

NEKALÁ SOUTĚŽ NA SCESTÍ ANEB KUDY CESTA NEVEDE PO REFORMĚ B2C VZTAHŮ

TOMÁŠ HULLE

Právnická fakulta Masarykovy univerzity; Lovells, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se věnuje zejména novému trendu na poli ochrany proti nekalé soutěži a to potenciálnímu rozdělení na vztahy B2B a B2C. Je to spojeno i s transpozicí směrnice 2005/29/ES do českého právního řádu, která byla provedena na počátku roku 2008. Spousta kritických poznámek již na toto téma bylo prezentováno a tento příspěvek se tedy zaměřuje jen na dílčí aspekty s touto procedurou spojenou. Skládá se ze tří částí a to rozboru potenciálního střetu úpravy nekalé soutěže s úpravou nekalých obchodních praktik, práci s jednotlivými částmi směrnice a v závěru de lege ferenda se zamýšlí nad možnou budoucí úpravou problematiky ve světle reformy civilního práva.

Klíčová slova v rodném jazyce

Nekalá soutěž, nekalé obchodní praktiky, B2C vztahy, B2B vztahy, revoluce v soukromém právu, nový občanský zákoník, směrnice 2005/29/ES, problematická transpozice, souběh úprav.

Abstract

The contribution mostly concentrates on the new trends on the field of unfair competition law, especially potential division of the relationship B2C and B2B. It is connected with transposition of the Directive 2005/29/EC to the Czech legal system, which was done at the beginning of the year 2008. Many critical notices were presented about this topic and this contribution focus only on partial aspects which are connected to this procedure. It consists of three parts – analysis of potential conflict of regulations against unfair competition and unfair commercial practices, work with individual parts of directive and at the end de lege ferenda offers the solution of future development in the revolution of private law.

Key words

Unfair competition, unfair commercial practices, B2C relationships, B2B relationships, revolution in the private law, new Civil Code, Directive 2005/29/EC, problematic transposition, concurrence of the regulations.

Vzmemme-li si v úvahu vývoj v oblasti nekalé soutěže během posledních několika let, tak zjistíme, že se v jejím rámci formuje velice výrazná tendence k rozlišování mezi vztahy B2C a B2B. Nejvíce patrné je to kupříkladu na přijetí směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách (dále jen směrnice), které se vymezuje jednoznačně tak, že B2B vztahy hodlá regulovat jen nepřímo prostřednictvím poskytnutí regulace ve vztazích B2C a tak vytvoření předvídatelnějšího a spravedlivějšího prostředí i pro vztahy mezi profesionálními obchodníky. Je třeba se zamýšlet nad tím, jakým způsobem by měl právní řád na tuto situaci reagovat, zejména s ohledem na skutečnost, že právě v posledních letech dochází k výrazné příležitosti ke kompletnímu přerodu civilního práva v souvislosti s tvorbou nového občanského a obchodního zákoníku a také zákona o mezinárodním právu soukromém. V souvislosti s tím bych také rád ve svém příspěvku zmínil možný způsob práce se směrnicí a zejména vztah regulace nekalých obchodních praktik za předpokladu, že se rozsahem střetává s úpravou nekalé soutěže dle obchodního zákoníku a možné problémy z toho vznikající.

Je třeba ještě podotknout, že v tomto článku se nebudu blíže věnovat samotné směrnici o které se můžete dočíst na jiných místech¹. Hlavním účelem je věnovat se některým z kritických bodům v souvislosti s transpozicí, z nichž některé již byly dříve řešeny²

1. STŘET JEDNOTLIVÝCH ÚPRAV

Směrnice byla transponována do českého právního řádu zejména změnou zákona o ochraně spotřebitele, kde vytvořila de facto kvazi-nekalosoutěžní úpravu pro vztahy B2C. V souvislosti s tímto však mohou vznikat problémy, protože bude docházet ke křížení obou úprav³. Pakliže budeme uvažovat o možnosti křížení, tak mohou nastat potenciálně čtyři situace:

Negative u nekalé soutěže X Negative u nekalých obchodních praktik:

V tomto případě nedochází prakticky k žádným problémům z pohledu právního. Potenciálně by mohly nastat snad jen potíže pro klienta advokáta, jež by chtěl tento spor z pozice žalobce vyhrát.

Negative u nekalé soutěže X Positive u nekalých obchodních praktik:

Za této situace taktéž větší problémy vznikat nebudou. Žalující bude uplatňovat své nároky prostřednictvím úpravy nekalých obchodních praktik a nedojde k výraznějšímu problematickému konfliktu obou úprav. Z pohledu akademického i praktického bude zajímavý střet dvou generálních klauzulí, kdy jedna nebude vyargumentovatelná, kupř. z důvodů absence soutěžní nekalosti, ale druhá díky absenci této podmínky v generální klauzuli bude aplikovatelná⁴.

Positive u nekalé soutěže X Negative u nekalých obchodních praktik:

Je první ze situací, kdy vznikají zásadní problémy. Prvním je tzv. minimální standard směrnice, který však může být respektován jen do roku 2013, tj. od 12.6.2007 po dobu šesti let. Po uplynutí této lhůty bude třeba splnit požadavky kladené směrnicí a to bez jakýchkoliv výjimek. S ohledem na tuto skutečnost bude třeba dořešit právě situaci tohoto příkladu, která by po uplynutí výše zmíněné lhůty nesměla nastat. Možná je předčasné uvažovat již o pět let dopředu, ale s ohledem na právě probíhající změnu v oblasti soukromého práva by mělo dojít i k řešení otázek a problémů budoucích, aby později nemuselo docházet k nepřehledné a zbytečné novelizaci některých ustanovení či dokonce celých právních předpisů. V tomto ohledu nebylo kupříkladu odůvodněno, proč transpozice proběhla právě do zákona o ochraně spotřebitele a nikoliv do obchodního zákoníku, přičemž tímto způsobem by dal tento problém minimalizovat a snadno vyřešit v momentě evropské unifikace B2C vztahů.

Další otázky vzbuzuje i ustanovení směrnice, která stanovuje, že odlišnou transpozicí, resp. překročení minimálního standardu, je možno uskutečnit jen za předpokladu, že je to nutné pro

¹ Hajn, P.: Zákon o regulaci reklamy a nekalé obchodní praktiky, Právní zpravodaj, 2006, č.4, s.12.

² Kriticky zaměřený článek – Čech, P.: Nedotažená revoluce v právní úpravě nekalých obchodních praktik, Právní zpravodaj, 2008, č.3, s.1.

³ Správné transpozici směrnic se věnuje článek Mlsna, P.: Směrnice ES a problém jejich transpozice do českého právního řádu, Právní zpravodaj, 2006, č.6, s.10.

⁴ Této otázce se však budu v příspěvku věnovat ještě později.

zajištění náležitě ochrany spotřebitelů a současně musí být přiměřené. Pakliže tomu tak nebude, tak může být Česká republika žalována u Evropského soudního dvora za špatný postup při transpozici směrnice. V tomto případě je jen velice obtížně představitelná argumentace pro transpozici směrnice právě způsobem, jakým proběhla, a překročení míry jejího rozsahu a intenzity prostřednictvím ustanovení na ochranu proti nekalé soutěži⁵. Pravděpodobnost překročení intenzity je dána opět jednak pojetím zcela odlišných generálních klauzulí a taktéž prostřednictvím jiných rozsahů skutkových podstat nekalosti, eventuálně black listu směrnice.

Je třeba rovněž zdůraznit prvek nesystematičnosti celé transpozice směrnice. Jak bylo již zdůrazněno výše, je třeba hodnotit celý právní řád jako celek a hledat vhodná ustanovení, popř. i obor práva, kde svou úpravou může daná směrnice nejlépe regulovat dané vztahy a naopak zrušit veškeré ustanovení, která by byla eventuálně s touto úpravou v nesouladu, popř. ji obcházela. V tomto bodě by se dal zákonodárce odsuzovat za poněkud lajdácký přístup, jelikož směrnicí chránící spotřebitele jednoduše transponoval do zákona na ochranu spotřebitelů. Bez znalosti tohoto zákona by zřejmě většina konstatovala, že to byl krok zcela logický a předvídatelný. Budeme-li však zkoumat strukturu, způsob regulace a i celkové zaměření tohoto zákona, tak zjistíme, že je poněkud odlišný, jelikož spíše stanovuje administrativně povinnosti podnikatelům, ale nereguluje přímo vztahy B2C, které spadají spíše do oblasti práva soukromého, tedy regulovaného prostřednictvím občanského, či obchodního zákoníku. V tomto bodě je však hodnocení značně subjektivní, jelikož každý odborník bude mít na strukturu práva a jeho vnitřní systém odlišný názor.

Jednou z nejzásadnějších výtek však musí být zcela jednoznačně porušení právní jistoty a předvídatelnosti práva pro zahraniční subjekty v pozicích podnikatele. Dalo by se sice argumentovat profesionalitou a nutností počínat si obezřetně, ale účelem směrnice a celé regulace B2C vztahů na úrovni EU byla nediskriminace a sjednocení pravidel pro podnikání na celém území Evropské unie, což samostatná úprava některých praktik vůči spotřebitelům neumožňuje. Je sice předpokládáno směrnicí, že může dojít k úpravě přísnější, ale ta musí být odůvodnitelná. Z důvodů obdobných jako v případě České republiky by mohla zůstat úprava širší ve všech státech Evropské unie a její význam by se tedy značně zmenšil.

Positive u nekalé soutěže X Positive u nekalých obchodních praktik:

Tento střet sice zdánlivě nepředstavuje všechny problémy zmíněné u předchozího bodu⁶, ale vzniká zde další zásadní problém. Tento problém představuje vyřešení střetu, resp. Vztahu úpravy nekalých obchodních praktik a nekalé soutěže. Tato otázka nebyla ještě stále nikde v odborné literatuře řešena a je třeba se zabývat tím, zda-li se v tomto případě bude možno bavit o nějaké posloupnosti, resp. subsidiaritě některé z úprav či nezávislosti a tedy užití dle volby stran⁷. S ohledem na skutečnost, že vztah explicitně nereguluje ani český řád, ani

⁵ Považuji nesporné to, že tyto dvě úpravy budou po nějakou dobu v českém právním prostředí koexistovat a navzájem se překrývat. Problematické bude, jestliže širší prvek bude představovat nekalá soutěž, jelikož bude nutno respektovat právě minimální standard. Rozsah úpravy nekalé v soutěži v českém právním řádu byl řešen již mnohokrát a je nesporné, že pokrývá jak vztahy B2C, tak i B2B. Více viz.: Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly) , 1.vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2005, s.30 a násl. nebo Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1.vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2000, s.239.

⁶ Jedinou zásadní výjimkou je problém unifikace od roku 2013 a nutnost jeho řešení.

⁷ Jako je tomu kupř. v právu na ochranu osobnosti ve vztahu k nekalé soutěži. Opakem by mohl být např. vztah odpovědnostní dle občanského zákoníku, kde existuje odpovědnost obecná a k ní mnoho speciálních druhů, které mají aplikační přednost.

směrnice, tak až aplikační praxe bude muset tuto skutečnost dostatečně vyjasnit. Dle současného znění je mnohem pravděpodobnější varianta druhá, tj. nezávislost obou úprav a tedy volby žalobce na základě kterých ustanovení bude vůči žalovanému uplatňovat své nároky. Není však zcela jasné, zda-li je to varianta ideální, protože obě řešení regulují de facto stejné situace, tz. „nekalé jednání podnikatele“ vůči spotřebiteli, což však ve většině ostatních souběhů nenastává.

2. VÝKLAD A PRÁCE SE SMĚRNICÍ ANEB JE TO SKUTEČNĚ TAK SNADNÉ JAK TO ZATÍM VYPADÁ?

Vezmeme-li v úvahu dikci generálních klauzulí v Evropě proti nekalé soutěži⁸ a současně i anglické znění směrnice, tak můžeme zjistit, že vzniklo něco nového, zdánlivě až nejasného. Důvodem pro tuto skutečnost je zejména souběh generální klauzule v článku 5 odst. 2. směrnice a prováděcího ustanovení k příloze č.1 směrnice, tj. blacklistu, které je obsaženo v článku 5. odst. 5. směrnice, transponovaném do zákona o ochraně spotřebitele v §5 odst.3 a §5a odst. 2..

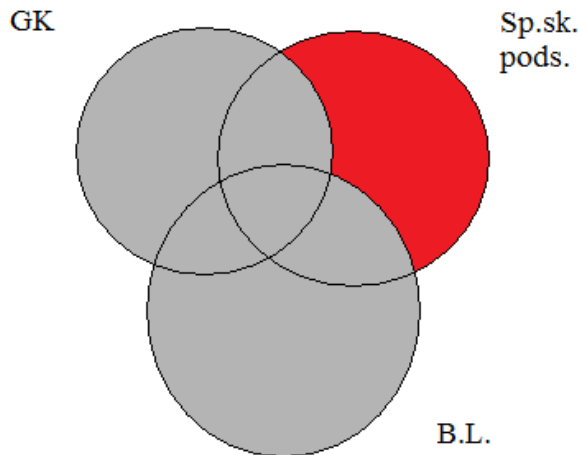
V tomto případě nemůžeme vycházet z transponovaného znění, jelikož překlad směrnice byl poněkud změněn a z českého překladu směrnice: „V příloze I. Je uveden výčet obchodních praktik, které jsou považovány za nekalé za všech okolností...“⁹ je nyní „Klamavou (popř.agresivní) obchodní praktikou je vždy praktika uvedená v příloze č.1 (2) k tomuto zákonu“. V tomto případě nebudeme přistupovat ke kritice samotné problémové transpozice, ale vezmeme-li v úvahu řešení nastíněné směrnici, tak není zcela vyjasněn její vztah ke generální klauzuli. Současná teorie vychází z postupu, který prezentuje např. prof. Hajn ve svých článcích a jež bez dalšího zvažování prohlašuje praktiky dle blacklistu za nekalé¹⁰ a až následně zkoumá další ustanovení směrnice představované generální klauzulí, popř. speciálními skutkovými podstatami. Je to patrné kupř. z příloženého obrázku. Na něm je znázorněn vztah tří základních skupin nekalých praktik dle směrnice, jejich vzájemné vztahy a rovněž situace za kterých je jednání regulované směrnicí považováno za nekalé. Tři množiny představují jednotlivé skupiny vztahů, které směrnice může regulovat. Jedná se jmenovitě o vztahy dle blacklistu, generální klauzule a rovněž speciálních skutkových podstat, tj.klamavých a agresivních. Šedá část obrázku představuje vztahy, které budou nekalými, pakliže budou odpovídat skutkovou podstatou rozsahu ustanovení směrnice. Jejich průsečíky následně situace, kdy dojde k souběhu a možnosti subsumování pod rozsah více ustanovení současně, což je v mnoha případech dokonce nutné. Vyhodnotíme-li si tedy situaci, tak lze dovodit, že rozsah směrnice a nekalých obchodních praktik dle tohoto způsobu je skutečně velice široký. Přispívá k tomu zejména blacklist, který by se dle této teorie neměl ohlížet na abstraktní termíny generálních klauzulí, ale přímo regulovat praktiky obchodníků. Tento způsob řešení má svá pozitiva, ale i negativa. Mezi pozitivy je třeba zmínit relativní právní jistotu účastníků a předvídatelnost regulace. Na druhou stranu je třeba upozornit i na negativa, která budou představovány kupříkladu skutečností, že i přes relativní konkrétnost blacklistu je

⁸ Kubáč, R.: Právní úprava nekalé soutěže se zaměřením na klamavou a srovnávací reklamu v Německu, Rakousku a na Slovensku a porovnání s úpravou českou, Právní rozhledy, 2006, č.18, s.577 nebo Hilty, Reto M., Henning-Bodewig, F.: Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigma in Europe. Berlin: Springer Berlin Heideberg, 2007.

⁹ V anglickém znění ještě výstižnější: „Annex 1. contains the list of those commercial practices which shall in all circumstances be regarded as unfair...“

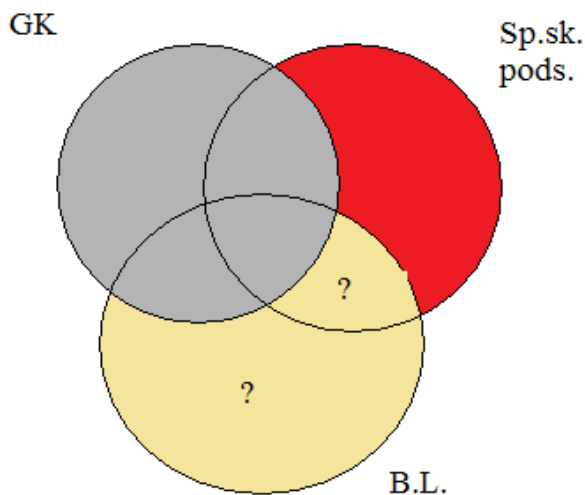
¹⁰ I tak je třeba však podotknout, že tak jednoznačné to není, protože i v tomto případě bude třeba nesporně subsumovat jednání podnikatele pod rozsah ustanovení v příloze a tak prokázat nekalost praktiky.

třeba stále subsumovat skutkovou podstatu přesně pod rozsah jednotlivých praktik popsanych v příloze, což nemusí být vždy snadné. Jediné slovo dikce přílohy je schopno zamezit možnosti argumentace prostřednictvím blacklistu směrnice. Je třeba taktéž zmínit, že práce pomocí této metody může v některých případech vést ke zbytečné tvrdosti vůči podnikatelům, protože zde zcela schází zohlednění některých faktorů konkrétní situace, jak tomu nabízí současná úprava nekalé soutěže prostřednictvím pojmu dobrých mravů v §44 obchodního zákoníku.



Obrázek č.1

Na druhou stranu je možno taktéž postupovat odlišně, čemuž přisvědčuje ustanovení anglického znění, ale i českého překladu, směrnice. Při tomto řešení by se postupovalo obdobně jako při práci s generálními i klauzulemi proti nekalé soutěži, což znamená nutnost zohlednění ustanovení generální klauzule a podmínek tam definovaných při stanovení nekalosti za každých okolností (viz. obrázek č.2). Bez tohoto zohlednění by nebylo možno následně praktiku definovat jako nekalou, jelikož by zde scházel element nekalosti. Tomuto přístupu nasvědčuje nejen možná interpretace, ale taktéž pozitiva v podobě celistvosti zohlednění celého případu a všech jeho aspektů. Jako negativa by se dala prezentovat menší předvídatelnost, právní nejistota a celkově obtížnější práce s touto metodou.



Obrázek č.2

Je třeba konstatovat, že žádné z řešení není zcela správné či chybné. Obecně teorie aplikuje řešení první, což však může vést někdy k nespravedlivému výsledku. Judikatura bohužel k tématu zatím neexistuje, jelikož je směrnice, resp. změny v českých právních předpisech, účinná na území České republiky teprve od počátku roku 2008. Nezůstává tedy alespoň po dobu nejbližší nic jiného, než interpretovat předpis dle jeho znění a pomocí teleologického výkladu, který by mohl přisvědčovat taktéž postupům oběma.

3. CO PŘINESE BUDOUCNOST?

Jak již bylo zmíněno v úvodu, v současné době se stále více a více přibližuje revoluce v soukromém právu. Dojde ke změnám v obchodním, občanském a mezinárodním právu soukromém, což však nevylučuje i další možné výrazné změny. Pakliže je tedy někdy třeba uvažovat *de lege ferenda*, tak by to mělo být právě dnes, kdy by změna byla nejsnadnější a současně nejlépe reflektující novou situaci. Dle současné podoby navrhovaných změn dojde k přesunu úpravy nekalé soutěže a úpravy související kompletně z obchodního do občanského zákoníku a nekalé obchodní praktiky jsou již transponovány do zákona o ochraně spotřebitele. Zda-li je toto řešení ideální je obtížné odpovědět, ale přinejmenším je třeba upozornit na značnou inkonzistenci této varianty z pohledu historického vývoje a taktéž nesouladu skutečnosti, že úprava nekalých obchodních praktik je obsažena v zákoně, jež má chránit spotřebitele a nekalá soutěž bude v zákoně s obdobným zaměřením. Jako logické řešení by se mohlo jevit sloučení obou úprav, či naopak definitivní rozštěpení úpravy na ochranu soutěžních pravidel.

Na základě vývoje z poslední doby se stává stále více a více evidentním fakt, že nekalá soutěž a její úprava se štěpí. Po vývoji z minulosti¹¹, kdy byl trend opačný se opět začíná rozlišovat mezi vztahy B2B a B2C a vývoj tedy spěje k možnému rozdělení úpravy. Do budoucna je možnost zavedení jednoho z těchto řešení:

¹¹ Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly), 1. vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 13.

Společná varianta:

V tomto případě by se maximalizoval efekt sloučení úprav a tak by komplexní úprava mohla být obsažena v občanském či obchodním kodexu. Taktéž by mohl vzniknout samostatný zákon, který by problematiku upravoval. V současné situaci se jeví tato varianta jako nepravděpodobná, protože by znamenala zrušení podstatné části zákona ochrany spotřebitele a současně nerozdělení úpravy, jež má být obsažena v budoucím občanském zákoníku. Výhodou tohoto řešení by byla přehlednost, jednoduchá dohledatelnost či snadná novelizovatelnost.

Varianta dělená:

Zde dojde k naprostému oddělení obou úprav a nadále se bude operovat s nekalostí pro vztahy B2C a B2B. Z první větve vztahů se zřejmě postupem času vytvoří část spotřebitelského práva, která bude regulovat vztahy B2C a to jednak z pohledu soukromoprávního a jednak veřejnoprávního. B2B úprava by potom následovala vzor prvorepublikový a vrátila se tedy ke klasickému pojetí nekalé soutěže mezi podnikateli. Úprava vztahu B2C by se mohla vyskytovat v zákoníku občanském, spojeném se zákonem na ochranu spotřebitele; B2B vztahy by následně mohly být v zákoníku obchodním či v samostatném předpise na ochranu proti nekalé soutěži. Výhodou tohoto řešení by byl soulad s komunitárním právem, jasná vymezenost obou řešení, možnost vhodnější a přesnější úpravy pro jednotlivé typy vztahů.

Varianta smíšená:

Poslední z možných řešení představuje kombinaci v podobě úpravy společné pro oba typy vztahů, které však bude doplněné i dalším předpisem. Tento typ existuje částečně i dnes v podobě obchodního zákoníku (v budoucnu občanském zákoníku) jako předpisu relativně obecného pro tuto problematiku a vedle něj existujícím zákoně o ochraně spotřebitele, jež upravuje problematiku nekalých obchodních praktik. Toto je však jen jedno z možných řešení, protože tato varianta může stavět jednak na vztahu subsidiarity, ale také naprosté nezávislosti. Současně s tím mohou být upraveny samostatně praktiky v B2B, ale i B2C vztazích. Toto řešení nabízí pozitiva obou předchozích řešení, ale současně je i částečně zmenšuje, protože přehlednost, dohledatelnost, ale i novelizace je značně obtížnější, ale na druhou stranu silné prvky varianty dělené zůstávají zachovány.

Závěrem celého příspěvku je třeba upozornit na skutečnost, že Česká republika je z pohledu transpozice nejhorším státem z celé Evropské unie, jak vypovídají statistiky z uplynulého roku¹². Je třeba si uvědomit, že pro zlepšení této nelichotivé bilance je třeba zapracovat na legislativním procesu a transponovat směrnice obecně mnohem přesněji, systematictěji a koncepčně. Typickým příkladem by mohla být směrnice, již je věnován tento článek. K transponovaným předpisům by mělo prostřednictvím diskuze či důvodové zprávy docházet ke konkretizaci práce a skutečnému zdůvodnění jednotlivých ustanovení a nejenom pouhému přepisování obecně známých faktů a frází. Krom této skutečnosti je třeba zapracovat i nad dlouhodobými řešeními a tedy koncepčností práce, pakliže má nový předpis zasahovat do celého právního odvětví. Ostatně jak již řekl T.A.Harris: „Není možné se učit navigaci za bouře“.

¹² *Transpozice směrnic vnitřního trhu – Nejlepší výsledek pro EU, nejhorší pro ČR*, Právní zpravodaj, 2008, č.8., s.2.

Literatura:

- Čech, P.: Nedotažená revoluce v právní úpravě nekalých obchodních praktik, Právní zpravodaj, 2008, č.3.
- Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1.vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2000.
- Hajn, P.: Zákon o regulaci reklamy a nekalé obchodní praktiky, Právní zpravodaj, 2006, č.4.
- Hilty, Reto M., Henning-Bodewig, F.: Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigma in Europe. Berlin: Springer Berlin Heideberg, 2007.
- Kubáč, R.: Právní úprava nekalé soutěže se zaměřením na klamavou a srovnávací reklamu v Německu, Rakousku a na Slovensku a porovnání s úpravou českou, Právní rozhledy, 2006, č.18.
- Mlsna, P.: Směrnice ES a problém jejich transpozice do českého právního řádu, Právní zpravodaj, 2006, č.6.
- Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly), 1.vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2005.

Kontaktní údaje na autora – email:

Hulle.tomas@gmail.com