Tzv. významná tržní síla:

mezi Scyllou invazivní regulace a Charybdou neomezené smluvní svobody?

Josef Bejček

Svatomartinská konference
Brno, 12. 11. 2014

Pojmoslovné peripetie

Oprávněnost regulace

- Významná tržní síla (VTS) jako relace v konkrétním obchodním vztahu, nebo jako „kvalifikovaná subdominance"?
- S „dělem" veřejnoprávní kogentní úpravy „na komára"?
- Autoregulace vadí tak, že se ani o ni nepokusíme?
- V oblasti reklamy funguje
- To, že ji v jiné zemi (UK s podstatně koncentrovanějším trhem s potravinami)) nahradili právní úpravou, není tudíž argument pro odmítání autoregulace v jiné zemi s odlišnými podmínkami na trhu
- V jiných zemích naopak kodexy chování fungují nebo se zavádějí (DZ 1.3.2.)

Oprávněnost regulace

- EK naopak zejména k zapojení do „dobrovolných systémů" vyzývá – viz Sdělení „Boj proti nekalým obchodním praktikám mezi podniky v rámci potravinového řetězce", COM (2014) 472
- Domněnka VTS dána obratem, navíc jen v úzkém segmentu zboží a služeb
- Dříve jen na straně odběratele
- Novela sice předpokládá učinit formální ústupek a má zasáhnout i dodavatele, ale fakticky (viz skutkové podstaty v § 4 návrhu novely) by šlo stále o odběratele
- Vyjednávací síla obchodních řetězců v ČR patří k nejnižším v Evropě kvůli jejich neexistující tržní moci a nízkým podílům na trhu

Známe cíl úpravy?

- Jaký je vlastně cíl úpravy - bez ohledu na jeho výslovné (ne)uvedení v textu zákona?
- Známe cíl navrhované novely ZVTS z DZ (odstranit nejasnost, nepřehlednost a nekoncepčnost ZVTS) , ale ne cíl základního zákona (přijatého bez řádné DZ, poslanecká iniciativa)
- Nejde náhodou o cíl distributivní spravedlnosti vnášené zvnějšku tam, kde korektivní spravedlnost v interakci zájmů partnerů soukromoprávního vztahu nefunguje (faktický diktát pod hávem smlouvy)?
- Je k tomuto hledání vyváženosti uzpůsoben nejlépe správní orgán a správní řízení?
- Neskrýváme tento cíl „administrativně přidělované distributivní spravedlnosti" za zástěrkou (nevyřčeného) cíle „ochrany HS"?

Známe cíl úpravy?

- Zdůvodnění, že „prostředky soukromého práva v dané oblasti selhaly," je jen intuitivní
- To tedy vždy tam, kde takto věrohodně „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, nastoupí paternalisticky veřejnoprávní regulace?
- Nebyla provedena analýza materiálních předpokladů normotvorby před přijetím TS - předpis „se chtěl" – a ani jeho vlivu před návrhem novelizace

Ochrana soutěže, nebo její narušení?

- Paradoxně návrh novely nevypustil jen požadavek „podstatného" narušení HS, ale jakéhokoliv narušení soutěže (a ani slovo „soutěž" se ovšem v návrhu novely vůbec nezmiňuje - s výjimkou procesního postupu podle ZOHS a názvu ÚOHS)
- Není pravý účel ochrany skrze VTS individuálně ochranářský, a nikoliv institucionálně ochranářský?
- Nenaruší či neohrozí nakonec selektivní a diskriminační regulace soutěž a blahobyt spotřebitelů?
- Nezbráníme soutěži mezi dodavateli vedené prostřednictvím obchodních podmínek, z níž může nakonec těžit spotřebitel?

Subdominanti nebezpeční pro soutěž?

- Nejsou-li s pomocí soutěžních pravidel „nežádoucí praktiky" odběratelů řešitelné (bod 1.3. RIA), není to přiznání, že by se měla změnit buď ona soutěžní pravidla?
- Ta stávající totiž jen potvrzují, že soutěž na RT těmi praktikami ohrožena není
- Nebo bychom se měli poohlédnout po jiných nástrojích?
- Žádný ze 3 největších obchodních řetězců nedosahuje podle DZ ani 12% podílu na RT maloobchodního prodeje potravin a společný podíl 8 největších se blíží 63%
- Nikdo z nich nemá tržní moc
- Nejde snad o soutěžní trh?

Subdominanti nebezpeční pro soutěž?

- Podle RIA k novele ZVTS (1.3.) má být novela ZVTS speciální úpravou k ZOHS
- Má tedy tentýž cíl (ochranu HS proti jejím narušení - § 1/1 ZOHS)?
- Může narušit soutěž na českém trhu zakazované jednání odběratele bez tržní moci (s 10 - 12% podílem na trhu) vůči konkrétnímu dodavateli jen proto, že odběratel dosahuje obratu vyššího než 5mld Kč?
- Funkční soutěž se tímto jednáním narušit nedá, ale zájmy tržní protistrany možná ano
- Má to však regulovat veřejnoprávní zákon?

Je ve hře skutečně soutěž ?

- VTS má podle DZ být „objektivním postavením na trhu", a ne posouzením individuálních vztahů, a to proto, že protiprávní praktiky se uplatňují plošně (kdo změřil?)
- VTS má být „obecnou kupní silou" (nikoliv však tržní mocí ve smyslu ZOHS) odběratele vůči všem svým dodavatelům (s. 15 DZ), aniž ovšem její uplatnění musí znamenat ohrožení nebo narušení HS (§4 in fine ZVTS má být vypuštěn)
- RIA (2.1., str. 21) přitom prozrazuje trvající aspirace ÚOHS na ochraně HS v odvětví

Je ve hře skutečně soutěž ?

- Má se záměrně upustit od prokazování dopadu na hospodářskou soutěž, a to proto, aby se zrychlilo a zjednodušilo správní řízení před ÚOHS (bod 1.6. DZ, str. 17)?
- Má tento „provozní ohled" mít přednost před materiálním znakem skutkové podstaty deliktu?
- Jak může mít ZVTS povahu legi speciali k ZOHS, když nesleduje tentýž cíl jako ZOHS?
- … a dokonce ani nevyžaduje jakýkoliv test zakázaných jednání na ohrožení či narušení soutěže?

Novela jako jistota a koncepční vyjasnění, nebo další „troublemaker"?

- Současně se (bod 1.3. DZ in fine, s. 16) za zneužití VTS pokládá jakékoliv jednání, které má, resp. by mohlo mít negativní dopad na hospodářskou soutěž
- Důvodová zpráva tedy předpokládá znaky, které text zákona záměrně obsahovat nemá a nechce
- Skutečně tedy novela přinese větší jasno o tom, co to vlastně VTS je?
- Odstraní se tudíž právní nejistota ohledně rozsahu povoleného nebo zakázaného jednání, jak si přeje DZ (1.5, str. 16)?

Novela jako jistota a koncepční vyjasnění, nebo další „troublemaker"?

- Návrh novely ZVTS § 3a: samostatný správní delikt (§8/1d) bez vlivu na soukromoprávní platnost a účinky - např. nikoliv písemné sjednání smlouvy
- Asi ne její neformální změna nebo doplněk či její zrušení – správní delikt je vymezen jen pro „sjednání" (srov. jiné řešení v příloze č. 3 platného ZVTS, bod 1.: smlouvu nelze měnit bez písemného souhlasu obou stran)
- Zakazuje se něco (byť ne nově), co není zneužitím VTS, jen je to usnadňuje
- Správním deliktem bude tedy třeba i obsahově superkorektní ujednání, které ovšem nebude písemné
- Těžkopádnost a transakční náklady pro kupující i prodávající jako (jimi placená) cena za to, aby se ev. mohlo pohodlněji vyšetřovat?

Novela jako jistota a koncepční vyjasnění, nebo další „troublemaker"?

- Vyjednávací asymetrii nelze zabránit, aby se projevila třeba antedatovaným písemným ujednáním smluvních podmínek
- Může a má správní orgán rozhodovat např. o tom, zda existuje výrazná nerovnováha v právech a povinnostech stran každé jednotlivé transakce (srov. např. § 4/2a návrhu novely ZVTS)?
- Co je to „podstatné porušení smlouvy" (třeba pro účely vrácení nakoupených potravin - § 4/2g návrhu novely ZVTS) si lze korektně soukromoprávně sjednat – ÚOHS k tomuto ujednání nepřihlédne?
- Ev. smlouvy s rozvazovacími či odkládacími podmínkami účinnosti, které uzavře „významně tržně silný" odběratel se slabším dodavatelem, snad budou také (per analogiam, obcházení účelu) správním deliktem?

Přiznáme, že jde o ochranu kategoriálně ustaveného slabšího partnera (a ne soutěže či spotřebitele) ?

- Ochrana slabší strany nejen v oblasti práva soukromého, ale i práva veřejného
- Srovnat s 433 NOZ – budou problémy (jednočinný souběh)?
- Smluvní svoboda, na niž přísahá NOZ, je výrazně atakována
- Tvrzení navrhovatele novely z připomínkového řízení, že „veřejný zájem na férovém jednání převažuje nad smluvní svobodou," je apodiktické (axiomatické, axiologické) a nemá žádnou pravdivostní hodnotu

Přiznáme, že jde o ochranu kategoriálně ustaveného slabšího partnera (a ne soutěže či spotřebitele) ?

- Oborová příslušnost „postiženého" nebo jeho pozice v konkrétním vztahu (dodavatel nebo odběratel) neindikují status slabšího nebo silnějšího
- Silní odběratelé nemusí spotřebitelům jen škodit
- Prospěšná je subdominantní kupní síla: ještě neexistuje tržní moc *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

Jak nízko leží autoregulační schopnost trhu?

- Prodávající může snížit kvalitu, aby kvůli nízké ceně vynucené kupujícím neutrpěl ztrátu při daných nákladech
- Bumerangový efekt: kupní síla zlevní zboží, ale za cenu zhoršení kvality (zejm. u potravinářských neznačkových produktů)
- Subdominantní kupní síla může snížit kvalitu výrobků, za něž kupující kvůli podřadné kvalitě zaplatí více
- Erozi kvality usnadňují soukromá označení (obchodní značky), u nichž není záruka kontroly kvality jako u originálního značkového zboží
- Má být „kvalitářem" právě ÚOHS, a nebo spíše spotřebitel prostřednictvím trhu, resp. speciální odvětvový regulátor ?

I subdominant ve vztahu k partnerovi, jenž na něm není ekonomicky závislý, má „subzvláštní" odpovědnost?

- Tržní síla („nevýznamná") > významná tržní síla („dominance menšího významu")
- „Zvláštnější odpovědnost" – přísněji na subdominanta s VTS než na dominanta ?
- VP ochrana proti nekalé soutěži jako její „zesilovač"?
- Postavení toho, kdo má možnost (!) využít je k něčemu, co je vlastní podstatou obchodu (získat vlastní prospěch na úkor soutěžitelů nebo spotřebitelů)
- Zelená kniha o nekalých obchodních praktikách mezi podniky (B2B) - obsahová kontrola správnosti i nad rámec potravinářského sektoru
- Různá vyjednávací síla, která vede k nepoctivým podmínkám, není doménou vztahů B2C, ale vyskytuje se masově i ve vztazích B2B a nese podobné rysy

Provozní zjednodušení na úkor podstaty a smyslu regulace (absolutní a relativní koncept)?

- U nás se zdá, že je politicky odmítnuto pojetí „ekonomické závislosti“: konkrétní relativní vztah, který není předurčen ani sektorově, ani strukturálně (omezení jen na dodavatele), ani absolutními údaji o obratu či relativními údaji o tržním podílu
- Novela vsadila (podle DZ) na jednu kartu tzv. absolutního konceptu VTS, plošně, bez ohledu na konkrétní relaci s obchodním partnerem, které nasvědčuje §3/2 ZVTS
- Práh 5mld obratu (§3/3 ZVTS) je však jen podpůrnou vyvratitelnou domněnkou, ne popřením odst. 2 - takže text zákona tomuto jednoznačnému příklonu k objektivní koncepci nesvědčí

Věcná diskuse lepší zájmové přetahované

- Údaj, že některé země absolutní koncept již mají též (GB, H, LT), není věcným zdůvodněním
- Jinde totiž vycházejí z opačného konceptu ekonomické závislosti posuzované analogicky k dominanci (§ 20/2 německého GWB) i přesto, že je nepochybně také „obtížně aplikovatelný“