých dodavatelů potravin;
- hodnocení regulace kartelů „*de minimis*“ pomocí metodických sdělení.

Pouhé soustředění závěrů bez kontextu úvah k nim vedoucích a bez odkazů na myšlenkové zázemí, z něhož tyto úvahy vycházely, může působit ještě nekonzistentněji, nežli při souvislém čtení textu.¹¹⁷⁸ Přesto se tohoto kvazipřehlednění a megazjednodušení dopustím nesystematickým výběrem některých obecnějších závěrů a doporučení:

- Umělá kontrapozice zásady rovnosti a autonomie vůle (resp. ochrany slabší strany) není metodicky účelná a ani hodnotově opodstatněná.
- Ochrana slabšího smluvního partnera–podnikatele (jeho skutečné autonomie vůle nezdeformované extrémně nevýhodnou vyjednávací pozicí) zůstává spíše výjimkou z principu rovnosti a potvrzením principu autonomie vůle mezi stranami s podstatně odlišnou vyjednávací silou, nežli nosným samostatným principem.
- Ochrana slabší strany je jen druh ideologie protichůdné k individualistické ideologii „přežití nejsilnějších“. Ideologie ochrany slabšího není z obecného hlediska o nic horší nebo lepší nežli ideologie přežití nejzdatnějších. Hodnotící znaménko může přidávat jen jiná ideologie, resp. hodnotová soustava.
- Ochrana „slabšího“ v závislosti pouze na jeho formálním statusu je formou ochrany skupinových práv porušujících práva ostatních; platí to zejména pro malé a střední podnikatele.
- I za cenu menší předvídatelnosti je efektivnější diferencovaný přístup, který chrání skutečně slabší stranu.

¹¹⁷⁸ Toto riziko podstupuje ovšem vědomě případný čtenář, který nemůže nebo nechce číst tuto studii podrobněji. Proto se především pro něj pokusím určitě závěry soustředit, neboť není tak úplně vyloučeno, že by jej motivovaly k cestě mezi řádky hlavního textu...

- Obecná ochrana slabší strany (byť podnikatele) před silnější stranou v podobě podnikatele je fundovaným přáním zákonodárce, které bude vymahatelné jen ve zcela excesivních situacích porušení obchodní poctivosti.
- Řada paternalistických opatření se snaží o „prevenci“ zneužití smluvní asymetrie a nespolehá se na následné řešení důsledků. Úsilí o preventivní vyvažování rozdílných vyjednávacích pozic stran je akceptovatelné pouze v případech, že se jimi chrání nějaká významná společenská hodnota, a nikoliv jen zájem jedné ze stran.
- Nerovnost stran obchodního vztahu je zcela přirozená a není nic nezákonného na tom, když se tato nerovnost projeví ve smlouvě mezi nimi uzavřené.
- Poctivost či nepoctivost dělby zisku podléhá hodnotovým měřítkům - přednost by měla dostat tržně konformní hlediska spravedlnosti komutativní před hledisky spravedlnosti distributivní vnášenými zvnějšku smluvního vztahu.
- Ve vztazích mezi drobnými dodavateli a velkými odběrateli - na rozdíl od jednostranně obchodních smluv spotřebitelských - nehraje informační asymetrie systémově žádnou roli spolutvůrce vyšší vyjednávací síly na straně kupujících nebo ekonomické závislosti prodávajících na kupujících.
- Vyvažovací kupní síla je požehnáním zvyšujícím soutěž na straně nabídky, ale i prokletím, pokud by eliminovala prodejní sílu způsobilou zefektivnit soutěž na straně poptávky.
- Nevyvážený smluvní vztah formuje mnohem více relativní ekonomická závislost nežli vyjednávací síla.
- Role antitrustového práva nespočívá v regulaci asymetrických vyjednávacích pozic profesionálních obchodníků a v paternalistické apriorní ochraně jedné z nich.
- Významná mocenská asymetrie mezi podnikateli by měla být předmětem regulace jen v případě, že ohrožuje fungování soutěže jakožto instituce a společenského statku.
- Rozvoj obchodních řetězců je jedním z projevů autonomního civilizačního samopohybu, na nějž se konzumní společnost již adaptovala. Pokud přináší spotřebitelům výhody a ti již preferují nový způsob prodeje, malí a střední dodavatelé se musejí tomuto trendu prodeje přizpůsobit.

- I při obsahové kontrole tzv. správnosti smluv se jedná především o zájmové konflikty a vyvažování zájmových skupin spotřebitelů, malých a středních dodavatelů a maloobchodních řetězců.
- Rozdíl mezi využitím a zneužitím v právu je rozdílem kvalitativního hodnocení, a je dán především vymezením kritérií hodnocení a míry diskrece při jejich aplikaci, jakož i hodnotovým nastavením hodnotitele a situačním a dobovým kontextem.
- Tendence zasahovat masivněji do obsahu smluvních vztahů i v případě, že nebyla narušena procedurální spravedlnost a korektnost vyjednávání, je popíráním smluvní svobody a autonomie vůle stran.
- Obchodní vztah je vždy vztahem, kdy jeden druhého vždy o něco připraví, a něco získá; jen extrémní hodnotová neekvivalence plnění a protiplnění spojená s porušením smluvní svobody znemožňujícím tržní autokorekci opravňuje vnější zásah do svobody smlouvy. Opačný přístup znamená rezignovat na tržní autoregulaci využíváním svobody smlouvy a vlastnických práv, vnější „přidělování“ spravedlnosti a subordinaci vůči externímu distributorovi spravedlnosti.
- Snaha zabezpečovat poctivost a přiměřenost obchodních podmínek ve vztazích mezi podnikateli centrálně, mimosektorově a celoevropsky je jakožto druh nadbytečné regulace velmi sporná, na rozdíl od sjednocení náhledu na nekalé obchodní praktiky ve vztahu ke spotřebitelům.
- Princip svobody, na němž spočívá tržní ekonomika, se nemůže prosadit bez stejně důležitého principu poctivosti; oba se navzájem funkčně podmiňují. Poctivost zajišťuje funkčnost soutěže podle skutečných kvalit a neomezuje svobodu, leda tak svobodu silnějšího bez korektivu, čili diktát. Poctivost může v jistém smyslu působit jako překážka vstupu na trh, ovšem jen pokud se na trhu deklarovaná pravidla poctivosti také reálně prosazují.
- Vhodným soukromoprávním korektivním nástrojem nerovnováhy mezi stranami specializovanou metodou ochrany slabší strany v asymetrických jednáních mezi obchodními řetězci a jejich dodavateli mohou být obchodní podmínky coby nepřímá smluvní ujednání a využití obecných pravidel pro adhezní kontraktaci. Adhezita kontraktace není nutně spojena s předpokladem smluvní asymetrie.

- Obchodní vztahy jsou sice v zásadě vzájemně výhodné, pro jednu stranu však často více. Boj o výhodu je podstatou obchodu a nelze jej nivelizovat a typizovat bez rizika ochromení tržních mechanismů. To by také mohlo skončit plánováním a vynucováním povolené míry zisku.
- Použití obecné veřejnoprávní úpravy zákazu zneužití hospodářského postavení k nepřiměřenému majetkovému prospěchu podle zákona o cenách je ve vztazích mezi obchodními řetězci a dodavateli potravin pouze hypotetické.
- Ekonomicky nejvhodnější řešení smluvní asymetrie spočívá ve zkoumání a nápravě důsledků „ekonomické závislosti“ jakožto konkrétního relativního vztahu, který však není předurčen ani sektorově (potravinářství a zemědělství), ani strukturálně (omezení jen na dodavatele), ani absolutními údaji o obratu či relativními údaji o tržním podílu.
- Tvrdé vyjednávání, při němž dodavatel potravin přesto setrvává u svého odběratele, může v řadě případů dodavatele donutit k vlastním inovacím a zostřit tak soutěž na straně nabídky více než demotivační „bezpečné polštáře“ veřejnoprávně garantovaných obchodních podmínek.
- Rozdílnost přístupů jednotlivých zemí k úpravě různě nazývané disproporční vyjednávací síly má řadu důvodů. Kromě politických poměrů je jeden faktor společný všem, a to *protichůdnost právně politických cílů* jednotlivých úprav. Není možné současně a ve stejné míře sledovat (spotřebitelsky a voličsky atraktivní) cíl mít v obchodech kvalitní zboží za nízké a stabilní ceny a navíc s inovacemi v sortimentu, dále pak (rovněž politicky významný) cíl zajistit zemědělcům a potravinářským podnikům dostatečně ziskové ceny za prodej jejich produktů, a k tomu ještě mít na trhu ostrou selekční a eliminační soutěž. Tyto cíle se v určitém poměru mohou jen vyvažovat, a deabsolutizovat, tedy deformovat. Míra a poměr těchto deformací je otázkou politického a hodnotového (ideologického) konsensu.
- ZVTS zůstal i po novelizaci v r. 2016 zaměřen jednostranně na stranu poptávky a neupravil navzdory legislativnímu záměru zákaz zneužití významné (byť subdominantní tržní síly) na straně nabídky. Vytvořil *de facto* kategorii „kvalifikovaných subdominantů“ podřízených zvláštní substantivní i procedurální kontrole smluv uzavíraných

s dodavateli (často mnohem většími a ekonomicky silnějšími) bez ohledu na to, že poptávková strana maloobchodního trhu s potravinami svojí nízkou koncentrací takové řešení vůbec nevyžadovala.

- Ochrannářské právní normy v podnikatelském styku by se měly používat jako výjimka a kompenzace v situacích vyžadujících nápravu hrubé nerovnováhy a nespravedlnosti. To je ovšem v rozporu s formalistickou statusovou definicí subjektu s tzv. významnou tržní silou v českém ZVTS.
- I požadavek na „právo být efektivní“ se musí v tržní ekonomice pokládat za spravedlivý. Podnikání se nedá redukovat a instrumentalizovat na zajišťování kvalitní laciné produkce a služeb pro zákazníky a spotřebitele.
- Podpůrné obrátové kritérium významné tržní síly u odběratele podle ZVTS sice vyřazuje z kategorie malých a středních podnikatelů velké řetězce, což však znamená jen to, že nespĺňují podmínky pro veřejnou podporu, které jejich menší partneři naopak splňují, ale v podstatě nic jiného. Zákon o podpoře malého a středního podnikání systémovou ochranu malým a středním podnikatelům neposkytuje ani v případech, kdy tvrzené zneužití významné tržní síly odběrateli omezuje dodavatelům prostředky na investice a rozvoj.
- Vyjednávací síla uplatňovaná mezi subdominanty je zásadně dvoustrannou záležitostí mezi stranami, a nikoliv věcí veřejného zájmu. Neovlivňuje soutěž ani v případě, že by byla uplatněna velmi tvrdě.
- Nekonzistentnost úpravy zneužití významné tržní síly neznámá, že by úprava neměla žádné opodstatnění a ospravedlnění, zejména pokud možnosti soukromoprávní korekce důsledků výrazné smluvní nerovnováhy jsou spíše jen teoretické a neuplatňují se.
- Závislost dodavatele na odběrateli nemá původ jen v chování odběratele. Riziko dodavatele z podnikání by z něj proto neměl snímat na svoje náklady na náklady konečného spotřebitele odběratel jen proto, že patří do zvlášť „oborově diskriminované“ skupiny odběratelů potravin s jistým obrátem.
- Měla by se zkoumat skutečná závislost v každém jednotlivém konkrétním vztahu a její zneužití, byť to je složitější než paušální presumpce podle jednoduchého a hrubého obrátového kritéria.

- Řada skutkových podstat zneužití významné tržní síly podle platného ZVTS je formulována velmi široce a umožňuje ekonomicky neodůvodněné a někdy přímo oboustranně škodlivé zásahy veřejné moci do obchodních vztahů. K tomu, aby dostály takto delikátní a obtížné podobné intervenční moci do obsahové správnosti smluv, jsou vyba-veny snad soudy, ale sotva orgány státní správy. Je nutný restriktivní výklad těchto skutkových podstat a ekonomický přístup k nim. Formalistická aplikace řady skutkových podstat by nebyla ani spravedlivá (právně a morálně), ani efektivní (ekonomicky) a ani účelná (politicky).
- Tzv. absolutní pojetí významné tržní síly na rozdíl od relativní ekonomické závislosti vychází z neadekvátního myšlenkového vzorce monopsonie namísto vzorce chování v konkrétním kontextu a vede k ochraně (zisku) jednotlivého soutěžitele nebo jejich skupiny, a nikoliv k ochraně soutěže jako veřejného statku.
- Změna stávající koncepce tzv. absolutní významné tržní síly na koncepci relativní ekonomické závislosti, která se uplatňuje ve vyspělých tržních ekonomikách, by odstranila většinu rizik nadbytečné regulace (*overregulation*).
- Zneužití dominantního postavení a zneužití tzv. významné tržní síly se mohou hypoteticky ocitnout v souběhu. Podle principu *ne bis in idem* nebude moci být dominant zneuživší svoje postavení potrestán podle ZVTS, byť by svým jednáním přesně naplnil některou z jeho skutkových podstat.
- Některé praktiky obchodních řetězců mají nepochybně vykořisťovatel-ský charakter. Užší geografické vymezení relevantního trhu spojené s užším vymezením věcně relevantního trhu by umožnilo postihovat některé excesivně zneužitelské praktiky jako zneužití dominantního postavení na takto vymezeném trhu, pokud by ono jednání na tomto relevantním trhu ohrožovalo, zkracovalo, vylučovalo nebo jinak narušovalo hospodářskou soutěž.
- Vymezení relevantního trhu by mělo věrně odrážet časový a teritoriální souběh nabídky po stejném nebo zastupitelném zboží, a to nikoliv teoreticky, ale podle reality.

- Předcházení koncentraci trhu na straně poptávky se v našich podmínkách nedá postulovat jako aktuální soutěžně politický cíl. Český maloobchodní potravinářský trh je konkurenční a dekoncentrovaný. Koncentrace mnohdy přináší výrazné ekonomické výhody nejen pro spojující se soutěžitele, ale i pro spotřebitele a někdy může být i prosoutěžní a může podporovat inovace.
- Pro specifické postavení kategorie malých a středních podniků (resp. podnikatelů) v oblasti práva na ochranu hospodářské soutěže se většinou neshledává rozumný důvod a neposkytují se jim „bezpečné přístavy“, které by zlepšovaly jejich pozici oproti „všeobecnému soutěžiteli“.
- *Soft law* by nemělo „upřesňovat“ hranice zanedbatelnosti (bagatelity) kartelových dohod; ty by měly být definovány přímo zákonem.
- Tradiční rozlišování protisoutěžních deliktů na cílové (objektové) a výsledkové (dopadové) je poněkud akademické a didaktické. Za cenu vyšší právní jistoty, jednoduššího a „lacinějšího“ správního řízení a větší předvídatelnosti výsledku pro účastníky se jím může jako vedlejšího výsledku dosáhnout ryzího formalismu a rozporu se zdravým rozumem.
- Zákaz sebeobraných tvrdých kartelů na straně prodejců potravin není právně dostatečně podložen, pokud by šlo o kartel se zanedbatelným dopadem na hospodářskou soutěž. Nebagatelní sebeobrané tvrdé kartely by nesplnily podmínky zákonné výjimky.
- Pragmaticky a oportunisticky lze problém cílené kartelizace malých proti větším řešit soutěžně politicky cestou tzv. prioritizace (rezignace na projednání), podmínky jejíž přípustnosti jsou velmi flexibilní a v právním státě pochybné z hlediska právní jistoty, předvídatelnosti a požadavků řádné správy.

Závěrem lze zobecnit, že koncept postihu zneužití vyjednávací síly mezi podnikateli, který lze ztotožnit s ochranou tzv. slabšího, trpí obecně (tedy bez ohledu na vlastní dodatečné problémy koncepční zmatečnosti platné české úpravy) neurčitostí a nevyjasněností vztahu k ochraně dobrých mravů a (obecné či obchodní) poctivosti. Otevírá cestu k vytváření dvou kategorií dvoustranných obchodních smluv—s neakceptovatelnou mocenskou nerovnováhou a s nerovnováhou akceptovatelnou.

Právně relevantní hranice nerovnováhy mezi obchodními partnery je neurčitá a není důvodu se domnívat, že by se oproti dřívější a stávající praxi jen díky jednomu všeobecnému ustanovení zákona a několika výskytům slova „slabší strana“ v soudní praxi měnila. Spíše se dá očekávat, že deklarované cíle se dosáhnou tradičně jinými prostředky (zákaz rozporu s dobrými mravy, ev. modifikovanými jako zásady poctivého obchodního styku; zákaz zneužití práva; zákaz nekalé soutěže, nekalých obchodních praktik, určitých nepoctivých smluvních ujednání...).

Na smlouvě mezi podnikateli, odrážející výhodnější vyjednávací sílu jedné ze stran, zásadně není pojmově nic závadného. Vyjednávací síla (stejně jako slabost) není měřitelná a kvantifikovatelná a hodnotí se *ex post*. Je problém určit, kdy malé rozdíly v ní ještě nevadí, ale větší už ano. Lehká a disciplinující a soutěžně motivační nerovnováha by se tak mohla lehce proměnit v odíózní „jednostrannost.“

Kvůli ochraně tzv. slabšího podnikatele by se neměl silnější partner nutit do snahy o uzavření smlouvy, která neslouží jeho zájmům. *Rozdíl v tzv. „speciální odpovědnosti“* dominanta se v rámci veřejnoprávní ochrany hospodářské soutěže judikatorně uznává, ale *neměl by se rozšiřovat na subdominanty*.

Výrazně silnější - a z hlediska tržní moci *subdominantní - smluvní partner* by při respektu k veřejnoprávnímu rámci zákazu zneužití dominance neměl *rezignovat na dosažení výsledku pro sebe co nejvýhodnějšího* a neměl by být nástroji tzv. ochrany slabšího nucen do smlouvy s obsahem pro něj nežádoucím. Rubem toho je ovšem uplatňování zásady „*take it or leave it*“ vůči slabšímu.

Slabost není v podnikání zásluha hodná ochrany, probíhá-li mezi podnikateli férová soutěž. Ochrana tzv. slabšího podnikatele by se neměla zvrátit v *postih vyjednávací síly* a neměla by zastírat politické (redistribuční) cíle.

Před generální klauzulí ochrany slabšího je z hlediska předvídatelné a jasné právní úpravy *vhodnější jasně formulovat zakázaná ujednání a vyjednávací praktiky potenciálně a velmi pravděpodobně spojené se zneužitím vyjednávací síly*. To ovšem předpokládá identifikovat skutečnou vyjednávací sílu založenou na ekonomické

závislosti druhé strany, a nikoliv na arbitrárních a snadno měřitelných¹¹⁷⁹ paušálních kritériích. V opačném případě se dává příliš mnoho prostoru soudnímu uvážení.¹¹⁸⁰

Je imanentní vlastností práva, že je konfrontováno s ideologií ve smyslu hodnot a představ o tom, jak by „věci“ měly fungovat. Na tom jakožto na přirozenosti není nic špatného. Bezhodnotová není ostatně ani ekonomie, jež je kromě ekonomické teorie též spoluutvářena ideologií.

Představy smluvních stran o „spravedlnosti“ se samozřejmě liší mj. v závislosti na sledovaných zájmech. Ve prospěch svých zájmů by zpravidla leckdo bez námitek přivítal podpůrnou právní intervenci, jejíž paralelu na opačné straně by však pokládal za nespravedlivou, ovšem na rozdíl od nějaké jiné „vhodné“ intervence, která by prosazování zájmů protistrany omezila či ztížila.¹¹⁸¹

Někdo přitom pokládá za důležitější soutěž a rovnost šancí, jiný zase ochranu slabšího před tržními riziky. Na kvalifikaci a odborném zaměření to nezáleží. Jde tedy o hodnotové a ideologické spory, které se řeší vposledku politicky. Volání po čestně přiznané ideologické diskusi a po soutěži ideologických vizí namísto kvaziekonomických disputací, jež jsou jen zástěrkou a zástupným kolbištěm politických idejí,¹¹⁸² většinou zůstanou nevslyšena.

¹¹⁷⁹ Nevhodné používání a preference kvantifikovatelných údajů je předmětem skepticko–cynických bonmotů – tak tzv. „Mac Namarův omyl“ je popsán takto: prvním krokem je změřit vše, co lze změřit snadno. Pokud to jde, je to v pořádku. Druhým krokem je nedbát na to, co se změřit nedá, nebo tomu přisoudit libovolnou kvantitativní hodnotu. To je umělé nebo zavádějící. Třetím krokem je předpokládat, že to, co se nedá snadno změřit, není ve skutečnosti příliš důležité. To je slepota. Čtvrtým krokem je konstatovat, že to, co se nedá snadno změřit, ve skutečnosti ani neexistuje. To je sebevražda (cit. podle DAVIDSON, K.M. *GPRa and the street light effect: counting enforcement actions affects how the FTC's Bureau of Competition will enforce its competition mission. American Antitrust Institute*, 2007. Dostupné na: http://www.antitrustinstitute.org/files/aai-%20Davidson,%20GPRa%20and%20BC's%20Mission%203-12-07_031220071616.pdf).

Obávám se obecnější působnosti psychologického bludu, kvůli němuž měřitelnost čehokoliv neúměrně zvyšuje důležitost a váhu měřeného ve srovnání s tím, co se změřit (kvantifikovat) nedá (typicky dlouhodobé kvalitativní dopady řady rozhodnutí).

¹¹⁸⁰ K podobným závěrům dospěli i HELVESTON; JACOBS, op. cit.

¹¹⁸¹ Podle přísloví, že každý má rád spravedlnost; zejména však, když jde o jiné.

¹¹⁸² Tak LAO, op. cit., s. 685.

Realističtější a v praxi častější je totiž cynický názor, že diskuse končí tam, kde se předmětem sporu stanou hodnoty;¹¹⁸³ tam pak nastupuje síla.

Soutěžní politika a soutěžní právo vždy usilovaly o podporu mravní hodnoty poctivé soutěže a s ní spojených ekonomických příležitostí a individuální autonomie, jakož i o rozptýlení ekonomické moci.¹¹⁸⁴ Soutěž představuje ostatně prvořadý nástroj a systém decentralizované ekonomické síly a ekonomické svobody.¹¹⁸⁵

Je poněkud paradoxní pohled na zesilující celosvětovou *koncentraci* tržně již tak dominantních subjektů (včetně rostoucí koncentrace v naší ekonomice)¹¹⁸⁶ a na až rezignovaný přístup soutěžních úřadů k tomuto trendu, pokud jej na druhé straně srovnáme s jejich snahou mocensky intervenovat do *obsahu* vztahů mezi obchodními partnery. Tržní síla takto „poctěných“ podnikatelů je přitom hluboko pod hranicí, která antitrustové orgány normálně vůbec zajímá, ať už z hlediska zneužití tržní moci nebo potenciálních koncentrací.

Invazivní a masivní ingerence do podlimitních vztahů mezi profesionály by přitom mohla významně ohrožovat funkční hospodářskou soutěž a její alokativní a dynamickou efektivnost.

Široce pojaté zásahy umožněné platnou právní úpravou tzv. významné tržní síly by mohly vést až k podrývání makroekonomických a celospolečenských cílů antitrustu (tvrdé funkční soutěže prospívající spotřebitelskému a celkovému blahobytu) výměnou za ochranu parciálních zájmů určité funkčně¹¹⁸⁷ a sektorově¹¹⁸⁸ vymezené skupiny. Cenou za tento ústupek by mohlo být nejen narušení soutěže, ale i zvnější deformace soukromoprávní autonomie a s ní spojeného svobodného stýkání a potýkání v zásadě souřadných obchodních zájmů.

¹¹⁸³ BECKER, op. cit. Ještě přímočařejší je ukrajinské přísloví „kde vlaje prapor, je rozum v troubě“.

¹¹⁸⁴ Srov. STUCKE, M. E. Should Competition Policy Promote Happiness? *Fordham Law Review*. 2013, vol. 81, no. 5, s. 2637.

¹¹⁸⁵ ADAMS, W.; BROCK, J.W. *The Bigness Complex: Industry, Labor, and Government in the American Economy*. 2nd Ed., Stanford University Press, 2004, s. 98.

¹¹⁸⁶ Podrobnější komentář BEJČEK, 2010, op. cit., zejm. s. 352 a násl.

¹¹⁸⁷ Ochrana subjektů působících pouze na nabídkové straně trhu.

¹¹⁸⁸ Jde pouze o dodavatele potravin (resp. poskytovatele služeb spojených s jejich distribucí).

Okolnost, že takto protichůdné cíle se mají naplňovat pod střechou jednoho úřadu, poskytuje institucionalizovanou naději, že onen hlavní cíl antitrustového úřadu, podle něhož nese i svůj název,¹¹⁸⁹ ve svém vůdčím postavení setrvá. Vyžaduje to velmi zdrženlivé, restriktivní a ekonomicky fundované využívání možnosti zásahů do obsahu obchodních smluv, kterou zákon Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže svěřil.

Hlavní poslání spočívající v ochraně hospodářské soutěže by nemělo být kontaminováno ochranou preferovaných soutěžitelů a dohledem nad „úředně schválenou poctivostí“ v jejich soukromých obchodních vztazích. Jinak bychom měli přiznat, že stát rozšiřuje svůj mandát a hospodaří „na cizím“ a na cizí náklady (na úkor obchodníků a spotřebitelů).

¹¹⁸⁹ Věřím, že se nestane, aby se název „Úřad pro ochranu hospodářské soutěže“ fakticky vnímal jen včetně „poznámky pod čarou“, objasňující, že soutěž se sice v zásadě chrání, ale jen v případě, že to není nevýhodné pro dodavatele potravin...

SUMMARY

1.

The phenomenon of “significant market power” has been debated for years. Indeed, while such market power cannot be equated to dominance, it can nevertheless break the “ideal equilibrium” in relationships between business partners. The resulting imbalance is not structural in nature, reflected in the prohibition of abusing dominant position and consumer protection, but rather specific inequality of powers, which may be both used and abused by the stronger party.

This book starts with addressing the eternal problem of freedom of contract and protection of the weaker party in general terms, including analysis of the term “weaker party” itself. Discerning between different types of weakness related to specific subjects to the contractual relation is proposed with special regard to the group of small and medium size entrepreneurs. Terminological issues concerning equality and discrimination, bargaining power and information asymmetry, monopsony and buyer power are elaborately dealt with in several introductory chapters; difference between monopsony and oligopsony market position is analyzed and recommendations to adequate legal response are proposed.

2.

Special attention is devoted to the control of procedural and substantive fairness of commercial contracts (B2B) by means of private law and some possibilities thereof particularly concerning food-retailer-chains are analyzed and commented. Basic legal standards of unfair trade practices are discussed and the efforts of the EU to create one unified standard of protection of a “weaker party”, regardless of the very substance of the weaker party (B2B, B2C) is disapproved; instead, the differentiation of the protective standard is supported.

3.

Numerous studies have been made especially on buying power and it is also not uncommon to adopt or at least contemplate legislative measures in this

respect. Such imbalance of powers appears to be especially alarming in the field of distribution of agricultural and food products, which has become highly concentrated lately due to changing consumer demands and customs, all that to the detriment of farmers and food producers. The well-organised agricultural and food lobby certainly also has certain influence.

4.

Power positions of business partners depend on many hardly quantifiable circumstances (i. a. general economic power, access to information, qualification and professionalism, overlapping of shared interests, risk aversion or risk affection, self-confidence, etc.). Relative disparity between parties may occur even if their economic power is low in absolute terms. There is hardly anything more natural than factual disparity between the parties to a contract as a driving negotiation force. The problem might occur in a case of very extreme asymmetry only.

5.

Two kinds of buying (demand) power may be discerned: both market power (*stricto sensu*) and bargaining power. The former is an explicitly objective term, whereas the latter is a more or less intuitively anticipated term that depends rather on context. Bargaining power on the demand side relates to a particular supplier and it may bring about compensatory effect (countervailing power) as a means against great supply power or against anticompetitive impact of mergers in the upstream market.

Bargaining power (similarly to market power, dominant position or economic dependence) is nothing but a mere potentiality that does not necessarily come true. Public law regulation of the behaviour of undertakings with potentially asymmetric bargaining positions occurs on a “thin ice” because of the vagueness of the criteria of regulatory intervention and due to possible arbitrariness thereof. Possible denying of contract autonomy, of protection of property rights and of market auto-regulation by means of competition are at stake.

6.

The study makes an overview of both private law means available to mitigate or to solve the problem of unbalanced bargaining power, and the public

law means as well. The former include chiefly general civil law protection of the weaker party; protection against unfair contract terms; reasonable and personal status-bound use of standard contracting (business terms) and making use of the rules on adhesion contracts. The latter consist in (recently very narrow) possibility to apply Czech act on prices (prohibiting an abuse of economic position leading to excessive benefit), antitrust legislation against the abuse of dominant position and (quite recently) very controversial protection against the abuse of “significant market power” (yet not dominant position). Substantial following part of the book is devoted just to this issue in many different links.

7.

A thorough critical analysis of the Czech act on significant market power (ASMP) is offered on the background both of an insight into the economic substance of the food distribution area, and of a broad international comparison. Special attention is devoted to the analyses how possibly to protect food suppliers by means of protection of the small and middle size undertakings and, alternatively, by means of antitrust law.

The book and its conclusion go far beyond the narrow area of food distribution peculiarities only and the issue of abuse of bargaining position of the suppliers related therewith. The study tries mainly in the introductory part to express more general results concerning protection of the weaker party, dealing with bargaining disparities and the interplay between private law means and public law interventions.

8.

The simplest way out of addressing these asymmetries is a status-bound approach. Whole groups of the so-called weaker parties are subject to special protectionist legal treatment (like consumers, small- and middle-sized enterprises, suppliers of agriculture and food products, etc.).

Some jurisdictions try to address the problems of the increasing power of distribution chains in the agriculture and food sector (they play a role of gatekeepers that hamper any real business alternative) by creating a new

concept of the so-called significant market power. This kind of power, even if not reaching the threshold of normal (plain) market power, may cause significant imbalance in commercial relations.

It is nevertheless not about a structurally conditioned result but rather about an imbalanced relationship caused by individual conditions of bargaining power. They can be both used and abused by the more powerful party to the agreement. This problem has recently been addressed even at the EU level with special regard to the distribution of agricultural and food products.

9.

Possible anticompetitive impacts of a high demand power (labelled as water-bed effect, foreclosure effect, exclusionary effect, spiral effect, distortion of investment or decrease in quality) are mostly hypothetical negative consequences of demand power. They depend on so many external circumstances that they may only be analyzed in particular cases. They cannot generally be presumed without taking into account similarly hypothetical positive impacts of demand power.

An unbalanced contract relationship is created rather by economic dependence than by bargaining power. Economic dependence is unfortunately a very flexible term without sufficient resistance against arbitrary expansion or shrinking. Economic dependence is usually involved in the abuse of dominant position, too. But distortion of competition in the market and protection of a weaker party do not necessarily correlate.

10.

The formerly promoted and in relative terms devised notion of “economic dependency” does not appear in the ASMP anymore and the Czech anti-trust office has rejected it explicitly. Economic dependency is a specific relative relationship that is pre-determined neither in terms of the sector (food industry and agriculture) nor structurally (limited only to suppliers), or in terms of absolute values of an entity’s turnover or relative values of its market share. A specific relationship-determined economic dependency contributes to the creation of an unbalanced contractual relationship much

more than the bargaining power or demand (buying) power. For this reason, economic dependency should be determined and investigated; however, this is very demanding and difficult in terms of obtaining evidence.

11.

The reluctance to introduce a new kind of regulation without clear boundaries was based mainly on the unreliability of the theoretical basis of economic dependency; it is unclear where it begins and where it ends, which raises doubts about the legitimacy of any measures in this area and leads to a strong tendency to avoid it on the part of the regulatory authorities. Instead, ASMP, whose economic justification is nevertheless no more precise than “economic dependency” had introduced a simple turnover criterion in terms of a rebuttable assumption of the existence of significant market power. The decision of the Office whether or not a buyer wields significant market power is essential; not meeting the turnover limit is not a guarantee of non-intervention and, conversely, excess of the limit does not predetermine that significant market power exists.

12.

There is a more general dispute whether the concept of significant (but still subdominant) market power is to be interpreted in objective or subjective (individual) terms. Individual approach stands for an inquiry of a particular relationship unlike objective concept that relies on legally set criteria of significant market power; meeting these criteria means that the buyer’s power will be assessed as significant towards all commercial relations between him and all of his suppliers (which is the recent Czech approach). This objectivised stance towards significant market power may be labelled as “qualified subdominance”.

13.

Many examples and comparisons of solving this issue are offered in the book both in words and in a clearly arranged tabular way. It is concluded that inequality in regulated industries (and generally in domains where the negatives of excessive disparity between the parties would prevail over its advantages) cannot be removed as a factual category – law is not able to ensure equal bargaining power or even market power; it can only hinder its abuse.

The state tries broadly to intervene into private law relations between business partners without being motivated by the protection of competition. This very rough control of the balance of contracts may be seen as a paternalistic surrogate for natural development; it may harm consumers and discriminate those more efficient suppliers who are able to participate in a successful method of satisfying consumers' needs within distribution chains and to share the participation costs thereof.

14.

There is a broader consensus about the need of regulation that would face up to the somehow always growing aggressiveness of distribution chains. But the role of antitrust laws does not consist in regulating asymmetric bargaining positions and in a paternalistic protection of one of them. Substantial power asymmetry should be subject to public law regulation only if it endangers competition as an institution and a public good. It is as a matter of principle provided by the prohibition of abuse of market power and by the SIEC test in pre-merger assessment.

Unlike market power that is exercised towards competitors or consumers, subdominant demand power or bargaining power is regularly not connected with negative impact on competition or consumer welfare. It may rather intensify and sharpen the competition and to conduce to its "creative destructivity". Advantaged buying terms may be passed on to the consumers in a substantial extent.

15.

Individual excesses may be better settled in a private law way by checking the fairness of contracts rather than in a clumsy public law way based on the abuse of significant (yet subdominant) market power or economic dependence. This public law way is ultimately capable of damaging competition conditions and consumers as well. Regulation of significant (yet subdominant) market power may work as a guise masking the real goal – namely the group protection of suppliers of agricultural and food products against their purchasers, regardless of the fact that the buyers do not have any market power in terms of antitrust law. Therefore, this tends to form external protection of group- (interest-) defined justice.

16.

Similar laws create in fact a category of subdominant competitors without market power *stricto sensu* that does not need to endanger competition in terms of its existence. Despite that they would bear special subdominant public law responsibility but not because of competition but rather because of fairness in their commercial conduct with partners. These laws paradoxically prescribe such sort of behavioural demands to the bearers of significant (yet subdominant) market power that normally are not required even from dominant competitors.

The author does not see the way out in an administrative approach to fairness and justice of contracts but rather in private law means or alternatively in creating actual conditions of equalizing asymmetry between the parties, such as a differentiated approach to mergers on the supply and demand sides or well-founded exemptions from the ban of cooperation among suppliers. Competition policy and competition law are not appropriate for settling private disputes or protecting the parties against the unfair practices of others (even if they have the so-called “significant market power” under the threshold of market dominance) unless such practices really affect the effective competition as such.

17.

From the viewpoint of competition, it is important whether a party may realistically avoid the influence of the stronger party (i.e. a business transaction – if the weaker party exposes itself to such influence, this is considered to be its voluntary decision), or whether the weaker party has to submit to it because of economic or other reasons. There is a further, more exact division into situations where a single individual party is in a weaker power position *vis-à-vis* another individual party, and situations where a party is in a stronger power position *vis-à-vis* a whole group of (all or most) its partners.

While factual inequality is a natural state of affairs, the fiction of equality and correction of inequality through equality of rights represent an artificial

state of affairs. Cases of glaring material inequality preventing or severely hindering the exercise of a right are addressed in private law and also in public law.

Unfair practices or unfair terms and conditions used on the part of the buyer with approximately 10% share of the market can hardly be construed as systematic and existential threat to competition. The ASMP gave up on a proof of any impact on competition whatsoever.

18.

The ASMP did not move away from the concept of significant market power as a sort of “qualified sub-dominance” and rejects the relative concept of economic dependency of a partner in a specific business relationship. Significant market power is supposed to be understood as an objective and non-individualised position of retail chains on the market but not vice versa.

ASMP could also be considered a special regulation in relation to the Civil Code, especially with respect to the general protection of the weaker party supposed it is a food- supplier.

In case of a simultaneous offence under the ASMP and the Civil Code the protection of the weaker party will have two separate lines. Nevertheless, both of them should be applied very cautiously only due to the fundamental importance of contractual freedom.

19.

There is a legal category of sub-dominant entities (lacking market power *stricto sensu*) that does not necessarily have to impede competition in terms of its existence but that will carry a “special public-law-based responsibility”; not because of the competition environment, but for the “fairness” in dealing with partners. The ASMP thus paradoxically imposes requirements (regarding the contents of contractual arrangements) on entities exercising sub-dominant, yet “significant”, market power that are not required even of dominant competitors.

20.

It appears that one cannot expect a uniform approach to controversial practices of retail chains within the EU – currently, there tends to be a reliance

on voluntary self-regulation through various codes of conduct. A mixed approach, i.e. a combination of self-regulation and credible and effective enforcement of law on the part of the regulators, would be ideal.

The tendency to protect the interests of the producers is clear within the European common agricultural policy as a response to the perceived imbalance in the food supply chain. However, the crisis in these relationships is rather often being incited and postulated in contradiction with the reality.

21.

The form and circumstances of distribution of food products have changed profoundly in the past decades. The supply must necessarily adapt to this new structure of demand and the institutionalised form in which it is met by the retail chains. Suppliers interested in participating in bulk sales with large economies of scale and therefore in secure long-term profits cannot expect to receive the same treatment as in circumstances where the buyer is economically dependent on them.

22.

The imperatives of decent behaviour, good morals, fair business conduct and newly also the protection of the weaker party regardless of its entrepreneurial or consumer status can be applied. However, such purely individualised imperatives cannot be applied without evaluation of the specific relationships between specific subjects. The book is critical of the efforts to enforce fairness and appropriateness of business terms and conditions between businesses centrally, non-sectorally and on the European level, and moreover – to “administrate” them rather than to judge them. The solution does not rest in “dispensing decency and fairness” through administrative proceedings, but in enabling the other party on the market to factually (not only formally) attain a stronger position and thus reduce the factual asymmetry.

23.

Public-law instruments should primarily be used to protect competition and consumer for good reasons. The generally weaker parties (including small businesses) should protect themselves by private-law means.

If the structure of the respective food market was different (if the concentration was higher), it would obviously be possible to address it through a greater effect of antitrust regulation—e.g. through a fictitious (artificial) narrowing of the relevant market, which would also artificially increase the distributors' share on it and thus enable the use of rules prohibiting abuse of dominance, including the special responsibility of the dominant entity.

Artificial stipulation of an assumption (or fiction) of dominance with lesser share on the relevant market is also feasible (the implications would be similar). Such experiments would be rather excessive but hardly more than ASMP.

24.

As to the antitrust tool box concerning abuse of bargaining position, the study deals with a specific form in which the competition act might alternatively change its real range and adapt it to the social needs. Nonetheless, this legal area should not be enlarged by means of official decrees or even methodological measures like notices or guidelines. Self-defensive hard core cartels of the weaker parties do not inevitably need to be aimed at anticompetitive result by their very nature, for example in *de minimis* agreements. Rule of reason may be applied by prioritization (not opening the proceeding). Protection of small and middle size undertakings by cartelizing each other against their stronger partners is to be excluded.

25.

The politics and law of competition are not instruments to be used in resolving private disputes of vendors and producers or their unfair competition practices unless they reach an intensity endangering the very existence and functioning of competition.

There is another possibility: simply to confess, that this is not about protecting competition but rather some preferred competitors and about fairness in private relationships. Then, however, we should admit that the State – acting through the antitrust office – exceeds its mandate and “runs somebody else's farm at somebody else's costs”.

LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE

Články, monografie

- ADELMANN, N. *Die Grenzen der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 2008.
- ADLER, R. S.; SILVERSTEIN, E. M. When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations. *5 Harvard Negotiation Law Review*. 2000, vol. 29, no. 1, cit. podle BARNHIZER, D. D. Inequality of Bargaining Power. *Legal Studies Research Paper Series [online]*. Michigan State University College of Law [cit. 12. 10. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com//abstract=570705>
- AGHION, P.; HERMALIN, B. Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency. *Journal of Law, Economics, and Organization*. 1990, vol. 6, no. 2.
- AHDAR, R. Contract Doctrine, Predictability and the Nebulous Exception. *Cambridge Law Journal*. 2014, vol. 73, no. 1.
- AKMAN, P. *The Concept of Abuse in EU Competition Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2012.
- ANONYMUS. Prax ukázala, že neprimerané podmienky v obchodných vzťahoch sa obchádzajú. *Roľnícke noviny*. 16. 7. 2014. Dostupné na: <http://rno.sk/prax-ukazala-ze-neprimerane-podmienky-v-obchodnych-vztahoch-sa-obchadzaju/>
- AREEDA, P.; KAPLOW, I. *Antitrust Analysis*. 5th Ed., Aspen: Law & Business, 1997.
- ARENA, A. Abuse of economic dependence in Italy: Protecting competition or competitors? zatím nepublikovaný příspěvek (draft) na 10th *ASCOLA Conference*, Tokyo 21. 5. – 23. 5. 2015.
- ARMENTANO, D. T. *Proč odstranit protimonopolní zákonodárství*. Praha: Liberální Institut, 2000.
- AYAL, A. The market for bigness: economic power and competition agencies' duty curtail it. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013, no. 2.
- AYAL, A. *Fairness in Antitrust*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

- AYTIAH, P. S. Contract and Fair Exchange. *University of Toronto Law Journal*. 1985, Vol. 35.
- BAER, B. 40th Annual Conference on International Antitrust Law and policy. *Vystoupení na Fordham University School of Law*, 26. 9. 2013.
- BAILEY, D. United Kingdom. In: KĚLLEZI, P.; KILLPATRICK, B.; KOBEL, P. (eds.). *Antitrust for Small and Middle Size Undertakings and Image Protection from Non-Competitors*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2014.
- BAIRD, WEISBERG. Rules, Standards and the battle of the forms. *Va. L. Rev.* 1982.
- BAKER, J. B.; CHEVALIER, J. A. The Competitive Consequences of Most-Favored- Nation Provisions, *Antitrust*, Spring 2013, vol. 20.
- BALAŠTÍKOVÁ, M. Úspěch obchodních řetězců. *Veřejné zakázky* 2015, č. 4.
- BAR-GILL, O. The Behavioral Economics of Consumer Contracts. *Minnesota Law Review*. 2008, vol. 92.
- BARLING, D. Food supply chain governance and public health externalities: upstream policy interventions and the UK state. *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*. 2007, no. 20.
- BARNHIZER, D. D. Inequality of Bargaining Power. *University of Colorado Law Review*. 2004, vol. 76.
- BASEDOW, J. In: *Münchener Kommentar BGB*, § 308, 309. C.H.Beck, 6. A., 2012.
- BATTIGALLI, P.; FUMAGALLI, C.; POLO, M. Buyer power and quality improvements. *Research in Economics*. University of Venice, 2007.
- BEALE, H.; DUGDALE, T. Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies. *2Brit. J. L@Soc'y*. 1975, roč. 45.
- BEALE, H. Inequality of Bargaining Power. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, no. 1, 1986.
- BEALE, H. Unfair Terms in Contracts: Proposals for Reform in the UK. *Journal of Consumer Policy*. 2004.
- BEESTON, S.; JOE, J. J.; LAP, S. The Netherlands. In: KĚLLEZI, P.; KILLPATRICK, B.; KOBEL, P. (eds.). *Antitrust for Small and Middle Size Undertakings and Image Protection from Non-Competitors*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2014.

- BECKER, G. S. *Teorie preferencí*. Praha: Grada Publishing, 1997.
- BEJČEK, J. *Existenční ochrana konkurence*. Brno: Masarykova Univerzita, 1996.
- BEJČEK, J. Existuje smluvní svoboda? *Právník*, 1998, č. 12.
- BEJČEK, J. *Wettbewerbspolitische Theorien und ihre Umgestaltung im Kartellrecht*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1998.
- BEJČEK, J. Obchodní řetězce a právní problémy jejich činnosti. *Obchodní právo*. 2000, č. 1.
- BEJČEK, J. Může být účelem zákona samoučel? *Právní rozhledy*. 2003, č. 11.
- BEJČEK, J. Princip rovnosti a ochrana slabšího. *Právní fórum*. 2004, č. 4.
- BEJČEK, J. Mergers and New Technologies. *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2005, vol. 36, no. 7.
- BEJČEK, J. (ed.). *Regulace, deregulace, autoregulace: sborník příspěvků z V. konference Katedry obchodního práva Masarykovy univerzity pořádané dne 18. prosince 2006*. Brno: Masarykova univerzita, 2007.
- BEJČEK, J. „Privatizace“, veřejného a „publicizace“, soukromého práva, příspěvek na IX. Dies Luby Iurisprudentiae, 2007, Smolenice. In: *Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe / Fundamentale Grundsätze in vereinigten Europa*. Bratislava: Iura Edition, 2008. Dies Luby Iurisprudentiae, no. 9 (cit. BEJČEK, 2008-A).
- BEJČEK, J. K důvodnosti automatického zákazu vertikální cenové fixace. *Právník*. 2008, č. 8.
- BEJČEK, J. Právní význam cenových vybočení (mimořádně vysokých a mimořádně nízkých cen). *Právník*. 2009, č. 6.
- BEJČEK, J. *Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu*. Brno: Masarykova Univerzita, 2010.
- BEJČEK, J. Úprava tzv. významné tržní síly: přirozený krok k ochraně spotřebitele a slabšího nebo „papírový tygr“ (a škudce soutěže a spotřebitele)? *Bulletin advokacie*. 2012, č. 7-8.
- BEJČEK, J. Ochrana spotřebitele, nebo i pokrytecky zastřená ochrana věrolovnosti? *Právní rozhledy*. 2013, č. 13-14.
- BEJČEK, J. Fikce rovnosti nebo „politicky nekorektní“ realita nerovnosti? *Právní rozhledy*. 2013, č. 19.

- BEJČEK, J. Soukromoprávní a veřejnoprávní korekce subjektivní a objektivní vyjednávací síly ve smluvních obchodních vztazích (základní struktura problému). *Obchodní právo*. 2014, č. 7.
- BEJČEK, J. Tržní síla prostá a tzv. tržní síla významná. *Antitrust*. 2014, č. 4.
- BEJČEK, J. Malí a střední podnikatelé jako slabší strana v hospodářském styku? *Obchodněprávní revue*. 2014, č. 11-12.
- BEJČEK, J. Podnikatel jako slabší smluvní strana. In: SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J. (ed.): *Právo. Obchod. Ekonomika*. IV. 1. vyd. Košice: UPJŠ Košice, 2014.
- BEJČEK, J. Nekalé obchodní praktiky mezi podnikateli a smluvní svoboda. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2015, č. 1.
- BEJČEK, J. *Některá úskalí racionality obchodních podmínek*. *Právní rozhledy*. Praha: C.H.Beck, 2015, roč. 2015, č. 18.
- BEJČEK, J. Soukromoprávní ochrana slabšího obchodního partnera. *Bulletin advokacie*. Praha: Česká advokátní komora, 2015, roč. 2015, 7-8.
- BEJČEK, J. Praecepta methodica praeter ceteros - metodický pokyn úřadu v roli hypotézy veřejnoprávní regulatorní normy? In: SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J.; HUČKOVÁ, R. (eds.) *Právo Obchod Ekonomika V*. Košice: UPJŠ 2015.
- BEJČEK, J.; NERUDA, R.; PETR, M.; RAUS, D. *Competition Law in the Czech Republic*. Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer Law International 2015.
- BEJČEK, J.; ŠILHÁN, J. a kol. *Obchodní smlouvy. Závazky v podnikání*. Praha: C.H. Beck, 2015.
- BELLAMY & CHILD: *European Union Law of Competition*. 7th Ed. Oxford University Press, 2013.
- BEN-SHAHAR, O. An ex-ante view of the battle of the forms: inducing parties to draft reasonable terms. *Law@Economics Working papers 2003–2009*. University of Michigan Law School, 2004, s. 1–28. Dostupné na: <http://repository.law.umich.edu/>
- BEN-SHAHAR, O. Fixing unfair contracts. *Stanford Law Review*. vol. 63, April 2011.
- BERLIN, I. *Čtyři eseje o svobodě*. Praha: Prostor, 1999.

- BĚLOHLÁVEK, A. Novela zákona o cenách—nepřímá novelizace OHS? *Právní zpravodaj*. 2005, č. 11.
- BISHOP, S.; WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law*. 2nd ed., London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2002.
- BJÖRKROTH, T. Loyal or locked-in – and why should we care? *Journal of Competition Law & Economics*. 2013, vol. 10, no. 1.
- BLAIR, R.; HARRISON, J. *Monopsony in Law and Economics*. Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- BLAIR, R. D.; DURRANCE, Ch. P. Restraints on quality competition. *Journal of competition law & economics*. 2013, vol. 10.
- BLOCH, R. E.; BROWN, J. S. Significant Developments in Monopsony and Buyer Power Issues. *The Antitrust Review of the Americas*. 2008, special report.
- BLOCKX, J.; VANDERBERGHE, J. Rebalancing commercial relations along the food supply chain: the agricultural exemption from EU competition law after regulation 1308/2013. *European Competition Journal*. vol. 10, no. 2, August 2014.
- BLOOM, M. Retailer buyer power. In: HAWK, B. (eds.). *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, 2001.
- BOBEK, M.; BOUČKOVÁ, P.; KÜHN, Z. *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007.
- BORK, H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. New York: Basic Books, 1978.
- BOSCO, D. Abuse Regulation in Competition Law: Past, Present, Future. Dosud nepublikovaný příspěvek na *10th ASCOLA Conference*, Tokyo, 21. 5.–23. 5. 2015.
- BÖHM, F. Demokratie und ökonomische Macht. In: *Kartelle und Monopole im modernen Recht*. C. F. Müller, 1961.
- BRANDNER, H. E.; ULMER, P. The Community directive on unfair terms in consumer contracts: some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission. *Common Market Law Review*. 1991, vol. 28.
- BRISIMI, V. Abuse of Dominant Position and Public Policy Justifications: A Question of Attribution. *European Business Law Review*. 2013, issue 2.

- BRONETT, de G.-K. Der more economic approach bei der Anwendung des europäischen Kartellverwaltungsrechts und Kartellstrafrechts. *EWJ*. 2013, no. 1-2.
- BROWNSWORD, R. *Contract Law: Themes for the Twenty-first-Century*. 2nd Ed. Oxford University Press.
- BRULEZ, P. A Consumer Law for Professionals: Radical Innovation or Consolidation of National Practice? In: LOOS M.; SAMOY, I. *The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law*. Cambridge: Intersentia Publishing Ltd., 2014.
- BRUTTEL, L. V.; GLÖCKNER, J. Strategic buyers and market entry. *Journal of Competition Law & Economics*. 2011, vol. 7, no. 2.
- BUSHEL, G.; HEALY, M. Expedia: The de minimis notice and „by object“ restrictions.“ *Journal of European Competition Law and Practice*. 2013, vol. 4, no. 3.
- BUTTÁ, A.; PEZZOLI, A. Buyer Power and Competition Policy: from Brick-and Mortar Retailers to Digital platform. *Economia e Politica Industriale*. vol. 41, 2014/4.
- BYDLINSKI, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien, New York: Springer Verlag, 1996.
- CAFAGGI, F. Contractual networks and the Small Business Act: Towards European Principles? *European University Institute Working Papers – Law*. 2008, no. 15.
- CANARIS, C. W. *Die Bedeutung der iustitia distributiva*. München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1997.
- CARROLL, L. *Through the Looking Glass*. Sabian [online]. [cit. 16. 2. 2016]. Distupné na: http://sabian.org/looking_glass6.php.
- CARSTENSEN, P. C. Buyer power, competition policy and antitrust: the competitive effects of discrimination among suppliers. *The Antitrust Bulletin*. 2008, vol. 53, no. 2.
- CARSTENSEN, P. C. Buyer cartels versus buying groups: legal distinction, competitive realities, and antitrust policy. *William & Mary Business Law Review*. 2010, vol. 1, no. 1.

- CARSTENSEN, P. C. Controlling the Abuse of Unilateral Buyer Power. *Presentation at the Law and Society Meetings (working paper)*. Honolulu, Hawaii, June 5, 2012.
- CARTWRIGHT, J. *Unequal Bargaining*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- CASO, R., cit. podle FALCE, V. Abuse of Economic Dependence and Competition Law Remedies: A sound interpretation of the Italian Regulation, *European Competition Law Review*. 2015, Issue 2.
- COLEMAN, L.J. The Grounds of Welfare. *112 Yale L. J.* 2003.
- COLLINS, H. *The Law of Contract*. London, Dublin and Edinburgh: Butterworths, 1993.
- COLLINS, P. Battle of the forms. *Field Law*. Spring 2011. Dostupné na: <http://www.fieldlaw.com/>.
- COLLINS, W.D. (ed.). Issues in Competition Law and Policy. *ABA Antitrust Section Handbook*. 2008.
- CSACH, K. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2009.
- CSACH, K. Návrh zákona o neprimeraných podmienkach...bič na ret'azce? *Lexforum.cz [online]*. 2012. Dostupné na: <http://www.lexforum.cz/424>.
- CSERES, K. *Competition Law and Consumer Protection*. Hague: Kluwer Law International, 2005.
- DAVIDSON, K.M. GPRA and the street light effect: counting enforcement actions affects how the FTC's Bureau of Competition will enforce its competition mission. *American Antitrust Institute*, 2007. Dostupné na: http://www.antitrustinstitute.org/files/aai-20Davidson,%20GPRA%20and%20BC's%20Mission%203-12-07_031220071616.pdf
- DOBSON, P.; CLARKE, R.; DAVIES, S.; WATERSON, M. Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union *[online]*. Study contract no. IV/98/ETD/078, June 2000. Dostupné na: <http://europa.eu.int/comm/dg04/publications/studies/bpifrs>.
- DOBSON, P.W. Exploiting Buyer Power. Lessons from the British Grocery Trade. *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72.
- DOBSON, P. W.; CHAKRABORTY, R. Buyer power in the U.K. groceries market. *Antitrust Bulletin*. 2008 (summer), vol. 53, no. 2.

- DOBSON, P. W.; CHAKRABORTY, R. Assessing Brands and Private Label Competition. *European Competition Law Review*. 2015, issue 2.
- DONOGHUE, R. O.; PADILLA, J. *The Law And Economics Of Article 102 TFEU*. 2nd Ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.
- DRBAL, A. Z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. *Antitrust*. 2013, č. 4.
- DREHER, M.; KÖRNER, J. Germany, In: KËLLEZI, P.; KILLPATRICK, B.; KOBEL, P. (eds.). *Antitrust for Small and Middle Size Undertakings and Image Protection from Non-Competitors*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2014.
- DREXL, J. *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- 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*. München: Selier European Law Publishers, GmbH, 2012.
- DRYGALA-HEIDERHOFF-STAAKE-ZMIJ (eds.). *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*. München: Selier European Law Publishers, GmbH, 2012.
- DUIVENWOORDE, B. B. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. Springer International Publishing, 2015.
- DUNNE, N. Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control. *Journal of Antitrust Enforcement*. 2014, vol. 2, no. 2.
- DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikumené, 2001.
- DWORKIN, R. „Paternalism“ in *Morality and the Law*. Richard A. Wassenstrom, ed., 1971 Belmont, California: Wadsworth Pub. Co., 1971.
- ELIÁŠ, K.; ZUKLÍNOVÁ, M. *Principy a východiska nového kodexu soukromého práva*. Praha: Linde, 2001.
- ERHARD. L. Franz Oppenheimer, Dem Lehrer und Freund, Rede zu 100. Geburtstag. In: ERHARD. L. *Gedanken aus fünf Jahrhunderten. Reden und Schriften*. Düsseldorf: Hrsg. Karl Hohmann, 1988.

- EZRACHI, A. Buying Alliances and Input price Fixing: In Search of a Enforcement Standard. *Journal of Competition Law & Economics*. 2012, no. 1.
- EZRACHI, A.; JONG, K. Buyer Power, Private Labels and the Welfare Consequences of Quality Erosion. *European Competition Law Review*. 2012, Issue 5.
- EZRACHI, A.; IOANNIDOU, M. Buyer power in European Union merger control. *European Competition Journal*. 2014, vol. 10, no. 1.
- FAGOTTO, E. Private roles in food safety provision: the law and economics of private food safety. *European Journal of Law and Economics*. 2014, no. 37.
- FALCE, V. The Italian Regulation against the abuse of economic dependence. Zatím nepublikovaný příspěvek (draft) na 10th ASCOLA Conference, Tokyo 21. 5. – 23. 5. 2015.
- FELLS, A.; LEES, M. Unconscionable conduct in the context of competition law with special reference to retailer/supplier relationships within Australia. Dosud nepublikovaný referát na 10th ASCOLA conference, Tokyo, 21. 5. – 23. 5. 2015.
- FENYK, J. Zásada legality nebo oportunitý v novém trestním řízení? *Sborník Dny práva – 2010 – Days of Law*. 1. ed. Brno: Masaryk University, 2010. Dostupné na: <http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>.
- FIKENTSCHER, W.; HACKER, P.; PODSZUN, R. *Fair Economy*, Berlin–Heidelberg: Springer Verlag 2013.
- FILHO, C.S. *A Legal Theory of Economic Power (Implications for Social and Economic Development)*. Cheltenham: E. Elgar Publishing, 2011.
- FREILICH, A.; WEBB, E. Small Business–Forgotten and in need of Protection from Unfairness? *The University of Western Australia Law Review*. 2013, vol. 12.
- FRENZ, W. Abschied vom more economic approach. *Wettbewerb in Recht und Praxis*. 2013, no. 4.
- FROLÍK, J. Zákon o významné tržní síle. *Presentace na Svatomartinské konferenci ÚOHS*. 11. 11. 2015.
- FUCHIKAWA, K. Legal Analysis of the Japanese Subcontract Act: Focus on the Grocery Industry. Dosud nepublikovaný příspěvek na 10th ASCOLA Conference, Tokyo, 21. 5. – 23. 5. 2015.

- FUCHS, A. In: IMMENGA U.; MESTMÄCKER, E.J. *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*. 4. A., München: Verlag C.H.Beck, 2007.
- FULLER, L. *Morálka práva*. Praha, Oikoymenh, 1998.
- FUSSENEGGER, G. Austria. In: KOBEL, P.; KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. Berlin Heidelberg: LIDC-Springer, 2015.
- GALBRAITH, J.K. *Společnost bojnosti*. Praha: Svoboda, 1967.
- GARVIN, L. T. Small Business and the False Dichotomies of Contract Law. *Wake Forrest Law Review*. 2004, vol. 40.
- GERLOCH, A.; TRYZNA, J. Příliš rovnosti škodí? (K otázce ústavního zakotvení požadavku na odlišné zacházení v odlišných případech). *Soudce*. 2013, č. 3.
- GILBERT, R. J. Competition and Innovation, ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy. In: COLLINS, W.D. (ed.). *Issues in Competition Law and Policy. ABA Antitrust Section Handbook*. 2008.
- GILETTE, C.P. *Standard Form Contracts*. In: DRYGALA-HEIDERHOFF-STAAKE-ZMIJ (eds.). *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*. München: Selier European Law Publishers, GmbH, 2012.
- GOLDBERG, V. P. The „Battle of the Forms“: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule. *76 Oregon Law Review*. 1997.
- GONZALEZ-PARAMO, C.; SALVADOR, S. Food for thought: new competition legislation targets food sector. [online]. [cit. 16. 5. 2013]. Dostupné na: <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Competition-Antitrust/Spain/Hogan-Lovells-International-LLP/Food-for-thought-new-competition-legislation-targets-food-sector>.
- GRIMES, W. S. Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protecting Competition and the Atomistic Seler. *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, no. 2.
- GULATI, B. Minimum Resale Price Maintenance, *The Competition Law Review* 2012, vol. 8, issue 2.
- HAJN, P. *Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži*. Brno: Masarykova univerzita, 2000.

- HAJN, P. Oslabená ochrana spotřebitele? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Obchodněprávní revue*. 2009, č. 2.
- HANSLIANOVÁ, B.; POKORNÁ, A. Institut významné tržní síly dle zákona o významné tržní síle. *Informační list ÚOHŠ*. 2013, č. 2.
- HARRIS, S. *Svobodná vůle*. Praha: Dybbuk, 2015.
- HARTLIEF, T. Freedom and Protection in Contemporary Contract Law. *Journal of Consumer Policy*. 2004, no. 27.
- HARTMANN-RÜPPEL, M. Germany. In: KOBEL, P.; KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. Berlin Heidelberg: LIDC-Springer, 2015.
- HAUCAP, J.; HEIMESHOF, U.; KLEIN, G. J.; RICKERT, D.; WEY, Ch. Die Bestimmung von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel: Theoretische Grundlagen und empirischer Nachweis. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2014, no. 10.
- HAUCAUP, J.; HEIMENSCHOFF, U.; THORWATH, U.; WEY, Ch. Die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel. *Wirtschaft und Wettbewerb* 2015, no. 6.
- HAWK, B. (eds.). *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, 2001.
- HAYEK, F.A. *Právo, zákonodárství a svoboda- 2) Fata morgána sociální spravedlnosti*. Praha: Academia, 1991.
- HELVESTON, M.; JACOBS, M. The incoherent role of bargaining power in contract law. *Wake Forest Law Review*. 2014, no. 49. Dostupné na: papers.ssrn.com/so/3/Papers.cfm?abstract=jol=2419171.
- HESELINK, M. W. *SME in European Contract Law*. final version – 5 July 2007, CS ECL, Amsterdam.
- HESELINK, M. W. *Towards a sharp distinction between B2B and B2C?* Working Paper Series no. 2009/06, CS ECL, Amsterdam.
- HESELINK, M. W. *Unfair terms in contracts between businesses*, Working Paper Series no. 2011/07, CS ECL, Amsterdam.
- HEVRON, A. Legitimate Interests and Unfair Terms: The other threshold test. *The University of Western Australia Law Review*. 2013, Issue 1, vol. 37.
- HEYNE, P. *Ekonomický styl myšlení*. Praha: VŠE 1991.

- 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. *International Review of Intellectual Property*. 2013.
- HOLLÄNDER, P. *Pojmy v Sisyfovej krošni*, Bratislava: Kalligram, 2015.
- HONDIUS, E. The Protection of the Weak Party. *Journal of Consumer Policy*. 2004, no. 27.
- HOVENKAMP, H. *The Antitrust Enterprise: Principles and Execution*. Harvard University Press, 2005.
- HULMÁK, M. *Uzavírání smluv v civilním právu*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2008.
- HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část. § 1721–2054 a související společná a přechodná ustanovení. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014.
- HURDÍK, J. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998.
- HURDÍK, J.; LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2010.
- CHENG, T. K.; GAL, M. S. Superior Bargaining Power: Dealing with Aggregate Concentration Concerns. Dosud nepublikovaný koncept vystoupení na *10th ASCOLA Conference*, Tokyo 21. 5.–23. 5. 2015.
- CHEN, Z. Defining buyer power. *Antitrust Bulletin*. 2008 (summer), vol. 53, no. 2.
- CHEN, Z. Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy. In: ZERBE, R. O.; KIRKWOOD, J. B. (eds.). *22 Research in Law and Economics*. vol. 17.
- CHEREDNYCHENKO, O. O. *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, Selier. München: European Law Publishers, GmbH, 2007.
- CHEREDNYCHENKO, O. O. Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis? *European Competition Law Review*. 2014, vol. 10, no. 3.
- CHOI, Y. S.; FUCHIKAWA, K. Comparative Analysis of Competition Laws on Buyer Power in Korea and Japan. *World Competition*. 2010, vol. 33, no. 3.

- CHOI, A.; TRIANTIS, G. The effect of bargaining power on contract design. *Virginia Law Review*. 2012, vol. 98.
- INCARDONA, R.; PONCIBÓ, C. The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution. *Journal of Consumer Policy*. 2007, vol. 30.
- INDERST, R.; WEY, C. Countervailing power and Upstream Innovation, working paper. *IDEI*. [online]. 2005 [cit. 4. 2. 2016]., s. 4–5. Dostupné na: http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/conf/fpi/papers_2006/wey.pdf.
- INDERST, R.; MAZZAROTTO, N. Power in Distribution. In: COLLINS, W.D. (Ed.). *ABA Antitrust Section Handbook, Issues in Competition Law*. Chicago: ABA Book Publishing, 2008.
- INDERST, R.; WEY, C. Buyer Power in Distribution. In: COLLINS, W.D. (ed.). *Issues in Competition Law and Policy. ABA Antitrust Section Handbook*. 2008.
- ITALIANER, A. The Devil is in the Retail, European Commission. *Conference on the Study „the economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector“*. Brussels, October 2013. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_theme_15.html.
- IWASA, L. A. *A Comparative Evaluation of the Legislative Controls on Unfair Terms and Exemptions Clauses in Consumer and Business Contracts in England and Brazil*. Birmingham: Aston University, 2012.
- JENNY, F. International Report. In: KOBEL, P.; KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. Berlin Heidelberg: LIDC-Springer, 2015.
- JHERING, R. *Boj za právo*. Praha: Nákladem vydavatele „Rozhledů“ Jos. Pelcla, 1897.
- JONES, A.; SUFRIN, B. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 5th Ed. Oxford University Press, 2014.
- JUNGK, R. D. *Die Ausübung wirtschaftlicher Macht als unlauterer Wettbewerb?* Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- KAMEOKA, E. *Competition Law and Policy in Japan and the EU*. Edward Elgar Publishing, 2014.

- KAPLOW, L.; SHAVELL, L. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press, 2006.
- KĚLLEZI, P. Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence. In: MACKENRODT, M.; CONDE GALLEGO, B.; ENCHELMAIER, S. *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanism?* Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2008.
- KĚLLEZI, P.; KILLPATRICK, B.; KOBEL, P. (eds.). *Antitrust for Small and Middle Size Undertakings and Image Protection from Non-Competitors*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2014.
- KINDL, J. Protisoutěžní cíl a účinek ve světle poslední judikatury Soudního dvora EU. *Antitrust*. 2014, č. 4.
- KINGSBURY, A. Competition Law and Economic Inequality: Distributional Objectives in New Zealand Competition Law. *European Competition Law Review*. 2013, issue 5.
- KIRKWOOD, J. B. Buyer Power and Exclusionary Conduct: Should Brooke Group Set the Standard for Buyer-Induced Price Discrimination and Predatory Bidding? *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, no. 2.
- KLEIN, B. Transaction Cost Determinants of „Unfair“ Contractual Arrangements. Borderlines of law and economic theory. *American Economic Association*. May 1980, vol. 70, no. 2.
- KNEEPKENS, M. Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach. *European Competition Law Review*. 2007, issue 12.
- KOBEL, P.; KĚLLEZI, P.; KILPATRICK, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. Berlin Heidelberg: LIDC-Springer, 2015.
- KOBERNA, M. Dopady zneužívání významné tržní síly do trhu s potravinami. *Presentace na Svatomartinské konferenci ÚOHS*. 11. 11. 2015.
- KOKKORIS, I. Buyer Power Assessment in Competition Law: A Boon or a Menace? *World Competition*. 2006, vol. 29, no. 1.
- KOPÁČ, L. Nepřímá ujednání v obchodních smlouvách. *Právní rádce*. 1993, č. 8.
- KOTÁSEK, J. Konflikty obchodních podmínek a jejich řešení. *Obchodní právo*. 2015, č. 10.

- KÖHLER, H. *Nachfragemettbewerb und Marktbeherrschung*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986.
- KRETSCHMER, J. P. How to deal with resale price maintenance: What can we learn from empirical results? *European Journal of Law and Economics*. 2014, no. 2.
- KUČERA, J. Přetopený kotel: komerční nemovitosti – expanze supermarketů. *Hospodářské noviny*. 22. 1. 2006, komerční příloha.
- KUHN, T. Die Abgrenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 AEUV. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*. 2014, no. 2.
- LADENMANN, R. Zur Nachfragemacht von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2015, no. 7-8.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. Regulation and Competition Law. *European Competition Law Review*. 2012, issue 2.
- LAJNEF, N. France. In: KOBEL, P.; KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. Berlin Heidelberg: LIDC-Springer, 2015.
- LANGEN, H. J.; BUNTE, H. J. *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band I, 11. A*. Wolters Kluwer Deutschland, 2011.
- LAO, M. Ideology Matters in the Antitrust Debate. *Antitrust Law Journal*. 2014, vol. 79, issue 2.
- LASSERRE, B. La nouvelle Autorité de la concurrence – interview. *Concurrences*. 2009, č. 1.
- LASSERRE, B. An Interview with Bruno Lasserre. *Global Competition Review*. 2010, no. 8.
- LEONI, B. *Právo a svoboda*. Praha: Liberální institut, 2007.
- LIPOVETSKI, G. Paradoxní štěstí. Praha: *Prostor*. 2007.
- LOCHER, H. *Das Recht der AGB*. 3. Aufl. München: C. H. Beck, 1997.
- LOOCK, S. V. Unfair Terms in Contracts Between Businesses – a Comparative Overview in Light of the Common European Sales Law. In: LOOS, M.; SAMOY, I. *The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law*. Cambridge: Intersentia Publishing Ltd., 2014.

- LOOS M.; SAMOY, I. *The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law*. Cambridge: Intersentia Publishing Ltd., 2014.
- LUŇÁKOVÁ, Z. Ztráty řetězce odnesl další šéf. *Hospodářské noviny*. 21. října 2008.
- LUŇÁKOVÁ, Z. Zákon proti řetězcům nepomůže. Naopak. *Hospodářské noviny*. 3. 12. 2009.
- LUŇÁKOVÁ, Z. Řetězce drtí dodavatele víc než dříve. *Hospodářské noviny*. 7. 4. 2010.
- LÜCKING, J. Retailer power in EC competition law. In HAWK, B. (ed.). *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, 2001.
- MACIAS, M. J. R. et al. International Antitrust. *The International Lawyer*. 43(2), [cit. 29. 7. 2015]. Dostupné na: https://www.google.cz/?gws_rd=ssl#q=search.proquest.com/printviewfile%3Faccountid%3D16531
- MACKENRODT, M.; CONDE GALLEGO, B.; ENCHELMAIER, S. *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanism?* Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2008.
- MAŘÍK, M. Regulace obchodu je totální propadák. *Hospodářské noviny*. 3. 11. 2010.
- MASTSUSHITA, M. Abuse of Superior Bargaining Position and the Japanese Antitrust Law. Dosud nepublikovaná presentace na *10th Conference of ASCOLA*, Tokyo 21. 5. – 23. 5. 2015.
- MÄRZHEUSER-WOOD, B.; BAGGOTT, B. Franchise law in the United States [online]. [cit. 9. 12. 2015]. Dentons 2015. Dostupné na: www.dentons.com.
- Mc AFEE, R. P.; HENDRICKS, K.; FRIED, J. M.; WILLIAMS, M.A.; WILLIAMS, M. S. Measuring Anticompetitive Effects of Mergers When Buyer Power Is Concentrated. *Texas Law Review*. 2001, vol. 79.
- MERAND-SINHA, K.; BERGMAN, H.; BAKER, D.I. United States of America. In: KËLLEZI, P.; KILLPATRICK, B.; KOBEL, P. (eds.). *Antitrust for Small and Middle Size Undertakings and Image Protection from Non-Competitors*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2014.
- MICKLITZ, H. W. European Principles and the Protection of the Weaker Party. *Journal of Consumer Policy*. 2004, no. 27.

- MICKLITZ, H.W. In: *Münchener Kommentar BGB*, § 13, 14. C.H.Beck, 6. A., 2012.
- MICKLITZ, H. W.; REICH, N. Von der Klausel- zur Marktkontrolle. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2013.
- MISŮR, P. Evropská komise vyzvala k opatřením proti nekalým praktikám v potravinářském dodavatelském řetězci. *Obchodněprávní revue*. 2014, č. 10.
- MOSS, D. Proposed Merger of Synco and US Foods. *American Antitrust Institute*. February 2014. Dostupné na: <http://textlab.io/doc/114799/aai-letter-to-ftc-re-sysco-us-foods-merger>
- MOTTA, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- MOUZAS, S.; FORD, D. Contracts in asymmetric relationships. Lancaster University and University of Bath, Competitive Paper. *22nd Annual IMP Conference*. Milán, 7. - 9. September 2004.
- MÖSCHEL, W. Market Definition with Branded Goods and Private Label Products. *European Competition Law Review Journal*. 2013, issue 1.
- MURRAY, G. A Corporate Council's Perspective of the „Battle of the Forms“. *4Can. Bus. L. J.* 1980.
- NEJEZCHLEB, K.; HAJNÁ, Z. Nové trendy v kvalifikaci cílových protisoutěžních dohod. *Právní rozhledy*. 2014, č. 23-24.
- NEJEZCHLEB, K.; HAJNÁ, Z.; BEJČEK, J. *Ekonomické metody v soutěžním právu*. Brno: Masarykova univerzita, 2014.
- NERUDA, R.; ŠIMEČEK, I.; PŘEROVSKÝ, A. Novela zákona o významné tržní síle posiluje právní nejistotu. *EU Legal News*. 2015, č. 12.
- NEUMAYR, F. Neues, strenges Kartellrecht. *Wirtschaftsblatt*. 21. 2. 2013.
- NĚMEČKOVÁ, O. Absurdita protikladnosti principu rovnosti a principu ochrany slabšího. *Právní fórum*, 2004, č. 6.
- NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. Oxford University Press, 2011.
- NIHOUL, P.; LÜBBIG, T. The Next Big Question in Competition Law: How do we Treat Buyer Power? *Journal of Competition Law and Practice*. 2011. vol. 2, no. 2.

- NOLL, R. G. „Buyer Power“ and Economic Policy. *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, no. 2.
- NOVÁKOVÁ, M. Komu se vyplatí zpřísnění regulace obchodu? *Presentace na Svatomartinské konferenci ÚOHS*. 12. 11. 2015.
- NOVÝ, Z. *Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu*. Praha: C. H. Beck, 2012.
- OINONEN, M. The new 30% rule: a viable solution to detrimental buyer power in the Finnish grocery retail sector? *European Competition Journal*. 2014, vol. 10, issue 1.
- ORBACH, B. Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law & Economics*. 2010, vol. 7, no. 1.
- ORDÓÑEZ-DE HARO, J. M.; TORRES, J. L. Price hysteresis after antitrust enforcement: evidence from Spanish food markets. *Journal of Competition Law & Economics*. 2013, no. 10.
- O'CONNOR, B. New rules for business-to-business contracts in the food and agricultural sector in Italy. *NCTM, Studio Legale Associato*. November 2012. Dostupné na: http://www.nctm.it/wp-content/uploads/2013/07/135539568412_11_19_Article_62.pdf.
- PANTAZIS, D. Anticompetitive Practices. National Reports. *European Competition Law Review*. 2014, Issue 6.
- PELIKÁN, R. Jak je to s novelou zákona o cenách. *Právní zpravodaj*. 2006, č. 1.
- PELIKÁN, R. Zákon o významné tržní síle–legislativní „Dada“ směřuje do praxe. *Antitrust*. 2009, nulté číslo.
- PELIKÁNOVÁ, I.; PELIKÁN, R. IN ŠVESTKA, J.; DVOŘÁK, J.; FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V*. Praha: Wolters Kluwer, 2014.
- PERA, A.; BONFITTO, V. Buyer Power in Anti-trust Investigations: A Review. *European Competition Law Review*. 2011, issue 8.
- PETR, M. Právní úprava tzv. ekonomické závislosti. *Právní zpravodaj*. 2007, č. 5.
- PETR, M. Možnosti legislativního řešení problematiky tzv. obchodních řetězců. *Informační list ÚOHS*. 2008, č. 1.

- PETR, M. O prioritách. *Antitrust*. 2012, č. 3.
- PETR, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Praha: C.H.Beck 2014.
- PETR, M.; VAVŘÍČEK, V. Úprava podnákladových cen v České republice. *Právní fórum*. 2006, č. 10.
- PETROV, A. Bulgaria. In: KOBEL, P.; KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. Berlin Heidelberg: LIDC-Springer, 2015.
- PICCININ, D. United Kingdom. In: KOBEL, P.; KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. Berlin Heidelberg: LIDC-Springer, 2015.
- PLAJO, A. Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale? *Rivista di diritto civile*. 2008, vol. I.
- POKORNÁ, A. Specifická veřejnoprávní ochrana odběratelsko-dodavatelských vztahů v Litvě a Lotyšsku. *Potravinářská revue*. 2012, č. 7.
- POKORNÁ, A. Specifické veřejnoprávní regulace odběratelskododavatelských vztahů ve státech Evropské unie a zákon o významné tržní síle. *Informační list ÚOHS*. 2013, č. 2.
- POPPER, K. *Otevřená společnost*. Praha: Oikumené, 1994.
- POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 3rd Edition. Little Brown and Company, 1986.
- POSNER, R. *Antitrust Law*. 2nd Ed., The University of Chicago Press, 2001.
- POZEN, S.A. Agriculture and Antitrust: Dispatches and Learning from the Workshops on Competition in Agriculture. *Antitrust*. Spring 2012.
- QUIGGIN, J.; CHAMBERS, R. G. Bargaining Power and Efficiency in Insurance Contracts. *The Geneva Risk and Insurance Review*. 2009, vol. 34.
- RAFF, H.; SCHMITT, N. Buyer Power in International Markets. *Kiel Institute for the World Economic Working Papers*, June 2008, no. 1431.
- RAFFAELLI, E. A. Antitrust issues in the large-scale food distribution sector, *Rivista Italiana di Antitrust*. 2014, no. 3.
- RAFFAELI, S.; LEONE, S. Italy. In: KOBEL, P.; KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. Berlin Heidelberg: LIDC-Springer, 2015.

- RAUS, D. Nový rok správných soutěžáků? *Antitrust*. 2012, č. 4.
- RAWLS, J. *Teorie spravedlnosti*. Praha: Victoria Publishing, 1995.
- REY, P. Retailer buying power and competition policy. In: HAWK, B. (Ed.). *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, 2001.
- RITTER, S. Regierungsentwurf zum Gesetz zur Bekämpfung vom Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2008, no. 2.
- ROPPO, V. From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts. *ERCL*. 2009, no. 3.
- ROSENBERG, A. Contract's meaning and the histories of classical contract law, *Mc Gill Law Journal*, September 2013, vol. 59, no. 1.
- RUNGG, I. KMUs aufgepasst: neues zum Bagatellkartell. *Eco.nova [online]*. [cit. 30. 7. 2015]. Dostupné na: http://www.bindergroesswang.at/file-admin/Inhalte/Presse/Pressespiegel/2013/2013-02_eco.nova_Neues_zum_Bagatellkartell.pdf.
- RÜHL, G. The battle of the forms: comparative and economic observations. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. 2003, no. 24.
- SALAČ, J. Smluvní svoboda nebo smluvní spravedlnost? *Právní rozhledy*. 1998, č. 11.
- SARRAZIN, T. *Teror ctivosti*. Praha: Academia, 2015.
- SCRUTON, R. Globální ohrožení. *EURO*. 1998, č. 8.
- SELUCKÁ, M. *Ochrana spotřebitele v soukromém právu*. Praha: C.H.Beck, 2008.
- SHIARISHI, T. A Baseline for Analyzing Exploitative Abuse of a Dominant Superior Position. *UT Soft Law Review*. 2013, no. 5. Dostupné na: <http://ssrn.com/abstract=2246558>.
- SHIVELY, J. D. When Does Buyer Power Become Monopsony Pricing? *Antitrust*. 2012 (Fall).
- SCHEELINGS, R.; WRIGHT, J. „Sui generis“? An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union. 05-30 *[online]*. *Social Science Research Network* [cit. 23. 11. 2009]. Dostupné na: http://ssrn.com/abstract_id=800886.

- SCHMIDT, I. Verschärfung der Preismisbrauchsaufsicht im Handel. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2007, no. 6.
- SCHNEIDER, H. *Gesetzgebung*, 2. A., Heidelberg: C.F. Müller, 1991.
- SCHNITZER, A. F. *Vergleichende Rechtslehre, Band. II*. 2. A., Basel, 1961.
- SCHULZE, M. *Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel, Ökonomische und kartellrechtliche Aspekte*. Wiesbaden: Gabler, 1998.
- SCHUMACHER, W. *Verbraucher und Recht in historischer Sicht*. Wien: Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 198.
- SCHWARTZ, A. A. Consumer Protection Exchanges and the Problem of Adhesion. *Yale Journal on Regulation*. 2011, vol. 28.
- SIMS, A. Unfair contract terms: a new dawn in Australia and New Zealand? *Monash University Law Review*. 2013, vol. 39, no. 3.
- SLANINA, J.; ŠKRABAL, M. Nedostatky v aplikační praxi zákona o významné tržní síle. *Antitrust*. 2014, č. 3.
- SMITH, H. Store loyalty v product loyalty: the dynamics of consumer choice and competition. *Trends in Retail Competition: Private labels, brands and competition policy: report on the 2012 Symposium on Retail competition*. University of Oxford, 25. 5. 2012.
- SMITH, R.; KING, S. Does Competition Law Adequately Protect Consumers? *European Competition Law Review*. 2007, issue 7.
- SOJKA, M. Asymetrické informace a jejich důsledky pro metodologii ekonomie. Seminář Asymetrické informace - nová cesta ke zdůvodnění státních zásahů? 13. 11. 2001, Praha – Žofín, knižně vyšlo ve *Sborníku č. 19 „Investiční pobídky“*, CEP Praha, 2001.
- SOUZA DE ARAUJO, D. Nad zákonem o významné tržní síle a absolutní koncepcí významné tržní síly. *Antitrust*. 2014, č. 1.
- STIGLER, G. J.; BECKER, G.S. De gustibus non est disputandum. In: BECKER, G. S. *Teorie preferencí*. Praha: Grada Publishing, 1997.
- STIGLITZ, J. E. *Ekonomie veřejného sektoru*. Praha: Grada Publishing, 1997.
- STRÁNSKÝ, J. *Vývoj a postavení pracovního práva jako soukromoprávního odvětví*. Brno: Masarykova univerzita 2014.
- ŠTROPNICKÝ, M. Malá pomoc malým. *Literární noviny*. 2009, č. 12.

- STUCKE, M.; E. Looking at the Monopsony in the Mirror. *Emory Law Journal*. 2013, vol. 62, no. 6.
- STUYCK, J. Verbraucherschutz für KMU? *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherecht*. 2013, no. 3.
- SUGIMOTO, K.; ITAI, N.; TANAKA, S. Japan. In: KOBEL, P.; KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. Berlin Heidelberg: LIDC-Springer, 2015.
- SULLIVAN, L. A. Antitrust, Microeconomics, and Politics: Reflections on Some Recent Relationships. 68 *California Law Review* 1, 12 (1980).
- SÜKÖSD, P. Hungary: Dual Shield to protect Food Suppliers [online]. [cit. 5. 12. 2015]. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2011/hu_food.pdf.
- SVOBODA, E. *Ideové základy občanského práva*. Praha: Vesmír, 1936.
- ŠPAČKOVÁ, M. Všeobecné obchodní podmínky a jejich kolize po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue*. 2015, č. 4.
- ŠVESTKA, J. a kol. *Občanský zákoník – Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014.
- TAKIGAWA, T. Regulating Abuse of Bargaining Position through the Competition Law: Japanese Regulation in Comparison with the EU's Exploitative Abuse Regulation. Dosud nepublikovaný příspěvek na *10th ASCOLA Conference*, Tokyo, 21. 5.–23. 5. 2015.
- TAKIZAWA, S.; ARAI, K. Abuse of superior bargaining position: the Japanese Experience. *Journal of European Competition Law*. 2014, no. 5.
- TAMM, M.; TONNER, K. *Verbraucherrecht, Beratungshandbuch*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2012.
- TENNIS, R. S.; BAIER SCHWAB, A. Business Model Innovation and Antitrust Law. *Yale Journal on Regulation*. 2012, vol. 29.
- THAL, S. N. The Inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual unfairness. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1988, vol. 8. no. 1.
- THALER R. H. & SUNSTEIN C. R. *Nudge*. London: Penguin Books, 2009.
- THOMAS, S. Ex-ante and Ex-post Control of Buyer Power. 1st version. *Contribution to ASCOLA Conference*. Tokyo, 2015, nepublikovaný rukopis.

- TICHÁ, M. Dodavatelské smlouvy a ochrana před tzv. adhezními smlouvami. *Obchodněprávní revue*. 2015, č. 3.
- TILSCH, E. *Aforismy a myšlenky*. Praha: Právnická Jednota, 1916.
- TOKELEY, K. New Zealand Moves to Prohibit Unfair Terms: A Critical Analysis of the Current Proposal. *The University of Western Australia Law Review*. 2013, Issue 1, vol. 37.
- TONNER, K. Das Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer–Zur Rolle des Verbrauchervertragsrechts im europäischen Vertragsrecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2012.
- TREBILCOCK, M. The doctrine of inequality of bargaining power: post-benthamite economics in the House of Lords. *University of Toronto Law Journal*. 1976, vol. 26.
- TREBILCOCK, M. *The Limits of Freedom of Contract*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993.
- TŘEŠŇÁK, P. Den, kdy zvítězil hypermarket. *Respekt*. 2006, č. 33.
- VALENTINE, D. A. Retailer Buyer Power: Abusive Behavior and Mergers/Acquisitions. In: *International Antitrust law & policy: Fordham Corporate Law 2000*. 513 Barry Hawk ed., Juris Publishing, 2001.
- VAN BAEL & BELLIS. *Competition Law of European Community*. 4th Ed., Kluwer Law International, 2005.
- VAN DEN BERGH. Economic Analysis of Consumer Law. *Ars Aequi*. 1990, 39 (10).
- VEDDER, H. Of Jurisdiction and Justification; Why Competition is Good for „Non-Economic“ Goals But May Need to be Restricted. *The Competition Law Review*. 2009, Issue 1, vol. 6.
- VIJVER, T.; VOLLERING, S. Understanding appreciability: The European Court of Justice in journey in *Expedia*. *Common Market Law Review*. 2013, issue 6.
- WAGNER-VON PAPP, F. Unilateral conduct by non-dominant firms: A comparative reappraisal. Dosud nepublikovaný koncept vystoupení na *10th ASCOLA Conference*, Tokyo 21. 5.–23. 5. 2015.

- WAKUI, M.; CHENG, T. K. Regulating abuse of superior bargaining position under the Japanese competition law: an anomaly or a necessity? *Journal of Antitrust Enforcement*. 2015, no. 3.
- WHISH, R. *Competition Law*. 5th Ed., Lexis-Nexis, 2003.
- WHISH, R.; BAILEY, D. *Competition Law*. 7th Ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.
- WILKINSON, R.; PICKETTOVÁ, K. *Rovnováha (proč je rovnost výhodná pro každého)*. Praha: Grimmus 2013.
- WILLET, Ch. Transparency and Fairness in Australian and UK Regulation of Standard Terms. *The University of Western Australia Law Review*. 2013, vol. 37, issue 1.
- WILLS, W. P. J. Discretion and prioritization. *World Competition*. 2011, no. 3.
- WINNER, M. *Wert und Preis im Zivilrecht*. Wien–New York: Springer Verlag, 1. A, 2007.
- WOODWARD, W. J. Legal Uncertainty and aberrant contracts: the choice of law clause. *Chicago-Kent Law Review*. 2014, vol. 89.
- WOOTTONOVÁ, B. *Plánování a svoboda*. Praha: Jan Laichter, 1947.
- YDE, P.; VITA, M. Merger Efficiencies: The „Passing-On“ Fallacy. *Antitrust*, vol. 20, no. 3, Summer 2006.
- ZEHETNER, J. Länderreport Österreich: Kartellrechtsreform und neues Antikorruptionsrecht. *Compliance Berater*. 2013, no. 3.
- ZHANG, X.; ARAMYAN, H. A conceptual framework for supply chain governance (an application to agri-food chains in China). *China Agricultural Economic Review*. 2009, vol. 1, no. 2.
- ZIMMER, D. *Weniger Politik! Plädoyer für eine freiheitsorientierte Konzeption von Staat und Recht*. München: C.H.Beck, 2013.
- ZOULÍK, F. Soukromoprávní ochrana slabší smluvní strany. *Právní rozhledy*, 2003, č. 3.
- ZÖLLNER, W. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1996.

Právní zdroje, dokumenty

- BGH, Beschluss v. 24. 9. 2002, KVR 8/01: Nachverhandeln von Lieferverträgen nach Zusammenschluss marktstarker Nachfrager. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2003, no. 1.
- Bulgaria: The Commission on Protection of Competition (CPC) analyses the Pros and Cons of a Law in view of regulating Supermarket Chains/ Suppliers Relations. [cit. 15. 3. 2012]. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/bg_supermarket.pdf
- BUNDESKARTELLAMT. *Summary of the Final Report of the Sector Inquiry into the food retail sector*. 2014. Dostupné na: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Summary_Sector_Inquiry_food_retail_sector.pdf?__blob=publicationFile&v=3, (cit.: BUNDESKARTELLAMT, 2014-A).
- BUNDESKARTELLAMT. *Lebensmitteleinzelhandel – Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland*. 2014. Dostupné na: http://www.bundeskartellamt.de/Sektoruntersuchung_LEH.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D7, (cit.: BUNDESKARTELLAMT, 2014-B).
- Cambridge Econometrics Ltd. Arcadia International. *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector, Final report [online]*. Luxembourg, September 2014. Dostupné na: <http://ec.europa.eu/competition/publications/KD0214955ENN.pdf>.
- Code de commerce. In: *Legifrance [online]*.
- Code Civil. In: *Legifrance [online]*.
- Commission Notice - Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (2004/C 101/07). In: *EUR-lex [online]*.
- Commission Staff Working Document (Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice), SWD (2014) 198 final, Brussels 25. 6. 2014. In: *EUR-lex [online]*.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain, COM(2014)472, 15. 7. 2014. Dostupné na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:0472:FIN>

Český tradiční trh vymírá, drtí ho obchodní řetězce a podnikaví Vietnamci. *Novinky.cz* [online], [publikováno 2. 2. 2012]. Dostupné na: <http://www.novinky.cz/ekonomika/257951-cesky-tradicni-trh-vymira-drti-ho-obchodni-retezce-a-podnikavi-vietnamci.html>

Draft Common Frame of Reference (DCFR). *Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law* [online]. Dostupné na: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

Důvodová zpráva k Návrhu novely Zákona č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů. Sněmovní tisk Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR, VII. volební období, č. 444/0, Důvodová zpráva. In: *PSP ČR* [online]. Dostupné na: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?O=7 & T=444>

Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanskému zákoníku. In: *ASPI [právní informační systém]*.

ECN Subgroup Food - Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector (2004–2011), May 2012. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf

Entrepreneurship and Small and medium-sized enterprises (SMEs) [cit. 6. 10. 2014]. Dostupné na: <http://ec.europa.eu/growth/smes/>. OJ L 214/38: Příloha I. Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings (EC Horizontal Merger Guidelines), 2004, O.J. (C31). In: *EUR-lex* [online].

Entscheidungen: Zur Bedeutung der Bagatellbekanntmachung der Kommission. *NZKart*. 2013, č. 3.

EUROPEAN COMMISSION. Competition: Commission publishes results of retail food study. [online]. [cit. 16. 2. 2016]. Dostupné na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1080_en.htm

Evropská unie se postaví supermarketům. *Literární noviny*. 25. února 2008.

Evropský nástroj pro sledování cen potravin. Dostupné na: http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/competitiveness/prices_monitoring_en.htm

- Forum for a Better Functioning Food Supply Chain. Dostupná na: http://ec.europa.eu/growth/sectors/food/competitiveness/supply-chain-forum/index_en.htm
- Hauptgutachten 2010/2011, no. XIX, Monopolkommission. *Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2012.
- Hodnocení dopadů regulace (RIA, verze 2014) k zákonu č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů. In: *PSP ČR [online]*. Dostupné na: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?O=7 & T=444>
- ICN Special Program for Kyoto Conference – Report on Abuse of Superior Bargaining Position. Kyoto, Japan, April 14-16, 2008. *ICN 7th Annual Conference*. Kyoto, Japan, April 14-16, 2008 [cit. 9. 12. 2015]. Dostupné na: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>
- Iniciativa pro férový obchod. Dostupné na: <http://www.ipfo.cz/dulezite-dokumenty/>
- KANADA. Civil Code of Québec. Dostupné na: http://www2.publication-sduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2 & file=/CCQ_1991/CCQ1991_A.html
- Konsolidované znění Smlouvy o Evropské unii a Smlouvy o fungování Evropské unie, 2012/C 326/01. In: *EUR-lex [online]*.
- Mergers: Commission approves proposed acquisition of Delvita by REWE group. European Commission Press Release, 26/04/07.
- Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen. Dostupné na: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Kooperationsm%C3%B6glichkeiten%20f%C3%BCr%20KMUs.pdf?__blob=publicationFile & v=2
- Nález Ústavního soudu, sp. zn. IV.ÚS 215/94. In: *Nalus [online]*.
- Nález Ústavního soudu Pl. ÚS 24/99. In: *Nalus [online]*.
- Nález Ústavního soudu, sp. zn. II. ÚS 296/01. In: *Nalus [online]*.
- Nález Ústavního soudu, sp. zn. V. ÚS 525/02. In: *Nalus [online]*.
- Nález Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 605/06. In: *Nalus [online]*.

Nález Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 629/06. In: *Nalus [online]*.

Nářízení Evropského parlamentu a Rady č. 1308/2013, kterým se stanoví společná organizace trhů se zemědělskými produkty a zrušují nařízení Rady (EHS) č. 922/72, (EHS) č. 234/79, (ES) č. 1037/2001 a (ES) č. 1234/2007 (o výjimkách pro vynětí některých dohod o cenách uzavíraných mezi zemědělci z použití obecného zákazu dohod omezuujících soutěž podle čl. 101 odst. 1 SFEU). In: *EUR-lex [online]*.

Nářízení Komise (ES) č. 800/2008, ze dne 6. srpna 2008, kterým se v souladu s články 87 a 88 Smlouvy o ES prohlašují určité kategorie podpory za slučitelné se společným trhem (obecné nařízení o blokových výjimkách). In: *EUR-lex [online]*.

Nářízení Rady (EHS) č. 4056/86 ze dne 22. prosince 1986, kterým se stanoví prováděcí pravidla k článkům 85 a 86 Smlouvy v námořní dopravě. In: *EUR-lex [online]*.

Nářízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy. Úřední věstník L 1, 4. 1. 2003, s. 1 a násl. In: *EUR-lex [online]*.

Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o ochraně nezveřejněného know-how a obchodních informací (obchodního tajemství) před neoprávněným získáním, použitím a zveřejněním (COM(2013) 813 final) ze dne 28. listopadu 2013. In: *EUR-lex [online]*.

OECD Policy Roundtables. *Monoposony and Buyer Power*, 2008, DAF/COMP (2008), 38, ze 17. prosince 2009. In: *OECD [online]*. Dostupné na: <http://www.oecd.org/competition/roundtables.htm>.

OECD Policy Roundtables. *Competition Issues in the Food Chain Industry*. DAF/COMP (2014) 16 z 15. 5. 2014. In: *OECD [online]*. Dostupné na: <http://www.oecd.org/competition/roundtables.htm>.

Oznámení Komise o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 81 odst. 1 smlouvy o založení Evropského společenství (de minimis) (2001/C 368/07). In: *EUR-lex [online]*.

Oznámení Úřadu na ochranu hospodářské soutěže o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný. Dostupné na: <http://www.uohs.cz/cs/legislativa/hospodarska-soutez.html>.

Principles of European Contract Law. In: *CISG Database [online]*. Dostupné na: <http://www.cisg.law.pace.edu/>.

- Rozhodnutí Komise ze dne 24. 6. 1991 ve věci *Tetra Pak II*, OJ 1992, L 72/1.
In: *EUR-lex* [online].
- Rozhodnutí Komise ze dne 3. února 1999, IV/M.1221, *REWE/Meinl*. In:
EUR-lex [online].
- Rozhodnutí Komise ze dne 15. září 1999 ve věci ve věci *Reims II*, L 275/17
(věc COMP/36.748). In: *EUR-lex* [online].
- Rozhodnutí Komise z 16. 10. 2000 v případě PhilippMorris/Nabisco,
COMP/M. 2072, čl. 25. In: *EUR-lex* [online].
- Rozhodnutí Komise ze dne 22. listopadu 2002 ve věci ve věci *Visa International
– Multilateral Interchange Fee*, L 318/17 (věc COMP/29.373). In: *EUR-lex*
[online].
- Rozhodnutí Komise ze dne 20. června 2003 ve věci ve věci *Zinc Phosphate*,
2003/437/EC, OJ L 153/1. In: *EUR-lex* [online].
- Rozhodnutí Komise ze dne 23. 7. 2008, COMP./M.5047, *REWE/ADEGK*.
In: *EUR-lex* [online].
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 45/2000-27, z 21. 4. 2004.
In: *Nejvyšší správní soud* [online].
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. Komp 3/2006-517. In: *Nejvyšší
správní soud* [online].
- Rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. 33 Odo 96/2001. In: *Nejvyšší soud* [online].
- Rozsudek Nejvyššího soudu, NS 21 Cdo 1484/2004. In: *Nejvyšší soud* [online].
- Rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. NS 23 Cdo 1991/2008. In: *Nejvyšší soud*
[online].
- Rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. NS 23 Cdo 556/2009. In: *Nejvyšší soud*
[online].
- Rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. NS 33 Cdo 4932/2010. In: *Nejvyšší soud*
[online].
- Rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. NS 23 Cdo 948/2014. In: *Nejvyšší soud*
[online].
- Rozsudek SDEU ve věci C-5/59, *Völke v Vaervecke*. In: *CURLA* [online].
- Rozsudek SDEU ze dne 13. února 1979 ve věci C-85/76, *Hoffmann-La
Roche & Co. AG proti Komisi Evropských společností*. In: *CURLA* [online].

- Rozsudek SDEU ve věci C-361/89, 14. března 1991 (*Di Pinto*). In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU ve věci T-17/93, *Matra Hachette v Komise*. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU ve věci C-399/93, *Oude Luttikhuis*, 12. prosince 1995. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU ve věci C-541/99 a C-542-99, 22. listopadu 2001 (*Cape snc v Idealservice Srl, a Idelaservice MN RE Sas v OMAI Srl*). In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU ve věci C-501/06, *GlaxoSmithKline*. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU ve věci C-260/07, *Pedro IV Servicios*. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU ve věci C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL a další v. Conseil des ministres*. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU ve věci C- 101/07P, *Coop de France Bétail et viande v Komise*, 18. 12. 2008. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU ve věci C-110/07P, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles v Komise*, 18. 12. 2008. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU ve věci C-32/11, *Alianx Hungaria*. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU ve věci C-226/11 z 13. prosince 2012, *Expedia Inc. V. Autorité de la concurrence and Others*. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek SDEU z 11. 9. 2014 ve věci C-67/13. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 6. října 1994 ve věci T-83/91 *Tetra Pak Rausing v Commission*. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek Soudu prvního stupně ve věci T-217-2003 *FNCVB*, z 13. 12. 2006. In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek Tribunálu SDEU ve věci T- 286/09 z 12. června 2014, *Intel v. European Commission*, (v současnosti projednáván SDEU pod č. C-413/14 P). In: *CURLA [online]*.
- Rozsudek US Court of Appeals, 7th Circuit, *Fishmann v Estate of Wirtz*, 807 F2d 520, 577, 1986, cit. podle AKMAN, P. *The Concept of Abuse in EU Competition Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2012.
- Rozsudek *Northrop*. Duhaime's Law dictionary, <http://www.duhaime.org/>
- Rozsudek *Butler*. Duhaime's Law dictionary, <http://www.duhaime.org/>
- Sdělení Komise k použití čl. 81 odst. 3 (2004/C 101/08). In: *EUR-lex [online]*.

- Sdělení komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele (2009/C 5/02). In: *EUR-lex [online]*.
- Sdělení Komise Evropskému parlamentu COM (2009)591 z 28. 10. 2009 o lepším fungování potravinářského řetězce v Evropě. In: *EUR-lex [online]*. Dostupné na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0591&qid=1404304418586&from=EN>
- Sdělení Komise KOM(2011) 78 v konečném znění: Přezkum iniciativy „Small Business Act“ pro Evropu. In: *EUR-lex [online]*.
- Sdělení Komise Evropskému parlamentu o jednotném evropském právu prodeje COM (2011)636 final. In: *EUR-lex [online]*.
- Sdělení Komise „Boj proti nekalým obchodním praktikám mezi podniky v rámci potravinového řetězce“ z 15. 7. 2014 COM (2014) 472 final. In: *EUR-lex [online]*. Dostupné na: http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/140715-communication_cs.pdf
- Sdělení Komise o dohodách menšího významu, které významně neomezuji hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (sdělení de minimis), Ústřední věstník Evropské Unie 2014/C 291/01. In: *EUR-lex [online]*.
- Směr-SD avizuje aj znovuzavedení zákona o obchodných reťazcoch. *Sita.sk* [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné na: <http://video.sita.sk/videoservis/smer-sd-avizuje-aj-znovuzavedenie-zakona-o-obchodnych-retazcoch/24836-play.html>
- Směrnice Rady č. 86/653/EHS o koordinaci právní úpravy členských států týkající se nezávislých obchodních zástupců. In: *EUR-lex [online]*.
- Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách. In: *EUR-lex [online]*.
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES o elektronickém obchodu. In: *EUR-lex [online]*.
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/35/ES ze dne 29. června 2000 o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích a její novela č. 2011/7/ES. In: *EUR-lex [online]*.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách). In: *EUR-lex [online]*.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006 o klamavé a srovnávací reklamě. In: *EUR-lex [online]*.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/7/EU ze dne 16. února 2011 o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích. In: *EUR-lex [online]*.

Stanovisko generální advokátky Verici Trstenjak v řízení před SDEU ve věci C-484/08. In: *EUR-lex [online]*.

Stanovisko k pozměňovacím návrhům k vládnímu návrhu zákona (výbor zemědělský, p. poslanec Laudát). Sněmovní tisk Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR, VII. volební období, č. 444/0, Důvodová zpráva. In: *PSP ČR [online]*. Dostupné na: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?O=7 & T=444>

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 [online]. Dostupné na: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/summary-of-responses_en.pdf

Supermarket Power Project. *Melbourne Law School*. Dostupné na: <http://www.law.unimelb.edu.au/suprmarkets/about-the-projectaims>

The groceries (supply chain practices) market investigation order 2009 [online]. [cit. 8. 12. 2015]. Dostupné z: <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-chain-practices-market-investigation-order>

The Supply Chain Initiative. Dostupné na: <http://www.supplychaininitiative.eu/>

Tisková zpráva ÚOHS 15/023/HS012.

UNIDROIT. *Zásady mezinárodních smluv*. Praha: CODEX Bohemia, 1997.

ÚOHS. *Výsledky šetření odboru kontroly tržní síly*. [cit. 12. 3. 2012]. Dostupné na: www.compet.cz

- Usnesení Evropského parlamentu č. 2011/C 308 E/04 ze dne 7. září 2010 o spravedlivých příjmech zemědělců: lepší fungování potravinového řetězce v Evropě. In: *EUR-lex [online]*.
- Vertical relationships in the Food Supply Chain: Principles of Good Practice. Dostupné na: http://www.supplychaininitiative.eu/sites/default/files/b2b_principles_of_good_practice_in_the_food_supply_chain.pdf
- Vláda novelizovala zákon o obchodných reťazcoch. *Trend.sk* [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné na: <http://ekonomika.etrend.sk/ekonomika-slovensko/vlada-novelizovala-zakon-o-obchodnych-retazcoch.html>
- Vyhláška 169/2014 Z.z. Protimonopolného úradu Slovenskej republiky z 13. júna 2014, ktorou sa ustanovujú prahové hodnoty na určenie, či dohoda medzi podnikateľmi, zosúladený postup podnikateľov alebo rozhodnutie združenia podnikateľov má zanedbateľný účinok na hospodársku súťaž. In: *ASPI [právní informační systém]*.
- What is an SME? Dostupné na: http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition/index_en.htm, [cit. 27. 8. 2014].
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI [právní informační systém]*.
- Zákon č. 71/1967 Z.z., o správnom konaní (správny poriadok), ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI [právní informační systém]*.
- Zákon č. 526/1990 Sb., o cenách, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI [právní informační systém]*.
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI [právní informační systém]*.
- Zákon č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ve znění pozdějších změn a doplňků. In: *ASPI [právní informační systém]*.
- Zákon č. 110/1997 Sb., o potravinách a tabákových výrobcích, ve znění pozdějších změn a doplňků. In: *ASPI [právní informační systém]*.
- Zákon č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI [právní informační systém]*.
- Zákon č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon). In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 163/2001 Z.z., o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 47/2002 Sb., o podpoře malého a středního podnikání a o změně zákona č. 2/1969 Sb., ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 254/2004 Sb., o omezení plateb v hotovosti a o změně zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 172/2008 Z. z. o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 140/2010 Z. z., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch medzi odberateľom a dodávateľom tovaru, ktorým sú potraviny. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 362/2012 Z. z., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch, ktorých predmetom sú potraviny. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zákon č. 50/2016 Sb., kterým se mění zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů. In: *ASPI [právní informační systém]*.

Zelená kniha o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinářského a nepotravinářského zboží, COM (2013) 37, z 31. 1. 2013. In: *EUR-lex [online]*.

Zpráva Ministerstva průmyslu a obchodu o vývoji malého a středního podnikání a jeho podpoře v roce 2014. *Ministerstvo průmyslu a obchodu [online]*. Dostupné na: <http://www.mpo.cz/dokument164106.html>

Vědecká redakce MU

prof. MUDr. Martin Bareš, Ph.D.; Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.;
Mgr. Michaela Hanousková; doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.;
doc. PhDr. Mgr. Tomáš Janík, Ph.D.; doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.;
Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.; prof. PhDr. Petr Macek, CSc.;
PhDr. Alena Mizerová; doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.;
doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.; Mgr. David Povolný;
Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.; prof. RNDr. David Trunec, CSc.;
prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.; Mgr. Iva Zlatušková;
doc. Mgr. Martin Zvonař, Ph.D.

Ediční rada PrF MU

doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D. (předseda)
prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.,
doc. JUDr. Věra Kalvodová, Dr., prof. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc.,
doc. JUDr. Petr Mrkývka, Ph.D., doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.,
prof. JUDr. Petr Průcha, CSc., doc. JUDr. Markéta Selucká, Ph.D.

SMLUVNÍ SVOBODA A OCHRANA SLABŠÍHO OBCHODNÍKA

prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.

Vydala Masarykova univerzita
Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno

Spisy Právnické fakulty MU č. 557 (řada teoretická, Edice Scientia)

Tisk: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno
1. vydání, 2016

ISBN 978-80-210-8185-7

www.law.muni.cz

