

**UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA**



Disertační práce

**ROZSAH ODPOVĚDNOSTI ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU
PORUŠENÍM SOUTĚŽNÍCH PRAVIDEL EU**

Petra Joanna Pipková

Školitel: Prof. JUDr. Luboš Tichý

2012

Prohlašuji, že jsem disertační práci zpracovala samostatně, že jsem vřádně citovala všechny použité prameny a literaturu a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 30. května 2012

.....

Petra Joanna Pipková

Obsah	
SEZNAM ZKRATEK	6
KAPITOLA 1. ÚVOD DO PROBLEMATIKY	7
I. ÚVOD A OBECNÁ METODOLOGIE PRÁCE	7
II. PROSTŘEDKY K DOSAŽENÍ CÍLŮ KARTELOVÉHO PRÁVA	11
III. SOUKROMOPRÁVNÍ A/NEBO VEŘEJNOPRÁVNÍ PROSAZOVÁNÍ KARTELOVÉHO PRÁVA	13
A. SOUKROMOPRÁVNÍ VYMÁHÁNÍ V PRÁVU EVROPSKÉ UNIE	14
B. ZHODNOCENÍ POTŘEBY SOUKROMOPRÁVNÍHO VYMÁHÁNÍ	15
C. VEŘEJNOPRÁVNÍ VERSUS SOUKROMOPRÁVNÍ PROSAZOVÁNÍ KARTELOVÉHO PRÁVA	16
1. Veřejnoprávní subjekty prosazující kartelové právo	16
2. Soukromé subjekty prosazující právo	17
3. Soukromoprávní a veřejnoprávní subjekty prosazující právo v roli rovnocenných partnerů	19
IV. NÁROK NA NÁHRADU ŠKODY PODLE PRÁVA EU	20
A. JUDIKATURA SOUDNÍHO DVORA	20
1. Před rozsudkem ve věci <i>Courage</i>	20
2. Rozsudek ve věci <i>Courage</i>	22
3. Rozsudek ve věci <i>Manfredi</i>	24
B. PRÁVO EU A PRÁVO ČLENSKÝCH STÁTŮ	25
C. HARMONIZACE	26
V. Facit	28
KAPITOLA 2. OBECNĚ K NÁROKŮM NA NÁHRADU ŠKODY NA ZÁKLADĚ KARTELOVÉHO PRÁVA	30
I. Funkce nároků na náhradu škody	30
A. KOMPENZACE (FUNKCE ALOKAČNÍ, RESP. REPARAČNÍ)	31
B. ODSTRAŠENÍ (FUNKCE PREVENTIVNÍ)	33
C. SANKCE (FUNKCE REPRESIVNÍ)	36
1. Krátký exkurz: Punitive damages	37
D. SOUDCOVSKÁ TVORBA PRÁVA/SNIŽOVÁNÍ ZÁTĚŽE SOUTĚŽNÍCH ÚŘADŮ	38
E. FACIT	38
II. Základ nároku (<i>Anspruchsgrundlage</i>)	40
A. NÁROK Z PORUŠENÍ KARTELOVÉHO PRÁVA	40
B. ZÁKLAD NÁROKU V PRÁVU PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI	46
C. PORUŠENÍ DOBRÝCH MRAVŮ	48
D. FACIT	49
KAPITOLA 3: ROZSAH ODPOVĚDNOSTI	50
I. Adekvátnost	52
A. ÚVOD	53
B. PŮVOD TEORIE ADEKVÁTNOSTI	55
C. FUNKCE	56
D. FORMULACE ADEKVÁTNOSTI	59
E. ZÁKLADY	60
1. Objektivní měřítko adekvátnosti	61
a) Měřítko adekvátnosti v německém právu	61
b) Měřítko adekvátnosti v rakouském právu	62
c) Měřítko adekvátnosti v českém právu	62
2. Rozhodující kritéria	64
F. ADEKVÁTNOST A ODPOVĚDNOST NEZÁVISLÁ NA ZAVINĚNÍ	66
G. VZTAH MEZI TEORIÍ ADEKVÁTNOSTI A UČENÍM O OCHRANNÉM ÚČELU NORMY	66
H. SLOVO ÚVODEM PŘED KONKRÉTNÍ APLIKACÍ TEORIE ADEKVÁTNOSTI	68

1. Adekvátnost a ochranný účel normy	68
2. Aplikace teorie adekvátnosti tam, kde není zkoumán ochranný účel normy	70
I. APLIKACE NA OBLAST SOUTĚŽNÍHO PRÁVA EU	71
1. Objektivní měřítko	71
a) Měřítko adekvátnosti založené na optimálních schopnostech	71
b) Každý rozumný člověk – měřítko adekvátnosti založené na průměrných schopnostech?	73
c) Podnikatel-řádný hospodář jako měřítko přizpůsobené okolnostem deliktu	73
d) Jak by tedy mělo objektivní měřítko adekvátnosti být nastaveno?	74
2. Předvídatelnost	75
3. Pravděpodobnost	76
4. Konkrétní aplikace adekvátnosti na soutěžní škody	78
a) Osobní vymezení	78
b) Věcné vymezení	79
5. Facit	80
II. Ochranný účel normy	82
A. METODOLOGIE POSTUPU A ZKOUMÁNÍ OCHRANNÉHO ÚČELU	82
B. VZNIK UČENÍ O OCHRANNÉM ÚČELU NORMY	83
C. ZÁKLADY	84
D. URČENÍ OCHRANNÉ PŮSOBNOSTI NORMY (SCHUTZBEREICH)	86
1. V případě ochranného zákona (<i>Schutzgesetz</i>)	86
a) Jak funguje ochranný zákon?	86
b) Funkce ochranných zákonů	87
c) Vlastnost ochranného zákona: charakter normy, individuální ochrana ve prospěch poškozené osoby	90
i) Charakter normy	90
ii) Ochrana individuálních zájmů	91
d) Metodika zjišťování ochranného účelu	93
e) Ochranná působnost normy (Schutzbereich der Norm)	96
i) Osobní ochranná působnost normy (persönlicher Schutzbereich)	96
ii) Věcná ochranná působnost normy (sachlicher Schutzbereich)	97
iii) Modální, způsobová (funkcionální) ochranná působnost normy (modaler/funktionaler Schutzbereich)	97
2. Ochranná působnost normy v případě generálních klauzulí	98
a) Věcná ochranná působnost normy	99
b) Osobní ochranná působnost normy	99
c) Funkcionální ochranná působnost normy	100
d) Exkurz: Právo k zavedené a vykonávané živnosti (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)	100
3. Zvláštní zákony	103
E. KONKRÉTNÍ APLIKACE NA SOUTĚŽNÍ PRÁVO EU	103
1. „Předběžná otázka“: Význam pojmu „každý“ v judikatuře Soudního dvora	105
2. Německá právní úprava	108
a) Osobní ochranná působnost normy (persönlicher Schutzbereich)	111
i) „Předběžná otázka“: Přímý poškozený v. nepřímý poškozený	112
ii) Konkurence	113
iii) Účastníci kartelu	116
iv) Podnikatel jako přímý odběratel/dodavatel (unmittelbare Marktgegenseite)	118
v) Spotřebitel jako přímý odběratel (unmittelbare Marktgegenseite)	120
vi) Nepřímí odběratelé(/dodavatelé) (mittelbare Marktgegenseite)	122
vii) Jednotlivé způsoby jednání, proti němuž jsou jednotliví poškození chráněni	127
b) Vymezení ochranné působnosti normy podle předmětu (sachlicher Schutzbereich)	130
i) Ekonomické škody (Vermögensschäden)	130
ii) Narušování svobody jednání	135
iii) Otázka nepřímých škod	136

c) Funkcionální (modální) působnost ochrany	137
i) Kritérium „mezi členskými státy“ (mezistátní klauzule)	138
ii) Znatelný dopad	139
iii) Doplňková omezení (ancillary restraints)	139
iv) Vynětí jednání ze zákazu - výjimka (Freistellung/Exemption)	140
v) Úřední prominutí/vynětí	141
3. Právní úprava v Rakousku	142
a) Osobní ochranná působnost normy (persönlicher Schutzbereich)	143
i) Přímí poškození	143
ii) Nepřímí poškození	147
b) Věcná ochranná působnost normy – nepřímé škody	148
4. Česká republika	149
a) Ochranný účel podle platné úpravy	149
i) Exkurz: Co zahrnuje náhrada škody podle českého právního řádu	151
b) Ochranný účel v novém občanském zákoníku	155
5. Přenesené škody (Schadensabwälzung, passing-on)	156
a) Německá úprava	158
b) Rakouská úprava	160
c) Facit	160
F. FACIT: NAVRHOVANÁ APLIKACE OCHRANNÉHO ÚČELU	161
III. Srovnání výsledků při adekvátnosti a při aplikaci ochranného účelu normy	165
KAPITOLA 4: ZÁVĚR	167
SEZNAM SOUDNÍCH A JINÝCH ROZHODNUTÍ	171
SEZNAM LITERATURY	175
SEZNAM PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ	182
ABSTRAKT: ROZSAH ODPOVĚDNOST ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU PORUŠENÍM SOUTĚŽNÍCH PRAVIDEL EU	183
ABSTRACT: SCOPE OF LIABILITY FOR BREACH OF EU COMPETITION RULES	188

SEZNAM ZKRATEK

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (rakouský občanský zákoník)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BB	Betriebsberater
BG	Bezirksgericht (rakouský okresní soud)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (německý občanský zákoník)
BGH	Bundesgerichtshof (německý Spolkový soudní dvůr)
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundegerichtshofs: Zivilrecht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (německý Spolkový ústavní soud)
CMLRev	Common Market Law Review
dStGB	(deutsches) Strafgesetzbuch (německý Trestní zákoník)
dUWG	(deutsches) Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (německý zákon proti nekalé soutěži)
EU	Evropská unie
FKK	Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (německý zákon o ochraně hospodářské soutěže)
JB1	Juristische Blätter
JZ	Juristenzeitung
KBB	Koziol, Bydlinski, Bollenberger: Kommentar zum ABGB
LG	Landgericht (německý zemský soud)
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NS	Nejvyšší soud
OGH	Oberster Gerichtshof (rakouský Nejvyšší soud)
OLG	Oberlandesgericht (německý vrchní zemský soud)
öUWG	(österreichisches) Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (rakouský zákon proti nekalé soutěži)
OZK	Zeitschrift für Kartell und Wettbewerbsrecht
RG	Reichsgericht (německý Říšský soud)
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts: Zivilrecht
SEU	Smlouva o Evropské unii
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
SZ	Sammlung der OGH Entscheidungen: Zivilrecht
Soudní dvůr	Soudní dvůr Evropské unie (resp. Evropský soudní dvůr)
ÚS	Ústavní soud
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Kapitola 1. Úvod do problematiky

I. ÚVOD A OBECNÁ METODOLOGIE PRÁCE

System zaručující nenarušenou hospodářskou soutěž je jedním z hlavních cílů Evropské unie (EU). Ochrana soutěže však není samoučelem. Vedle skutečnosti, že fungující soutěž mezi členskými státy napomáhá vytvoření vnitřního trhu v EU, zajišťuje fungující soutěž zejména ekonomické a sociální úkoly: optimální alokaci zdrojů, racionalizaci výroby, zajištění spotřebitelského blahobytu, zaměstnanosti apod. Nenarušenou soutěž lze zaručit pouze, pokud systém prosazování norem chránících soutěž před jejím omezováním je nastaven efektivním způsobem. Efektivní systém lze vytvořit pouze tehdy, pokud se nebudeme spoléhat pouze na veřejné instituce, které v současné době nejsou schopny reagovat na veškerá podstatná omezení hospodářské soutěže. Zabývat se mohou jen těmi nejzávažnějšími, což nechává prostor pro méně exponovaná narušování. Kromě toho, nemají někdy veřejné instituce dostatečné nástroje k tomu, aby potenciální narušitele odstrašily od protisoutěžního jednání. Nemají někdy dostatečné prostředky k tomu, aby vyslaly signál, že protisoutěžní jednání se nevyplatí. Z tohoto důvodu by mělo být veřejnoprávní prosazování soutěžního práva doplněno o instituty soukromoprávního vymáhání práva: vedle zatím málo uplatňovaných negatorních žalob (jak individuálních, tak zejména kolektivních), by to měly být právě žaloby na náhradu škody. Právě náhrada škod způsobených porušením soutěžního práva a její nastavení tak, aby pro prosazování soutěžního práva nebyly ani demotivující, ani přehnaně motivující, je tématem této práce. Soukromoprávní prosazování má však význam pouze tehdy, pokud je systém nastaven vyváženě – tedy pokud nevede k odstrašení od aktivit, které se mohou svým charakterem blížit skutkové podstatě zákazů protisoutěžního jednání, které však mohou mít pozitivní účinky na rozvoj technologií, postupů apod. Je tedy nutno nalézt optimální nastavení systému náhrad škod způsobených protisoutěžním jednáním, které by na jedné straně motivovalo k jejich vymáhání (a tudíž k prosazování soutěžního práva) a na druhé straně rozumně omezilo rozsah oprávněných nároků na náhradu škody na takovou míru, aby nedošlo k přehnanému odstrašení.

Soudní dvůr svojí judikaturou ve věcech *Courage* a *Manfredi* zavedl, resp. objevil, unijní nárok na náhradu škody způsobenou porušením unijního soutěžního práva (tedy čl. 101/102 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“)). Zdá se, že najednou bylo objeveno,

že porušení kartelového práva¹ může vyvolávat nároky na náhradu škody těch, kteří byli protisoutěžním jednáním poškozeni. To však není pravda. Nároky na náhradu kartelové škody zde byly již dříve, minimálně co se týče vnitrostátního kartelového práva; výslovně byl např. upraven ve starém českém zákoně na ochranu hospodářské soutěže. Byly zde ale i nároky z porušení evropského kartelového práva, jak dokazuje samotný případ *Courage*, jakož i německá judikatura. Nicméně těchto nároků bylo, resp. je užíváno pouze ve velmi omezené míře, ačkoli jejich vymáhání mnoho soutěžních právníků považuje za velmi účinný prostředek prosazování soutěžního práva.

Z jakého důvodu je nároků na náhradu kartelové škody využíváno v tak omezené míře? Není jich snad potřeba, tedy nevznikají protisoutěžním jednáním individuální škody? Je o této možnosti ochrany vlastních zájmů tak malé povědomí? Nebo zde jsou příliš velké překážky pro uplatňování nároků? Pravda by nejspíše měla být hledána mezi druhým a třetím argumentem, tedy slabým povědomím a překážkami. Současné snahy Evropské komise, tedy přípravné práce na unijním nástroji, který by některé aspekty žalob na náhradu kartelových škod upravoval a měl jejich využívání usnadnit, a skutečnost, že sama Komise velmi aktivně vymáhá vlastní nárok na náhradu kartelové škody (neboť se sama stala obětí výtahového kartelu²), mají tento stav změnit a využívání nároků na náhradu kartelových škod rozšířit.

Skrývá v sobě tento její postup nebezpečí, že zde bude příliš mnoho a příliš slabě podložených žalob na náhradu kartelové škody? Pravděpodobně ne. Kontinentálně právní kultura není podložitím pro všeobecnou litigační explozi, nicméně by mohlo v konkrétních jednotlivých případech docházet k přehnanému množství žalob na náhradu škody, jejichž podklad by byl z hlediska úvah o spravedlnosti minimálně pochybný, které by však přesto mohly mít úspěch ve věci, pokud by zde neexistoval efektivní, spravedlivý, přiměřený a předvídatelný (a tím respektující požadavky právní jistoty) mechanismus vymezování, resp. omezování rozsahu odpovědnosti osoby, která se protisoutěžního jednání dopustila. Často zastávaným řešením je jakýsi přirozený výběr na základě neschopnosti, resp. nemožnosti prokázat kauzální nexus. Tento postup může ve většině případů fungovat, ale není stoprocentní zárukou. Z tohoto důvodu by zde měly být další – ne jiné – prostředky vymezení rozsahu civilní odpovědnosti původce kartelové škody. Vedle adekvátnosti navazující na

¹ V práci bude promiscue používáno kartelové právo či soutěžní právo vždy se stejným významem a obsahem.

² Jedná se o kartel mezi výrobci výtahů a eskalátorů, mj. KONE, Schindler, ThyssenKrupp a Otis. (Rozhodnutí Komise č. COMP/E-1/38.823 ze dne 21. 2. 2007 ve věci *PO/Elevators and Escalators*; potvrzující rozsudky Tribunálu č. T-151/07 ze dne 13. 7. 2011 ve věci *Kone Oyj, Kone GmbH and Kone BV v Komise*, ECR [2011]; spojené věci č. T-141/07, T-142/07, T-145/07 a T-146/07 ze dne 13. 7. 2011 ve věci *General Technic-Otis Sàrl, General Technic Sàrl, Otis SA and Others a United Technologies Corporation v. Komise*, ECR [2011]). Komise podala žalobu na náhradu škody u obchodního soudu v Bruselu (sp. zn. A/08/06816). Ten následně předložil předběžnou otázku, zda Komise může vůbec žalovat, když případ sama vyšetřovala a má tudíž privilegovanou pozici (případ má číslo C-199/11).

příčinnou souvislost (a omezující následky na ty, které jsou v adekvátní příčinné souvislosti k posuzovanému jednání) jsou zde i další mechanismy determinující **příčitatelnost** škody jejímu původci, a tím vymezující rozsah jeho odpovědnosti (ochranný účel normy, omezení podle běžných životních rizik, podle standardu chování apod.)

Otázka stanovení odpovědnosti za způsobenou škodu na základě kauzálního nexu a jejího následného omezení na základě příčitatelnosti odpovídá angloamerickému rozlišování mezi *factual causation (but-for test, conditio sine qua non)* a *legal causation*. Příčinná souvislost je přitom hlavním momentem pro určení rozsahu odpovědnosti za vzniklou škodu. Příčinná souvislost je vlastně absolutní vnější hranicí odpovědnosti. Pokud nelze zjistit kauzální nexus mezi jednáním a vzniklou škodou, je zkoumání odpovědnosti ukončeno. Příčitatelnost (*legal causation*) doplňuje zkoumání příčinné souvislosti o další aspekty tak, aby bylo dosaženo právněpoliticky spravedlivého výsledku.

Český právní řád staví více méně pouze na otázce adekvátnosti příčinné souvislosti, tedy na mechanismu blízkému otázce kauzality, širší otázce příčitatelnosti se výslovně nevěnuje. V dnešní době se čím dál tím více ukazuje, že aplikace pouhé adekvátnosti pro dosažení spravedlivého výsledku nestačí. Lze se domnívat, že ani české soudy si nejsou schopny vystačit pouze s otázkou adekvátnosti, ale další úvahy vycházející ze spravedlnosti nepojmenovávají. Pojmenování úvah a přesné definování je z právněpolitického hlediska spravedlivější, neboť je v souladu s principem právní jistoty.

Základním účelem práce je pokusit se vymezit pro potřeby českého právního řádu rozsah odpovědnosti osoby, která se dopustila protisoutěžního jednání (uzavřením zakázané dohody nebo zneužitím dominantního postavení) tak, aby byly dodrženy požadavky spravedlnosti a efektivity. K tomu by měl posloužit v českém právním řádu méně známý, ale přesto i na základě platné úpravy použitelný instrument ochranného účelu normy. Ten by měl být v rámci této práce podrobněji představen.

Práce je založena na hypotéze, že pouhá aplikace teorie adekvátnosti používané v ČR jako prostředek spravedlivého vymezení rozsahu odpovědnosti subjektu, který porušil kartelové právo, nestačí, že je nutno použít dalších prostředků. Práce vychází z názoru, že zavedení nástroje ochranného účelu normy do českého právního řádu by bylo efektivnějším a spravedlivějším postupem.

Vedlejším cílem této práce je prokázat, že oprávnění k nároku na náhradu kartelové škody jsou na základě porušení kartelového práva, oproti všeobecnému názoru, pouze přímí poškození – tedy konkurenti subjektu, který porušil soutěžní právo, a jeho přímí odběratelé či

dodavatelé. Tento názor vychází zejména z obecného pravidla, že nárok na náhradu škody mají pouze přímí poškození a dále z úvah o spravedlnosti, proveditelnosti a efektivitě.

Očekávaným přínosem této práce by měla být podrobná studie některých aspektů přičitatelnosti škody obecně a první rozsáhlejší analýza přičitatelnosti škod způsobených porušením soutěžních pravidel, obecně i unijních. Práce by měla být přínosem i pro soutěžně právní praxi, neboť by měla poskytnout návod, jak posuzovat nároky na náhradu kartelových škod.

Motiv této práce představením a podporou aplikace ochranného účelu normy je trojí: 1) ochranný účel normy je jako nástroj vymezení rozsahu odpovědnosti efektivnější a to jak v obecné rovině, tak v soutěžní rovině; 2) aplikace ochranného účelu normy vyplývá i pro český právní řád z § 2910 nového občanského zákoníku³; a 3) ačkoli je ochranný účel normy inherentní zejména německému a rakouskému právnímu řádu, začíná se prosazovat i v jiných právních řádech i v soutěžní oblasti a to např. v anglickém právním řádu.

Základní metodou pro dosažení uvedených cílů byla zvolena metoda komparace německé a rakouské právní úpravy s vyvozením důsledků pro platnou, resp. novou českou právní úpravu odpovědnosti za škodu. Na základě této komparace je pak navrženo vlastní pravidlo pro rozsah odpovědnosti subjektu, který porušil soutěžní právo. Jako referenční právní úpravy byly zvoleny německá a rakouská proto, že jsou českému právu nejbližší, a to nejen geograficky, ale i historicky. Historicky nejbližší jsou českému právu nejen díky společné historii s Rakouskem a dlouhodobé účinnosti Všeobecného občanského zákoníku (ABGB) (který vychází v konečném důsledku z obdobných principů jako německý občanský zákoník BGB) na dnešním území ČR, ale i díky kontinuálnímu vzdělávání českých právníků rakouskými a německými institucemi a velmi čilému kontaktu mezi akademiky všech tří zemí.

Práce se snaží dosáhnout svého cíle tak, že nejprve zkoumá účel soukromoprávního prosazování soutěžního práva ve srovnání s veřejnoprávními prostředky, zejména též výhody soukromoprávního vymáhání, jaké postavení mají žaloby na náhradu škody v celém instrumentáriu prosazování soutěžního práva a jaká hodnota je mu v současné době přikládána v Evropské unii. Účel pocházející z oblasti soutěžního práva je pak srovnán s cíly a funkcemi, které jsou vlastní právu odpovědnosti za škodu. Tato přípravná práce je důležitá proto, že cíle a funkce, které jsou danému nároku zákonodárcem uloženy ovlivňují, jak je

³ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „**nový občanský zákoník**“).

následně vymezován rozsah odpovědnosti za škodu, jak bude zřejmé v hlavní části práce, která bude nejprve zkoumat vymezení rozsahu odpovědnosti na základě adekvátnosti a následně podrobněji na základě ochranného účelu normy. Díky tomu bude zřejmé, jak jsou oba nástroje schopné efektivně rozsah vymežit a jak současné chápání účelu a funkce nároků na náhradu kartelových škod ovlivňuje rozsah odpovědnosti za škodu.

Samotný postup práce je založen na zjištění obecného pravidla platícího pro zkoumaný nástroj vymezení rozsahu odpovědnosti a jeho následné aplikace na oblast protisoutěžních jednání a jimi způsobených škod. V prvním kroku je rozebrán samotný nástroj vymezení rozsahu přičitatelnosti škod v abstraktní rovině, popsáno jeho zjišťování a jeho obecná aplikace. V následném kroku jsou pak takto získané poznatky aplikovány na konkrétní oblast práva, tj. pod obecnou normu je subsumováno porušení soutěžního práva. Důraz je též kladen na případy, kdy se v oblasti soutěžního práva může aplikace od obecné normy lišit. Zkoumání je založeno na analýze příslušných obecných i zvláštních norem, přípravných materiálů, judikatury a příslušné obecné i konkrétní literatury týkající se kartelového práva. Jako osa každé části je použita hypotéza, kolem níž jsou posuzované dokumenty řazeny tak, aby hypotézu buď potvrdzovaly, anebo ji vyvracely. Následně je vždy představen hypotetický postup, jakým by měl nástroj omezení odpovědnosti správně použít.

II. PROSTŘEDKY K DOSAŽENÍ CÍLŮ KARTELOVÉHO PRÁVA

Původním a hlavním cílem soutěžního práva je zajištění a zaručení nenarušené soutěže na trhu. Trh, na kterém funguje svobodná soutěž, je nejlepším prostředkem, jak zajistit hospodářskou efektivitu, jak z pohledu alokace zdrojů, tak z pohledu efektivní výroby. Zdravá soutěž je sice „řízená“ vlastním zájmem podniků, nicméně právě tento vlastní zájem je schopen zajistit ekonomický rozvoj a tím i prospěch/blahobyt pro spotřebitele, a v konečném důsledku v delším časovém horizontu i zvýšení zaměstnanosti.⁴ V zásadě existují historicky tři možnosti, jak dosáhnout ekonomického rozvoje, spotřebitelského blahobytu a dostatečné zaměstnanosti: Existuje úplná svoboda, absolutní kontrola ze strany státu a „zlatá střední cesta.“

Cesta úplné svobody spočívá v tom, že je trh ponechán sám sobě, tj. soutěži, která na něm panuje. Pod pojmem soutěž se obecně rozumí úsilí jedné nebo více osob, popř. skupin, které je zaměřené na dosažení určitého cíle, přičemž vyšší stupeň jeho dosažení jednou osobou je

⁴ Roth P., Rose V., Bellamy&Child on European Community Law of Competition, Oxford University Press, Oxford 2008, 6. vyd., 40, m.č. 1.072.

podmíněn tím, že jiná osoba dosáhne pouze nižšího stupně naplnění úsilí.⁵ Tuto zákonitost lze přenést i na trh: Čím více jeden prodává, popř. kupuje, tím méně může druhý prodávat, popř. kupovat. Takovéto úsilí s sebou - alespoň teoreticky - přináší velké možnosti rozvoje nejen v ekonomické, nýbrž i v kulturní a sociální oblasti. Za ideálních podmínek „vyhrává“ pouze ten, kdo přichází s optimální nabídkou. To by mělo ostatní účastníky s horší nabídkou buď vyřadit ze hry úplně, anebo je přinutit ke zlepšení jejich nabídky. V méně ideálním případě – a svět není bohužel tak ideální – přichází někteří účastníci trhu a snaží se vyhrát soutěž pomocí různých triků. Obrazně řečeno se jedná o doping na trhu. Jejich jednání není férové. A nejen to: Ostatní účastníci trhu nezískají to, co by měli v optimálním případě podle obecného očekávání docílit, a dochází k zaostávání kýženého vývoje. Tudiž nelze soutěž na trhu ponechat pouze seberegulaci, která není schopna zaručit, že každý bude jednat opravdu svobodně, a že bude respektována skutečnost, která by měla být samozřejmostí, že v rámci soužití lidí absolutní svoboda individua končí tam, kde začíná svoboda druhého.⁶

Ke stejné situaci povede – avšak z opačné strany – rovněž stav, kdy je vše pod absolutní kontrolou státu. Státu podléhá vše, smí se dělat jen to, co je výslovně dovoleno. Sice tím (zdánlivě na první pohled) nikdo neutrpí žádnou újmu, chybí ale motivace vyvinout něco nového, ze strachu, že by tím mohlo dojít k jednání mimo přípustná pravidla. Pokud stát vystupuje jako absolutní regulátor trhu a stanovuje ceny, výrobní množství, dokonce i druh a vlastnosti výrobků, nebo je nepřímý sám vyrábí, nelze očekávat – což je historicky doloženo – že to s sebou přinese nějaké výhody pro všechny účastníky trhu, zejména ne pro spotřebitele. Obě uvedené metody regulace trhu jsou chybné a proto je třeba je zamítnout. Žádoucí střední cesta spočívá v tom, že stát stanoví zákonem mantinely, mezi kterými se účastníci trhu mohou úplně volně pohybovat. Těmito mantinely mohou být různé normy na ochranu zdraví, životního prostředí, spotřebitelů, trhu atd. Tuto funkci přebírá spolu s jinými předpisy i soutěžní právo v širším pojetí. V rámci soutěžního práva lze rozlišovat dvě oblasti: soutěžní právo v užším pojetí (právo proti nekalé soutěži) a tzv. kartelové právo. Samozřejmě, že stanovení pravidel samo o sobě nevede ke kýženému úspěchu, tyto normy je rovněž třeba prosadit prostřednictvím efektivního aparátu na základě prevence, kontroly, sankce a kompenzace.

K prosazení těchto pravidel vedou v zásadě dvě paralelní cesty: cesta veřejnoprávní a cesta soukromoprávní. V případě veřejnoprávního způsobu jedná stát ve funkci svrchovaného

⁵ Schmidt I., Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, Lucius&Lucius, Stuttgart 2005, 1.

⁶ Munková J., Svoboda P., Kindl J., Soutěžní právo, C.H. Beck, Praha 2006, 4.

zástupce a ochránce společnosti se státní mocí. Má k tomu dvě možnosti: trestní a správní právo. V tomto případě jedná stát v zájmu celé společnosti, jinými slovy zastupuje hlavně kolektivní zájmy. Naproti tomu hájí právo soukromé v zásadě zájmy jednotlivce. Platí to zejména v případě žalob na náhradu škody způsobené porušením příslušných norem. Na druhé straně mohou soukromoprávní mechanismy rovněž sloužit k prosazení všeobecných zájmů. Platí to především v řízení na zdržení se protiprávního jednání z podnětu svazu spotřebitelů nebo podnikatelů.

Kartelové právo je jedním z vhodných mantinelů. V kontinentálně evropském pojetí je kartelové právo spíše doménou práva veřejného a státu jako jeho vykonavatele. Jako příklad ale stále silněji působí právo Spojených států amerických a díky tomu jsou soukromoprávní aktivity stále více zapojovány do prosazování kartelového práva. Obecně lze říct, že k prosazování kartelového práva na ochranu trhu máme k dispozici správní právo, tj. povolení pod určitou podmínkou, zákazy, pokuty a možnost odčerpání protiprávního zisku atd., rovněž právo trestní se svými sankcemi vůči jednotlivcům, jakož i právo civilní: žaloby na náhradu škody, žaloby na zdržení se protiprávního jednání (které by měly být u zájmových profesních a spotřebitelských vztahů více propagovány), popř. žaloby na odčerpání zisku (které známe od našich sousedů, Rakouské a Německé spolkové republiky, jako *Gewinnabschöpfung*). Přitom se někdy zapomíná, že vlastním cílem žalob na náhradu škody je prosazení individuálních zájmů, a tudíž se žaloby na náhradu škody nehodí k nepůvodním účelům jako zastupování funkcí státu, který má problémy s prosazováním státní moci.

III. SOUKROMOPRÁVNÍ A/NEBO VEŘEJNOPRÁVNÍ PROSAZOVÁNÍ KARTELOVÉHO PRÁVA

Přestože hlavním tématem této práce jsou žaloby na náhradu škody podle kartelového práva, je především nutné určit jejich postavení v právním řádu a zabývat se poněkud důkladněji obecnou rovinou prosazování kartelového práva, tj. práva, kam tyto žaloby náleží, a přesto v rámci něho nejsou upraveny. Specifické žaloby na náhradu škody podle kartelového práva nejsou vlastními prvky kontinentálního kartelového práva, kde jsou, pokud vůbec, zakotveny v náznacích, a proto se při jejich normotvorbě často hledí za oceán na americkou úpravu obsaženou v *Clayton Act* a *Sherman Act*, na její fungování, a hledá se inspirace, jak by měly vypadat, anebo naopak, jak by na základě špatných příkladů vypadat neměly. Je však nutno upozornit, že základy US americké úpravy stojí na institutech známých *common law*, nikoli však kontinentálnímu právu. Nejsou tím míněny pouze známé *treble damages*, nýbrž i specifický postup získávání důkazů v podobě (*pre-trial discovery*) nebo

specifické pravidlo o náhradě nákladů, které vyznívá jednoznačně ve prospěch žalujícího, když žalovaný v každém případě (ať již ve sporu prohraje či zvítězí) nahradí minimálně veškeré vlastní náklady, a ty v takových řízeních bývají velmi vysoké. Tyto vysoké náklady, které žalovaný ponese vždy, jsou mimochodem jednou z příčin pro vysoké procento *settlements* (narovnání mezi poškozeným a údajným škůdcem). Je proto otázkou, zda by měly být kartelové žaloby na náhradu škody zvláštním instrumentem mimo klasické civilní právo.

A. Soukromoprávní vymáhání v právu Evropské unie

Níže analyzovaný rozsudek ve věci *Courage* přinesl v tehdejší Evropském společenství nový směr do vývoje v oblasti žalob na náhradu škody v oblasti kartelového práva. Zmíněný rozsudek pojala Komise jako výzvu k jednání a dala se do práce. Motivována přáním vybavit evropské žaloby na náhradu škody stejně silným prosazujícím účinkem jako ve Spojených státech amerických se vydala na cestu zavedení sady nástrojů k odstraňování překážek amerického typu, které brání úplnému rozvinutí žalob na náhradu škody.⁷ Od svého počínání si slibovala, že dojde rozšíření nízkého počtu dosavadních „vykonavatelů“ kartelového práva o mnoho dalších z řad dotčených osob. Zajímavé na tom všem je, že pár let předtím zaznělo z mnoha koutů mínění, že „ve Společenství nemají soukromé žaloby [ve věcech kartelového práva] své místo (pochopitelně: neměly by zde být)“.⁸ Naproti tomu Komise velmi záhy podporovala vnitrostátní soudy v jejich snaze, vyhovět žalobám na náhradu škody v oblasti kartelového práva. Přitom doufala, že se větším využitím soukromých žalob – obdobně jako je tomu ve Spojených státech amerických – tak trochu uleví veřejnoprávním orgánům prosazujícím kartelové právo. Tato podpora byla zdůvodňována tím, že politika hospodářské soutěže není pouze věcí práva veřejného, nýbrž i věcí soukromého prosazování práva.⁹ Komise šla příkladem a po odhalení kartelu výrobců výtahů podala sama žalobu na náhradu škody.¹⁰ Úleva pro veřejné prosazování práva je velmi chvályhodným přáním. Toto přání lze ale stejně dobře splnit propůjčením nároků na zdržení se protiprávního jednání jednotlivým svazům a není zapotřebí používat žaloby na náhradu škody k nepůvodním účelům.

Vyjádřeno slovy tehdejšího komisaře pro hospodářskou soutěž Maria Montiho bylo záměrem Komise podpořit podniky a jednotlivce ve využití soukromých žalob před vnitrostátními

⁷ Hempel R., *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht - Eine rechtsvergleichende Analyse*, Nomos, Baden-Baden 2002, 234.

⁸ Jones C. A., *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press 1999, 85.

⁹ Goyder D. G., *EC Competition Law*, Oxford University Press 2003, 4. vyd., 460.

¹⁰ Žaloba byla podána dne 24. června 2008 u Tribunal de Commerce v Bruselu.

soudy k hájení svých subjektivních práv propůjčených právem EU. Za tímto záměrem stojí tři cíle: „1) [Očekávané] zesílení působení kartelových pravidel ES za účelem posílit hospodářskou soutěž na trzích a tím zabezpečit výhody pro spotřebitele v podobě nižších cen a lepších výrobků, zabránit porušení práva [což patrně zůstane zbožným přáním] a zajistit poškozenému náhradu škody; 2) Přiblížení kartelových právních předpisů EU k občanům a podnikům působícím na vnitřním trhu, což je obecným cílem Komise (která má přiblížit občanům EU právo EU jako takové); 3) Cíl umožnit Komisi vytěžit maximum ze souvisejících funkcí veřejnoprávního a soukromého prosazování kartelového práva.“¹¹

B. Zhodnocení potřeby soukromoprávního vymáhání

V případě kartelového práva se střetávají dva protichůdné zájmy. Na straně jedné vzniká individuální ekonomická škoda, která je obecně méně chráněna a zaslouhuje si menší ochranu než škoda kolektivní, která figuruje na opačné straně (V ohrožení bývá sociální a ekonomicko-technologický vývoj včetně přístupu k prostředkům základní potřeby, např. k lékům). Kolektivní škodu nelze ale uplatnit v rámci náhrady individuální škody a je zejména posláním státu tuto škodu uplatnit, a to veřejnoprávními prostředky. Myšlenka přenést uvedený základní úkol na jednotlivce v naději, že se tím zlepší jeho zajištění, vypadá sice lákavě, nelze ale opomenout, že se při řešení individuální škody opět střetávají pouze individuální zájmy osoby poškozené v ekonomické oblasti s ekonomickými zájmy škůdce. Nelze přehlédnout, že účast na trhu je spojená s určitým ekonomickým rizikem pro každého – včetně spotřebitele, a že toto riziko nese každý účastník sám, a je velice těžké určit, kdy je riziko přijatelné a kdy se jedná o škodu, kterou je třeba nahradit.

Jakou funkci mají mít žaloby na náhradu škody? Mají prosazovat kartelové právo? A co je tedy úkolem státu? Stále se hovoří o prosazování práva, ale málokdy (teprve po upozornění) o alokační funkci náhrady škody. Na tyto a jiné otázky se bude práce snažit nalézt uspokojivou odpověď. Zneužívání žalob na náhradu škody k jiným účelům může být za určitých okolností být i nepřímým ohrožením základních práv, zejména obranných práv – tj. rovnosti zbraní. V trestání prostřednictvím civilněprávních žalob lze spatřit i prolomení zásady *ne bis in idem*, tj. nepřipustnost trestání v jedné věci dvakrát.

¹¹ Monti M., Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, in: Ehlermann C.-D., Atanasiu I. (eds.), European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, Hart Publishing 2003 (following the annual workshops on EU Competition Law and Policy held at the Robert Schuman Centre of the European University in Florence), 3 a násl.

Je třeba jasně rozlišovat mezi pojmem soukromého prosazování práva a žalobou na náhradu škody a nesměšovat oba pojmy dohromady. V opačném případě to vede k úplnému přehlížení ostatních soukromoprávních nástrojů jako je např. zdržovací žaloba nebo nárok na odčerpání zisku.

Nesporná je skutečnost, že je nutné optimalizovat ochranu před poškozením v důsledku porušování norem kartelového práva. Optimální ochranou není ale ochrana v co největší míře. Vzhledem k vývoji odpovědnostních předpisů jednotlivých právních řádů se všeobecně uznává, že je třeba omezit rozsah deliktivní odpovědnosti.¹²

C. Veřejnoprávní versus soukromoprávní prosazování kartelového práva

K prosazování práva vedou dvě protichůdné cesty: V prvním případě jednájí pouze veřejnoprávní orgány (bez ohledu na to, zda k tomu používají nástroje práva správního nebo trestního), v druhém pouze soukromé subjekty. Buď jedná poškozený subjekt sám za sebe nebo jej – z různých důvodů – zastupuje jiný subjekt. Většinou se jedná o spotřebitelské nebo podnikatelské organizace, za poškozeného ale mohou – např. při hromadných žalobách tzv. *class actions* – klidně jednat i jiní zástupci nebo samotný stát – v případě US-amerických žalob *parens patriae*. Obě metody mají své výhody a nevýhody. Mnoho nejnovějších prací, pojednávajících o nárocích na náhradu škody na základě kartelového práva, se raději vyhýbají diskusím o nutnosti soukromoprávního prosazování kartelového práva: Politické rozhodnutí ve prospěch posílení soukromoprávního prosazování kartelového práva bylo již učiněno a nelze je nadále zpochybňovat.¹³

1. Veřejnoprávní subjekty prosazující kartelové právo

Největší výhodou veřejnoprávních orgánů je jejich monopol moci¹⁴ – tj. monopol státu na nucený výkon právních norem, takovou možnost soukromý subjekt nemá. Tento monopol využívá nejen ke konečnému prosazování – tj. při ukládání sankcí –, nýbrž i při objasňování případů porušení práva. Veřejnoprávní orgán má mnohem lepší nástroje ke zjištění relevantních skutečností – k tomu může použít moc zákonodárnou. Nejlepším příkladem jsou akce Evropské komise s pomocí pořádkových sil, tzv. *Dawn Raids*. Další výhodou je skutečnost, že veřejnoprávní (státní) orgán není (nebo by alespoň neměl být) ovlivněn

¹² Zweigert, K., Kötz H., Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, 3. vyd., 625 a násl.

¹³ Logemann H.P., Der kartellrechtliche Schadensersatz, Duncker&Humblot, Berlin 2009, 32.

¹⁴ Hempel, 236.

individuálními zájmy jednotlivce, např. konkurence. Činnost státního orgánu se řídí (nebo by se měla řídit) veřejným zájmem, čímž by se mělo zabránit působení sobeckých motivů při prosazování kartelového práva.

Veřejnoprávní prosazování má ale i mnoho nevýhod. Nedá se totiž vyloučit jednání státního regulátora z „osobních“ motivů. Ani státní regulátor nejedná zcela objektivně. Sice má (většinou) postavení nezávislého státního orgánu, ale i ten je politicky ovlivnitelný. Neznamená to, že jedná bezprostředně z pověření zájmových skupin, ale „již“ státní zájem o určité nasměrování ekonomiky může vést k neviditelnému ovlivňování státem. Dalším důvodem, proč nemusí být dána nestrannost státního orgánu, může být ve velmi složitých a komplikovaných případech obava, že by stát mohl ve sporu prohrát.

Jak bylo již zmíněno, má státní orgán určité výhody při opatřování si podkladů. Tyto výhody jsou ale spojeny i s určitými nevýhodami. K úspěšnému zpracování těchto podkladů je v dané oblasti zapotřebí odborných znalostí o předmětné oblasti a „obyčejný“ státní zaměstnanec může mít sice rozsáhlé znalosti, nemůže však vědět vše. S danou problematikou se musí znovu a znovu podrobně seznamovat, jinak není schopen učinit odůvodněné a nenapadnutelné rozhodnutí, a to zabírá hodně času a nikdy není zaručeno, že do svého rozhodování zahrne veškeré aspekty. Proti němu stojí účastník řízení, který velmi dobře zná svou oblast, ve které se delší dobu pohybuje, (zná často i svou konkurenci), má tudíž podrobnější znalosti a dokáže se v podkladech rychleji orientovat. Kromě toho bude mít jistě přímo ve svém podniku k dispozici svého vlastního odborníka.

Další možnou nevýhodou veřejného regulátora jsou jeho omezené zdroje. Nelze od státu očekávat – a ani se od něj neočekává –, že bude schopen postihnout veškerá protiprávní jednání proti kartelovému právu. Není k tomu patřičně vybaven ani po stránce finanční, ani z personálního hlediska atd. Nelze po něm objektivně požadovat, a nikdo to po něm objektivně nepožaduje, že bude moci zjistit, co se děje i v tom nejmenším segmentu trhu.¹⁵ Proto musí státní orgán vybírat mezi jednotlivými protiprávními jednáními a rozlišovat podle subjektivního pocitu závažnosti případy porušení práva, které bude postihovat a které ne.¹⁶ Musí zvážit, která protiprávní jednání jsou středně závažná, která je nezbytně nutné potírat a se kterými se dá žít.

2. Soukromé subjekty prosazující právo

¹⁵ American Antitrust Institute's Transition Report on Competition Policy to the 44th President of the United States, 2008, 221 – citát prof. Lande a Davis: Lande, Davis, 42 U.S.F.L. Rev. (2008) 879, 907-08.

¹⁶ Pitofsky R., bývalý předseda Federal Trade Commission, Statement, Antitrust L.J. 64, 1996, 756, 757.

Soukromoprávní prosazování kartelového práva může mít různou podobu, nejčastěji se jedná o zdržovací žaloby a o žaloby na náhradu škody. Zatímco hlavním účelem zdržovací žaloby je zamezit negativnímu jednání v co nejkratší době, má náhrada škody za účel odstranění jeho negativních následků. Přestože je zdržovací žaloba rychlým nástrojem, není v praxi příliš častá¹⁷, což je pravděpodobně zapříčiněno právě jejím omezením pouze na zamezení protiprávnímu jednání. Dalším – ne příliš častým – prostředkem je odčerpání zisku, kde se pracuje s domněnkou, že má škůdce – pokud se při porušení kartelového práva nepřepočítal – vše dobře spočítané, a že mu zůstane dostatečný zisk i po zaplacení pokuty a náhrady škody. Tomu má zamezit odčerpání zisku, které má zbavit narušitele práva jeho nelegálního zisku.¹⁸ Uvedený nástroj je známý zejména v německém právu¹⁹, ale i např. v právním řádu Spojených států amerických.

Zatímco státní orgány mají „pouze“ za cíl prosazení práva (a nezáleží na tom, zda je pachatel pod hrozbou zvláště citelné sankce odrazen od zahájení protiprávní činnosti, nebo zda je mu díky vymahatelnému rozhodnutí o povinnosti zdržet se protiprávního jednání a uložení sankce zabráněno v ní pokračovat), je tomu u soukromých osob jinak. Hlavním účelem soukromého prosazování práva je kompenzace vlastních škod a pouze vedlejším účelem je zastrašit potenciální pachatele. Právě žaloby na náhradu škody mají v sobě velký odstrašující potenciál odradit od porušení kartelového práva. Další přínos soukromého prosazování kartelového práva lze spatřit ve vylepšení práva jako takovém (plnění mezer, detailní výklad atd.) a v upřesnění jednotlivých právních norem v judikatuře soudů. Jednostranný výklad ze strany úřadů se nezdá být dostačující. Záleží to ale na kvalitě soudnictví a na administrativě daného státu.

O skutečnosti, že se žalobám na náhradu škody přičítá jiný motiv než kompenzace, svědčí přílišná podpora žalob v některých státech. Jedná se o zjednodušení předpokladů pro úspěšné vedení soudního procesu.

Právě při formulování pravidel pro vedení soudního procesu ve věci žalob na náhradu škody podle kartelového práva se nedoporučuje přehnaně zjednodušovat podmínky ve prospěch žalobce. Dodržovat by se měly přinejmenším zásady spravedlivého procesu, tj. rovnost zbraní. Nebezpečí přílišné podpory spočívá v jejím zneužívání v podobě tzv. *over-deterrence*. Tato skutečnost je často vyslovena jako kritika amerického modelu. Nejen, že se soukromé žaloby dají zneužít k různým nekalým soutěžním praktikám (např. vyřazení konkurence nebo

¹⁷ Ještě v roce 2003 psal N. Reich: “Ohledně zdržovacího nároku neexistují žádná předešlá rozhodnutí.” Přestože bývalá Sněmovna lordů ve svém rozhodnutí ze dne 1983 přiznala poškozenému konkurentu nárok na náhradu škody, zdržovací žalobu zamítla ((1983) 2 AER 770 – Garden Cottage Food Ltd./Milk Marketing Board).

¹⁸ Viz Pipková P., Zavedme odčerpání zisku do soutěžního práva, Právní rádce 11/2008, 61 a násl.

¹⁹ Viz § 34 GWB, § 10 dUWG.

zjišťování obchodního tajemství bez zahájení samotného soudního řízení pomocí *pre-trial discovery*), excesivní využívání žalob na náhradu škody může mít vážné následky. Může dojít k tomu, že podniky ze strachu, že by se mohly stát obětí takovýchto žalob, upouštějí od chování na trhu, které je ještě dovolené a vedlo by ke zlepšení konkurenčního prostředí.²⁰ Znamé jsou případy kartelů přípustných na základě principu *rule of reason*, kdy výhody pro spotřebitele jsou ospravedlňujícím důvodem pro jindy zakázané chování.²¹ Nadměrně časté podávání žalob může vést ke zmizení uvedených pozitivních jevů.

3. Soukromoprávní a veřejnoprávní subjekty prosazující právo v roli rovnocenných partnerů

Jak je zřejmé, mají obě extrémní metody (v podobě čistě veřejnoprávního nebo čistě soukromoprávního prosazování) své výhody i nevýhody. Do mnoha situací, ve kterých dojde k selhání jednoho nástroje, by byl schopen zasáhnout nástroj druhý. Ani ve Spojených státech amerických, kde soukromoprávní žaloby představují naprostou většinu veškerých řízení ohledně porušení kartelového práva, nejsou tyto žaloby považovány za jediný efektivní nástroj. Činnost státních orgánů by se měla – dle normotvůrce – soustředit na potírání těch případů porušení kartelového práva, se kterými není soukromý subjekt schopen se sám vypořádat. Naproti tomu by bylo úkolem soukromého prosazování práva potírání těch případů porušení práva, na které státním orgánům chybí prostředky, nebo jejichž stíhání musí „obětovat“ ve prospěch stíhání závažnějších případů, nebo o kterých se nikdy nemohou dozvědět. Proto se má za to, že nejlepším řešením je kombinace obou způsobů. Přitom nezapomínejme, že soubor soukromoprávních nástrojů se nesestává pouze ze žalob na náhradu škody! V současné době stojí evropské kartelové právo na pevném základě veřejnoprávního prosazování, ale – jak již bylo zmíněno – sílí snahy o zavedení druhého silného pilíře s nadějí, že dojde k rozšíření omezeného počtu státních orgánů s omezenými zdroji o nespočetné subjekty prosazující kartelové právo, a tudíž k nárůstu počtu odhalených případů porušení kartelového práva. Rozšíření subjektů prosazujících právo má veřejným

²⁰ Breit W., Elzinga K. G., Private Antitrust Enforcement: The New Learning, 28 Journal of Law and Economics 28, 1995, 405.

²¹ Jako příklad lze uvést dohodu uzavřenou mezi US-americkými producenty aut o tom, v jaké výši mají být nárazníky namontovány. Ve Spojených státech amerických jsou údajně řidiči zvyklí při parkování lehce narážet do vozidel stojících před a za nimi a upevnění nárazníků ve stejné výšce snižuje pravděpodobnost, že dojde k poškození vozidla.

orgánům umožnit postupovat při stíhání deliktů strategičtěji a selektivněji a soustředit se (s klidným svědomím) na nejdůležitější otázky a na nejzávažnější případy.²²

Tento rozbor veřejného a soukromého prosazování kartelového práva není samoučelným, jeho účel by se měl ozřejmit v části zabývající se funkcemi deliktního práva (jehož součástí žaloby na náhradu škody jsou). Vedle jednoznačně zřejmé funkce kompenzační má deliktní právo i funkci preventivní a, jak bylo výše naznačeno, hlavním přínosem soukromoprávního prosazování kartelového práva pro situaci na trhu by právě mělo být odstrašení, tedy prevence. S výše naznačeným vztahem mezi soukromoprávním a veřejnoprávním prosazováním – tedy – souvisí i otázka, jaký důraz má být na preventivní funkci deliktního nároku kladen. Pokud by převažovalo soukromoprávní vymáhání kartelového práva, musel by být na preventivní funkci kartelové žaloby na náhradu škody kladen vyšší důraz, a tudíž by musel být nárok konstruován tak, aby co nejvíce naplňoval odstrašení. Jak však vyplývá z výše uvedeného, není takového nadstandardního kladení důrazu na preventivní funkci třeba.

IV. NÁROK NA NÁHRADU ŠKODY PODLE PRÁVA EU

V následujícím textu bude zkoumáno, do jaké míry a jakým způsobem se úvah o efektivitě soukromoprávního prosazování evropského soutěžního práva zhostila EU a zejména Soudní dvůr. Lze předelat, že svůj úkol splnil, jak je u něj zvykem, mlhavým způsobem a vyvolal mnoho souvisejících otázek, mj. týkajících se okruhu subjektů, které mají nárok na náhradu škody. Tato práce by se právě ve své hlavní části měla zabývat otázkou, jak lépe vymezit okruh oprávněných osob.

A. Judikatura Soudního dvora

1. Před rozsudkem ve věci *Courage*

Jak již bylo dříve krátce zmíněno, celý vývoj v oblasti žalob na náhradu škody podle kartelového práva se dal do pohybu rozsudkem Soudního dvora ve věci *Courage*. Avšak cesta, která k tomuto rozhodnutí vedla, byla klikatá a „pouze“ deset let před rozsudkem ve věci *Courage* bylo toto řešení odmítnuto.

²² Sdělení Komise k Zelené knize: Žaloby o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES (2006/2207(INI)) ze dne 10. dubna 2007 (konečné znění A6-0133/2007).

Základ nároku nevyplývá, jako v mnoha ostatních případech, bezprostředně z práva EU, nýbrž musel být, jako obvykle, nalezen ze strany Soudního dvora, který si musel desítky let předtím připravovat vhodnou půdu k tomuto zásadnímu rozhodnutí. K nalezení nároku na základě unijního práva je třeba nejdříve najít normu s přímým účinkem pro jednotlivce. Je zřejmé, jaká ustanovení zde připadají v úvahu: článek 101 a článek 102 SFEU ve spojení s „čl. 3“ (dnes čl. 3 SEU a Protokol č. 27). První ustanovení zakazuje kartely, druhé zneužívání dominantního postavení na trhu. Tato ustanovení Smlouvy o fungování EU jsou jediná, která s touto problematikou souvisí. Článek 3 SEU stanoví, že nenarušená soutěž na vnitřním trhu je cílem EU. K „odůvodnění“ tohoto nároku bylo ale ze strany Soudního dvora zapotřebí mnoha interpretací nejen těchto ustanovení.

Vše začalo rozsudkem *van Gend en Loos*.²³ V bodě 10 ujišťoval Soudní dvůr, že právo Společenství je právním řádem nezávislým na zákonodárství členských států, a že právními subjekty tohoto řádu nejsou jen členské státy, nýbrž i jednotlivci. Z toho vyvozuje, že právo Společenství jednotlivci neukládá pouze povinnosti, nýbrž mu propůjčuje i práva. Znamená to, že určitá ustanovení Smlouvy ES působí bezprostředně. To vše podle Soudního dvora (jako u všech jeho konstrukcí), vyplývá ze smyslu a účelu Smluv (dnes SEU a SFEU). V dalším výroku důležitém pro náš případ konstatoval, že tato práva vznikají nejenom, když to Smlouva výslovně stanoví, ale také v důsledku jednoznačných povinností, které Smlouva stanoveným způsobem ukládá jak jednotlivcům, tak členským státům a orgánům Společenství. Pro budoucnost si ještě zapamatujme výrok v bodě 15: „*Bdělost jednotlivců, majících zájem o ochranu svých práv, vede k účinné kontrole, která se připojuje ke kontrole vykonávané Komisí a členskými státy.*“ Dalším krokem bylo odůvodnit, proč patří článek 101 a článek 102 SFEU k ustanovením s přímým účinkem, což se stalo v rozhodnutí ve věci BRT I²⁴, ve kterém Soudní dvůr²⁵ rozhodl, že zmíněná ustanovení mají přímý účinek na vztahy mezi jednotlivci a pro subjekty těchto vztahů přímo zakládají práva, která je třeba ze strany soudů členských států dodržovat (bod 15/17).

Nárok na náhradu škody v souvislosti s porušením ustanovení kartelového práva byl v rámci evropské judikatury poprvé zmíněn v rozsudku Soudního dvora ve věci *Automec*²⁶, kdy soud označil náhradu škody jako právní následek spojený s porušením čl. 101 SFEU (tehdejšího

²³ Rozsudek Soudního dvora č. 26/62, ze dne 5. 2. 1963 ve věci *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos versus Nizozemská finanční správa*, ECR [1963] 5 (*van Gend en Loos*), 1.

²⁴ Rozsudek Soudního dvora č. 127/73 ze dne 30. 1. 1974 ve věci *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM a NV Fonior*, ECR [1974] 313 (*BRT I*), bod 51.

²⁵ Označení Soudní dvůr se zde vztahuje jak na rozhodovací praxi Soudního dvora v době, kdy byl označován jako Evropský soudní dvůr (ESD), i na současnou rozhodovací praxi pod označením Soudní dvůr Evropské unie (SDEU).

²⁶ Rozsudek Tribunálu č. T-28/90 ze dne 18. 9. 1992 ve věci *Automec Srl v Komise*, ECR [1992] II-2223 (*Automec/BMW*).

čl. 86 SEHS) (viz bod 50.) Tenkrát se jednalo spíše o *obiter dictum*, protože se případ zabýval jinou právní otázkou. Přesto přinesl světlo na konci tunelu. Jednalo se spíše o to, že Komise byla již zahlcena stížnostmi ohledně porušování kartelového práva a byla nucena stanovit priority. Soud potvrdil toto oprávnění Komise a dodal, že dotčení mají možnost o problému nechat rozhodovat vnitrostátní soudy a k tomu použít např. žalobu na náhradu škody.

První vhodná příležitost k nalezení nároku na náhradu škody na základě komunitárního práva se naskytl Soudnímu dvoru začátkem 90. let v případě *Banks*.²⁷ Soudní dvůr sice tuto šanci nevyužil, přesto byly základní kameny budoucí judikatury položeny generálním advokátem *van Gerven* v závěru stanoviska, ve němž vyslovil, že by poškozenému měl být přiznán nárok na náhradu škody s odkazem na obdobnou judikaturu ve věci *Francovich*. Přesně ve stopách rozsudku ve věci *Francovich*²⁸ prohlásil *van Gerven*, že je ručení soukromého subjektu za škodu způsobenou jinému soukromému subjektu v důsledku porušení komunitárního práva principem obsaženým ve Smlouvě ES (body 36-45). Nešlo zde přímo o články 81 a 82, nýbrž o všeobecné vyjádření k ustanovením Smlouvy ES, která jsou přímo aplikovatelná nejen vertikálně, nýbrž i horizontálně, obdobně jako v případech čl. 81 a čl. 82 SES. Rozhodně je judikatura Soudního dvora o odpovědnosti za škodu při výkonu veřejné moci dobrým příkladem i v jiném ohledu, když přísnější dodržování unijního práva ze strany členských států vděčíme nespočetným žalobám soukromých subjektů,²⁹ a ve stejný efekt se doufá v případě žalob na náhradu škody podle kartelového práva.

2. Rozsudek ve věci *Courage*

Tento dlouhodobý vývoj vyústil v rozsudek ve věci *Courage*³⁰, ve kterém Soudní dvůr poškozenému poprvé výslovně přiznal nárok na náhradu škody na základě porušení předpisu kartelového práva EU. V tomto rozhodnutí se Soudní dvůr několikrát odvolává na svůj dřívější rozsudek ve věci *Francovich*, z čehož někteří autoři odvozují,³¹ že je rozhodnutí ve věci *Francovich* postaveno na stejných principech. To by směřovalo k nároku na náhradu

²⁷ Rozsudek Soudního dvora č. C-128/92 ze dne 13. 4. 1994 ve věci *H. J. Banks & Co. Ltd v British Coal Corporation*, ECR [1994] I-1209 (*Banks*).

²⁸ Rozsudek Soudního dvora spojené věci č. C-6/90 a C-9/90 ze dne 19. 11. 1991 ve věci *Andrea Francovich a další v Italská republika*, ECR [1991] I-5357 (*Francovich*).

²⁹ Votteler M., *Der Schadensersatzanspruch im EG-Kartellrecht. Existenz und Ausgestaltung*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2008, 48.

³⁰ Rozsudek Soudního dvora č. C-453/99 ze dne 20. 9. 2001 ve věci *Courage Ltd v Bernard Crehan a Bernard Crehan v Courage Ltd a další*, ECR [2001] I-6297 (*Courage*).

³¹ Schwedler C., *Die private Durchsetzung des Kartellrechts in den USA, Europa und Deutschland*, Petra Bülow Verlag 2006, S. 44; Poznámka C. Nowak k rozhodnutí ve věci *Courage* v EuZW 23/2001, 715, 718.

škody na základě unijního práva,³² což by umožnilo zavést rozsáhlou úpravu nároků na náhradu škody na úrovni unijního práva.³³

Hledání paralel se zdá být na první pohled logické vzhledem k téměř stejným argumentům, na kterých spočívá odůvodnění nároku: „*Plná účinnost článku 85 SEHS a zvláště užitečný účinek zákazu stanoveného v jeho odstavci 1 [nyní článku 101 odst. 1 SFEU] by byly zpochybněny, nemohl-li by se každý domáhat náhrady škody, jež mu měla být způsobena dohodou, která porušuje ustanovení čl. 85 I SEHS.*“ (bod 26). K porovnání lze uvést odůvodnění v případě *Francovich* tvořícího základ samostatného práva odpovědnosti za škodu podle komunitárního práva: „*plná účinnost norem Společenství by byla zpochybněna a ochrana práv, která přiznávají, by byla oslabena, kdyby jednotlivci neměli možnost získat náhradu škody, jsou-li jejich práva narušena porušením práva Společenství ze strany členského státu.*“ (bod 33). Očividný rozdíl spočívá v tom, že porušení práv lze přičíst jednotlivému členskému státu, jehož odpovědnost se v případě rozsudku ve věci *Francovich* opírá o článek 10 SEHS (nyní článek 4 odst. 3 SFEU) a týká se pouze členských států. Neexistuje zde zásada na základě analogie, která by se týkala i soukromých osob (v tomto případě účastníků kartelu). Na rozdíl od případu *Francovich* zmíněný nárok podle Soudního dvora „*nevyplývá ani z podstaty právního řádu založeného Smlouvou EHS.*“³⁴ Kromě toho případ *Francovich* navazuje na práva založená přímo evropským právem. Naproti tomu navazuje případ *Courage* na práva nepřímo založená na základě závazku k prosazení příslušného zákazu.³⁵ V žádném případě nelze hovořit o samostatném nároku na základě komunitárního práva po vzoru judikatury *Francovich*.

Přestože se Soudní dvůr ve svém rozsudku odvolává na stálou judikaturu, dochází v jeho rozhodnutí k fundamentální změně úhlu pohledu, a to nejen ve vztahu k případu *Francovich*. Soudní dvůr již nenavazuje na **ochranu práv** založených unijním právem, nýbrž na **prosazování povinností** založených evropským právem. Pohled není zaměřený jen na místo bezprostředního vzniku subjektivních práv jednotlivce podle práva Společenství nýbrž i na místo uložení povinností jinému subjektu, které teprve vedou zprostředkovaně ke vzniku práv jednotlivce. Práva zakládající nároky jsou jednotlivcům přiznávána z důvodu, že se tím podporuje prosazování povinností vyplývajících z přímo účinného předpisu.³⁶ Tím se opět

³² Lettl T., Der Schadensersatzanspruch gemäß §823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG, 167/2003, 473, 476; pro porovnání rovněž Florian Endter, Schadensersatz nach Kartellrechtsverstoß. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Anspruchsgrundlagen im europäischen, deutschen und englischen Recht, Stämpfli Verlag 2007, 91.

³³ Weyer H., Schadensersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht, ZEuP 2003, 318, 325.

³⁴ Endter, 95.

³⁵ Schwedler, 44.

³⁶ Weyer, ZEuP, 333.

dostáváme k otázce, zda úkolem soukromoprávních žalob může být prosazování právního předpisu. Dle mého názoru tomu tak není, přesto uznávám nutnost existence žalob na náhradu škody – jako kompenzaci škod způsobených jednotlivým účastníkům trhu, kterých je bezpočet. Soudní dvůr nezajímá tolik vyrovnávací funkce, nýbrž zdůrazňuje, že nárok na náhradu škody zvyšuje prosaditelnost komunitárních pravidel hospodářské soutěže (bod 27). Na tomto místě převzal Soudní dvůr z práva Spojených států myšlenku prosazování práva soukromými subjekty tzv. *private enforcement*.

Ve spojení s nárokem na náhradu škody Soudní dvůr znovu připomíná principy efektivity a rovnocennosti. Zásada efektivity zavazuje členské státy, aby jednotlivci v praxi neznemožňovaly nebo nadměrně neztěžovaly výkon práv přiznaných právním řádem Evropské unie. Podle principu rovnocennosti nesmí být podmínky méně příznivé než ty, které se týkají obdobných právních prostředků na základě vnitrostátního práva, což s velkou pravděpodobností povede k tomu, že úprava těchto nároků se v každém členském státě bude lišit.

Senzační na uvedeném rozhodnutí je vyřčená možnost kohokoliv požadovat náhradu škody. Tím je podle některých autorů skutečně míněn **každý**, kdo by mohl utrpět nějakou újmu.³⁷ Nelze však přehlédnout mimořádnost situace, ve které Soudní dvůr takto rozhodl. Zde byl poškozený žalobce smluvním partnerem kartelu a anglické soudy chtěly aplikovat zásadu *in pari delicto*. V těchto souvislostech stanovil Soudní dvůr, že nárok na náhradu škody má každý, i bývalý člen kartelu. Pojem každý nelze v žádném případě skutečně rozšířit na kohokoliv v nejšířším slova smyslu, a tudíž je nadále třeba zohledňovat ochranný účel normy.

3. Rozsudek ve věci *Manfredi*

Nezůstalo pouze při rozsudku ve věci *Courage*. Několik let později jej následoval rozsudek ve věci *Manfredi*³⁸, kde se Soudní dvůr zabýval především předpoklady nároku na náhradu škody vůči soukromému subjektu podle tehdy ještě komunitárního práva. Bylo to poprvé, co nárok na náhradu škody vznesl spotřebitel. V tomto případě Soudní dvůr použil opakovaně termín každý, aniž by jej specifikoval. Ve svém dalším pojednání Soudní dvůr konstatoval, že zjišťování příčinné souvislosti a **zjišťování rozsahu**/výpočet výše způsobené škody je věcí

³⁷ Schwedler, 39; Kaufmann C., Rechtsschutz im deutschen und europäischen Kartellrecht, Verlag Dr. Müller 2007, 22.

³⁸ Srov. rozsudek Soudního dvora č. C-295/04 do C-298/04 ze dne 13. 7. 2006 ve věci *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) a *Nicolò Tricarico v Assitalia SpA* (C-297/04) a *Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA* (C-298/04), ECR [2006] I-6619 (*Manfredi*).

vnitrostátních právních řádů za předpokladu, že jsou dodrženy zásady efektivity a rovnocennosti. Jinými slovy, Soudní dvůr sice slíbil všem(?) občanům EU nárok na náhradu škody, ale uplatnění nároku nedopadne ve všech členských státech stejně.

B. Právo EU a právo členských států

Jak již bylo shora naznačeno, rozsudek ve věci *Courage* vyvolal velkou diskusi o tom, zda se otevřela nová možnost podávání žalob na základě evropského práva, nebo zda má „pouze“ dojít k využití právních prostředků nápravy podle vnitrostátního práva ve prospěch práva EU. Otázka, zda se jedná o samostatný nárok na základě evropského práva či nikoliv, není zdaleka samoúčelná. Odpověď totiž ovlivňuje možnosti harmonizace tohoto nároku: Samostatný nárok, který vyplývá pouze ze Smlouvy o fungování EU, může Unie libovolně detailně specifikovat, tj. definovat příčinnou souvislost, nahraditelnou škodu, její výpočet atd.

Nakonec se prosadil názor, že se sice jedná o porušení práva EU, jehož přímý následek je nárok na náhradu škody, ale podle judikatury Soudního dvora³⁹ a podle většinového názoru se oprávnění k žalobě, rozsah povinnosti k náhradě škody atd. řídí v zásadě podle vnitrostátního práva.⁴⁰ To bylo zejména odůvodněno tím, že Soudní dvůr není na základě dělby moci oprávněn ke zřízení nového právního základu nároku, a že v mnoha evropských právních systémech z důvodu dělby moci panuje opačný trend omezování skutkové podstaty odpovědnosti zákonem.⁴¹

Pro členské státy to znamená, že musí své právní základy nároku na náhradu škody tak uspořádat nebo vykládat, aby bylo možné je použít i v případě porušení soutěžního práva EU. Například Spolková republika Německo byla nucena zavést zvláštní základ nároku – novelou § 33 zákona proti porušování hospodářské soutěže (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), jehož staré znění se vztahovalo pouze na zákon proti porušování hospodářské soutěže a jen stěží (zejména vzhledem k odvozování ochranného účelu článku 101 odst. 1 SFEU) se dalo aplikovat ustanovení § 823 odst. 2 německého občanského zákoníku (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*). Při úpravě svých zákonů se musí členské státy řídit třemi aspekty:

- zásadou rovnocennosti: Ta vyžaduje, aby se porušení práva EU stíhala podle podobných věcných a procesních pravidel jako, co do druhu a závažnosti, srovnatelná porušení vnitrostátního práva. Předpoklady pro takovou žalobu nesmí být v žádném

³⁹ Rozsudek Tribunálu č. T-24/90 *Automec*.

⁴⁰ Reich, Micklitz, 214.

⁴¹ Srov Zweigert, Kötz, 600.

případě méně výhodné než předpoklady pro žaloby týkající se pouze vnitrostátního práva.⁴²

- zásadou efektivity: Ta vylučuje vnitrostátní ustanovení, která v praxi znemožňují nebo nadměrně ztěžují výkon práv přiznaných právním řádem EU.⁴³

- všeobecnými zásadami práva EU (které jsou sice méně důležité, nicméně se týkají volby sankcí): zásadami proporcionality, ochrany dobré víry, efektivní právní ochrany a zachování práv na obhajobu.⁴⁴

Zásadou efektivity se rozumí povinnost členských států za porušení práva EU ukládat vždy účinné, přiměřené a odstrašující sankce.⁴⁵

C. Harmonizace

Po revolučním rozsudku ve věci *Courage* vyvstala otázka: Kudy a jak dál? Přes zmíněné rozhodnutí nebyl do roku 2004 na soudech zaznamenán příliš velký nápor žalobců. Podle studie vyhotovené Komisí se do srpna 2004 týkalo žalob na náhradu škody z důvodu porušení kartelového práva pouze 60 rozhodnutých případů ([a jedno rozhodnutí se očekávalo z Itálie: hromadná žaloba spotřebitelů – jednalo se o později Soudním dvorem rozhodovaný případ *Manfredi*], z nichž se 12 případů opíralo pouze o právo Společenství, 32 o vnitrostátní právo a 6 případů o oba právní řády. Pouze polovina z nich (28) končila přiznáním náhrady škody (8 případů na základě práva Společenství, 16 na základě vnitrostátního práva a 4 případy na základě obou právních řádů).⁴⁶

Souviselo to zřejmě s nastavením systémů jednotlivých členských států, v nichž nebyl příliš velký prostor pro uplatnění žalob na náhradu škody. Poškozený v důsledku porušení kartelového práva mohl zvolit obvyklou možnost obrátit se s formální stížností na vnitrostátní soutěžní úřad popř. na Komisi.⁴⁷ Sice neobdržel náhradu škody, ale soutěžní úřad mohl v odůvodněných případech alespoň zaručit ukončení protiprávního jednání a uložení pokuty škůdci.

⁴² Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht/*Weyer, Baur*, Svazek VI, EG-Vertrag Art. 82 Zivilrechtsfolgen, Otto Schmidt Verlag 2000, m.č. 13.

⁴³ Ibid, m.č. 14.

⁴⁴ Ibid m.č. 15.

⁴⁵ Rozsudek č. 68/88, ze dne 21. září 1989 ve věci *Komise v. Řecko*, ECR [1989] 2965, bod 23 a násl.

⁴⁶ Waelbroeck D., Slater D., Even-Shoshan G., Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (Ashurst-Study), <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

⁴⁷ Schwedler, 31.

Popsaný neuspokojivý stav vyústil v prosinci 2005 v dokumentu Komise s názvem Zelená kniha – Žaloby o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES.⁴⁸ Prání rozšířit soukromé prosazování práva vyjádřil tehdejší komisař Mario Monti již v červnu 2001 ve svém projevu u příležitosti 6. pracovního setkání na téma právo a politika hospodářské soutěže (6. Competition Law and Policy Workshop).⁴⁹ Uplynuly ale další 4 roky, než jeho přání nabralo jasnější podobu. Tehdejší komisařka Neelie Kroes krok Komise odůvodnila „*neudržitelností současného přístupu, kdy prosazování kartelového práva je ponecháváno pouze soutěžním úřadům.*“⁵⁰ Cílem Zelené knihy bylo identifikovat zejména hlavní překážky bránící zavedení efektivnějšího systému projednávání žalob na náhradu škody, dále nastínit různé možnosti řešení pro diskusi a případně předložit opatření ke zefektivnění postupů. Případy škod způsobených porušením kartelového práva vykazují řadu zvláštností, se kterými se tradiční odpovědnostní právo nedokáže vypořádat, což vede k velké právní nejistotě (viz např. *Impact Assessment Report*⁵¹). Cíl snažení Komise spočívá v odstranění neefektivnosti žalob na náhradu škody podle kartelového práva (jinými slovy ve zvýšení nezbytné atraktivity žalob pro prosazování práva zlepšením jejich šancí na úspěch).

Komise v Zelené knize položila členským státům několik otázek, které se týkaly zejména dokazování, právního institutu *passing-on defence*, represivní (sankční) náhrady škody atd. Je zcela zřejmé, že se otázky orientovaly podle právní úpravy žalob na náhradu kartelových škod Spojených států amerických. Z úpravy Zelené knihy jednoznačně vyplývá, že byla zpracována po vzoru „*efektivního soukromoprávního sankčního systému Spojených států amerických.*“⁵² Mezi návrhy Komise tudíž bylo možné najít mimo jiné pozměněný model získávání důkazů v rámci právního institutu *discovery* s cílem odstranit informační nerovnováhu mezi škůdce a poškozeným nebo také zrušení požadavku zavinění (což Německo na rozdíl od Komise silně zdůrazňovalo při vyhotovení 7. novely GWB v souvislosti s rozsudkem ve věci *Courage* [z důvodu, že bylo staré znění § 33 tohoto zákona považováno za odporující evropskému

⁴⁸ Zveřejněno na stránkách EU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:CS:PDF>. Pracovní dokument Komise k Zelené knize: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf.

⁴⁹ Monti M., *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, in: Ehlermann C.-D., Atanasiu I. (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing 2003, 3 a násl.

⁵⁰ Tiskové prohlášení Komise k Zelené knize ze dne 20. prosince 2005: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1634&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁵¹ *Impact Assessment Report*: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_report.pdf.

⁵² Scheffler A., *Schadensersatz für Kartellrechtsverletzungen: Wie restriktiv war das GWB?*, *EuZW* 2005, 673.

právu]).⁵³ Dokonce byl navržen nárok na náhradu škody ve výši dvojnásobku škody, pokud byla škoda způsobena horizontálním kartelem.

V průběhu následujících let členské státy sdělovaly své názory a připomínky Komisi prostřednictvím vnitrostátních soutěžních úřadů nebo prostřednictvím příslušného ministerstva. O komentář byly rovněž požádány různé organizace, např. nadnárodní advokátní kanceláře, nadnárodní podniky, svazy spotřebitelů, Max Planck-Institut pro právo duševního vlastnictví a soutěžní právo v Mnichově nebo také organizace ze Spojených států amerických (např. American Bar Association). Výsledkem analýzy a syntézy těchto připomínek včetně právně komparativní analýzy, kterou si nechala Komise vypracovat,⁵⁴ je Bílá kniha vydaná dne 2. dubna 2008 navrhuující nový model, který – podle slov komisařky Kroes – „*znamená spravedlnost pro spotřebitele a podniky, kterým každým rokem v důsledku chování účastníků ekonomiky nedodržujících předpisy hospodářské soutěže EU vznikají ztráty ve výši několika miliard EUR.*“⁵⁵

Hlavním cílem Bílé knihy je najít cestu, jak zpřístupnit dotčeným osobám efektivní nástroje právní ochrany a umožnit jim dosáhnout náhradu škodu „*v plném rozsahu*“. V souvislosti se sledováním tohoto cíle je v Bílé knize stanoveno několik zásad, kterých by se úprava této oblasti měla držet. Jsou jimi: plná náhrada škody, odstrašující účinek, opora v evropských tradicích a v evropské právní kultuře, pokračování v rozsáhlém zapojení soutěžních úřadů do prosazování práva, a rovněž zpřístupnění právních nástrojů všem skupinám poškozených. Tato opatření se mají týkat veškerých druhů porušení ustanovených článku 101 a článku 102 SFEU a veškerých hospodářských odvětví. Cílem Bílé knihy je v rámci EU poskytnout všem oprávněným poškozeným za stejných podmínek stejné nároky se stejnými právními účinky. Jak tato práce možná ukáže, není a nebude to vzhledem k rozdílným specifickým odpovědnostním systémům v jednotlivých státech zřejmě možné.

V. Facit

Na základě uvedeného je zřejmé, že soukromoprávní prosazování soutěžního práva, zejména pomocí žalob na náhradu škody, je v současné době považováno i v Evropské unii za, prozatím málo využívaný významný prostředek uplatňování soutěžněprávní politiky s velkým potenciálem. Hlavním zájmem zde pro tvůrce soutěžního práva a jeho vykonavatele tedy není

⁵³ Tamtéž 673.

⁵⁴ Studie Ashurst: [Http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf).

⁵⁵ Tiskové prohlášení Komise k Bílé knize ze dne 3. dubna 2008: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/515&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>.

ani tak přímý prospěch poškozeného ve formě kompenzace jeho škody, jako spíše obecný prospěch pro poškozeného ale i další účastníky trhu spočívající v potlačení protisoutěžního chování pomocí jeho odstrašení. Soudní dvůr, ale i další evropské orgány se v současné době snaží aplikaci nároků na náhradu škody způsobenou porušením soutěžního práva zpopularizovat a jejich užívání rozšířit. Stejnou tendenci mají i některé členské státy, potažmo národní soutěžní úřady. Těmto cílům jsou pak přizpůsobovány i pravidla pro odpovědnost za škodu způsobenou porušením soutěžního práva.

Kapitola 2. Obecně k nárokům na náhradu škody na základě kartelového práva

I. Funkce nároků na náhradu škody

Náhrada škody není právním institutem sám pro sebe, nýbrž plní určité společenské funkce.⁵⁶ Právu odpovědnosti za škodu se připisují různé funkce. Otázka, jaké funkce to jsou, není samoúčelná: Rozdílným funkcím, které může nárok na náhradu škody plnit, je podřízeno to, jakým směrem je úprava zaměřena, a jakým způsobem jsou jednotlivá ustanovení formulována. To je nejlépe patrné na příkladu ze Spojených států amerických u žalob podle soutěžního práva tzv. *antitrust claims*. Jednotlivé oblasti práva jsou řízeny a vytvářeny podle příslušného politického zadání, které určuje, jak mají tyto oblasti vypadat. Ani u kartelového práva tomu není jinak. Zadání určuje, jaká bude úprava jednotlivých nápravných mechanismů. V úvodní části práce bylo osvětleno, že je zde silná poptávka po odstrašení od porušování soutěžního práva právě za použití soukromoprávních prostředků, tj. Žalob na náhradu škody. Proto je v práci zabývající se žalobami na náhradu škody podle kartelového práva nutné ptát se vždy na funkce (požadavky ze strany různých politických činitelů, tzv. *policy makers*), tj. na to, jak právo odpovědnosti za škodu funguje a jak by mělo právo odpovědnosti za škodu v kartelovém právu podle zadání fungovat. Jako první se podle názvu náhrada škody vybaví funkce vyrovnávací, která ale není jedinou možnou funkcí. Bílá kniha Komise EU nastavila vyrovnávací funkci jako hlavní funkci: Jejimi slovy: „*Prvořadou zásadou [Bílé knihy] je proto plná náhrada škody*“ (bod 3). Naproti tomu to bylo v Zelené knize jinak, což vyvolalo kritickou diskusi a vedlo ke změně formulace, která se projevila v Bílé knize. I v Bílé knize je nadále řeč o prosazování kartelového práva, nikoliv o prosazování individuálních práv.

Rozhodnutí upřednostnit tu či onu funkci souvisí se zastávaným směrem. V kartelovém právu převažují zastánci směru Ekonomické analýzy práva (*Economic Analysis of Law*). Tento směr, který má především ve Spojených státech amerických své zastánce (ale i mnoho předních evropských deliktálních právníků – např. Gerhard Wagner), se zabývá neefektivností práva a vytváří modely k jejich odstranění, aniž by zohledňoval lidský faktor, přestože se běžný člověk nechová a nechce chovat vždy efektivně.⁵⁷

⁵⁶ Bejček J., Ušlý zisk a tzv. zmařená příležitost, in: Bejček J., Pokorná J. (eds.), Sborník příspěvků z konference „Odpovědnost za škodu“, Acta Universitatis Masarykianae Brunensis Iuridica, Brno 2005, 8, 8.

⁵⁷ Viz studie banky Deutsche Bank Homo Oeconomicus oder doch eher Homer Simpson, http://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD000000000256950.pdf. K racionálnímu lidí viz též Farnsworth W., The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law, The University of Chicago Press 2007, 209 an.

Doktrína prevažujúca na evropskom kontinente rozlišuje medzi primárnymi a sekundárnymi funkciami zodpovednostného práva.⁵⁸ Primárnou funkciou je funkcia vyrovnávací. K sekundárnym funkciám patrí prevencia a ďalej potrestanie, ktoré je na evropskom kontinente sporné. V kartelovom práve je tiež obľúbené rozlišovanie funkcií podľa individuálnych a nadindividuálnych (kolektívnych) zájmov, ktoré je treba chrániť.⁵⁹ Oba spôsoby rozlíšenia vedú ale ke stejnému výsledku. Konkrétne pre kartelové právo to znamená, že lze rozlišovať medzi zájmy účastníkov trhu a obecnými zájmy. Zároveň je zájmom účastníkov trhu získanie náhrady, lze ostatní funkcie nárokov na náhradu škody pripísať kolektívnym zájmom. Na verejnosť pôsobí konkrétny protiprávny jednání tým, jak narušuje fungování trhu.⁶⁰ V konečném důsledku má sice nepřímo i jednotlivec prospěch z ochrany kolektivních zájmů, kompenzace ale oproti ostatním funkcím naplňuje konkrétní zájmy jednotlivce. Kromě již zmíněné kompenzace, prevence a sankce může uplatňování nárokov na náhradu škody na základě kartelového práva přispívat k soudcovské tvorbě práva a usnadňovat práci soutěžním úřadům.

A. Kompenzace (funkce alokační, resp. reparační)

Základní společenskou funkcí deliktního práva je znovuoobnovení majetkové rovnováhy po protiprávním jednání škůdce,⁶¹ tedy alokace škod, resp. jejich reparace či kompenzace vůči poškozenému na základě určitých principů. Již ze samotného názvu vyplývá, že kompenzace, tj. náhrada neboli vyrovnání škody je hlavní funkcí práva zodpovednosti za škodu. Do doby zavedení pojištění v 19. století bylo právo zodpovednosti za škodu jediným nástrojem plnění kompenzační funkcie. O významu této funkcie svědčí i skutečnost, že nezáleží na tom, kdo škodu nahradí, zda samotný škůdce, jeho zaměstnavatel, nebo zda ji ponese více škůdců na základě společné zodpovednosti. Rozhodující je, že poškozenému bude jeho škoda nahrazena.⁶² Kompenzace je náhradou za majetkové nebo nemajetkové újmy, které vznikají členům společnosti ze sociálního kontaktu, popř. zaručuje rozvržení škody mezi účastněnými osobami, tj. mezi škůdcem a poškozeným – tradičně se kompenzace pripisuje vyrovnávací

⁵⁸ Jansen N., Die Struktur des Haftungsrechts, Mohr Siebeck 2003, 36.

⁵⁹ Hempel R., Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, Nomos 2002, 237.

⁶⁰ Jacobs F.G., Diesenhofer T., Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective, in: Ehlermann C.-D., Atanasiu I. (eds.), European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, Hart Publishing 2003, 185, 191.

⁶¹ Bejček J., Ekonomicko-právní souvislosti zodpovednosti za škodu, in: Tichý L. (ed.), Soukromé vymáhání kartelového práva, vydavatelství Univerzity Karlovy, Praha 2009, 43, 43.

⁶² Bullinger M., Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung, in: Ficker H.C., König D., Kreuzer K.F., Leser H.G., Marschall von Bieberstein W. Frhr., Schlechtriem P., Festschrift für Ernst von Caemmerer, Mohr Siebeck, Tübingen 1978 (FS von Caemmerer), 297, 299.

spravedlnosti (v odpovědnostním právu vynucené korektivní spravedlnosti).⁶³ Právě korektivní spravedlnost je zásadou, podle které jsou osoby odpovědné za protiprávní ztráty jiných osob povinny tyto ztráty nahradit.⁶⁴ Nejde ale o to, vyrovnat jakoukoliv škodu. Právo odpovědnosti za škodu stanovuje na základě různých předpokladů (zavinění, riziková činnost, příčinná souvislost, ochranný účel normy, teorie adekvátnosti následku atd.) hranice mezi základním principem *casum sentit dominus*, tj. že každý nese svou škodu sám, a převzetím škody třetí osobou.⁶⁵ Toto vymezení bude nadále hrát klíčovou roli vzhledem ke skutečnosti, že se kartelové právo vždy snažilo nároky na náhradu škody z jeho porušení, pokud tyto nároky vůbec uznalo, omezit – zejména stanovením oprávněných osob (např. omezením na přímé odběratele včetně vyloučení spotřebitelů, přestože se jedná o poškozené osoby), což Soudní dvůr ve svém rozsudku ve věci *Courage* poněkud rozmělnil (viz předchozí kapitola). Na rozdíl od Zelené knihy považuje i Bílá kniha o žalobách o náhradu škody způsobené porušením kartelového práva za prioritní účel vyrovnání škod. Komise na tomto místě ujišťuje, že jejím hlavním přáním je „náprava, tudíž kompletní vyrovnání všech škod nehladě na to, komu škoda vznikla“, samozřejmě za předpokladu dostatečné příčinné souvislosti. Nápravou se rozumí kompenzace škod a nikoliv kompenzace bezpráví ve smyslu odplaty a sankce. Tím se náprava liší od US-amerického práva, které tuto definici vysloveně překračuje a civilněprávní náhradou škody postihuje nesprávné počínání.⁶⁶

Žaloby na náhradu škody podle kartelového práva mají vyrovnávací funkci i v případě rozptýlených škod (*Streuschäden, dispersed loss*), kdy újmu utrpělo mnoho osob a tato újma je pro každou z nich velmi malá. Rozptýlené škody u konečných spotřebitelů jsou typické zejména pro oblast kartelů, kdy cenovými dohodami dochází k navýšení ceny jednotlivého produktu řádově o několik korun v porovnání s cenami docílenými na zdravém trhu. Tato nepatrnost škody je často v protikladu s velkými (finančními a jinými) náklady na postih a vede často/většinou k tomu, že o náhradu škody nikdo neusiluje. Přesto racionální nezájem poškozených (většinou spotřebitelů) o právní postih nevyklučuje obecný zájem o kompenzaci.⁶⁷ Zájem o kompenzaci rozptýlených škod je spíše připisován veřejnosti (tudíž dole popsané

⁶³ Brüggemeier G., *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Springer Verlag 2006 (Haftungsrecht), 9.

⁶⁴ Coleman J.L., *The Practice of Corrective Justice*, in: Owen D.G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon 1995, 53, 56.

⁶⁵ *Münchener Kommentar*. Band 5, C.H.Beck, München 2009, 5. vyd. (MüKo)/Wagner, Vor § 823, 1707, m.č. 38.

⁶⁶ Becker R., *Schadensersatzklagen bei Verstoss gegen Kartell- und Missbrauchsverbot: Europäische Vorgaben und Vorhaben*, in: Augenhof S. (eds.), *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Mohr Siebeck 2009, 15, 24.

⁶⁷ Kruß A., *Kartellschaden und Verbraucherschutz*, Verlag Dr. Kovač 2010, 47.

funkci prevence). Veřejným zájmem totiž je, aby součet všech rozptýlených škod šel na vrub škůdce, což by bylo motivací tyto škody nezpůsobovat.⁶⁸

B. Odstrašení (funkce preventivní)

Kromě kompenzace je právu odpovědnosti za škodu připisována řada dalších funkcí, jedná se zejména o preventivní funkci. Příležitostně je preventivní funkce odpovědnostního práva dokonce považována za cíl daný ústavou.⁶⁹

Preventivní funkce byla deliktárnímu právu přiznána již v 19. století. Viktor Mataja konstatuje: „Proto může zákonodárství ohledně nebezpečí vzniku škod sledovat pouze dvojí cíl: Může se snažit 1) působit pokud možno preventivně 2) a vzniklou škodu přenést na osoby, které se podle požadavku spravedlnosti a národohospodářských zájmů zdají být nejvhodnějšími nositeli této zátěže.“⁷⁰ Zmíněný autor klade prevenci dokonce na první místo.

Platný český občanský zákoník staví prevenci v úvodní normě k odpovědnostnímu právu (§ 415 občanského zákoníku) do výjimečného postavení jednoho z jeho hlavních principů. Za tím stojí hlavní myšlenka, že „je z hlediska jak jednotlivce, tak společnosti lepší a snadnější škodám předcházet, než je dodatečně složitě nahrazovat.“⁷¹ Dle přijatého názoru platí, že úprava prevence obsažená v civilním právu „svým specifickým, a tudíž nezanedbatelným podílem přispívá k tomu, aby účastníci občanskoprávních vztahů při veškerém svém počínání čelili vzniku, resp. dalšímu rozšiřování společensky i individuálně nežádoucích druhů újmy, které hrozí společnosti jako celku či [jednotlivcům].“⁷² (Obecné) Prevence lze docílit různým způsobem: 1) uložením obecné povinnosti předcházet škodám - podle způsobu § 415 občanského zákoníku; 2) upřesněním této povinnosti v příslušných zvláštních zákonech a nebo 3) hrozbou, popř. rychlým a neodvratitelným uplatněním zákonné odpovědnosti při splnění zákonných kritérií skutkové podstaty. Česká právní nauka se ale zabývala méně prevencí pod hrozbou sankce, nýbrž prevencí uložením povinnosti. Souvisí to s obdobím vzniku platného zákoníku, jehož koncepce, která je patrná z přípravných prací k občanskému zákoníku, zákonu č. 40/1964 Sb., vychází z představy „nového člověka“ jednajícího způsobem, „že zabrání společensky nežádoucímu poškození zdraví nebo majetku.“ To mělo být docíleno „uložením obecné povinnosti nejen ohrožené osobě, nýbrž všem třetím osobám,

⁶⁸ MüKo/Wagner, Vor § 823, 1716, m.č. 57.

⁶⁹ Bullinger, 303.

⁷⁰ Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, 1888, 19, zitiert nach Brüggemeier G., Prinzipien des Haftungsrecht, Nomos 1999 (Prinzipien), 3.

⁷¹ Švestka J., Dvořák J. a kol., Občanské právo hmotné 2, Wolters Kluwer, Praha 2009, 5. vyd., 365.

⁷² Švestka J., Základy teorie prevence v československém socialistickém občanském právu, Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 1980, 3, 4.

*s cílem překonat lhostejnost a nevšímavost, které se i v dnešní době u mnoha spoluobčanů projevují vůči ohroženým zájmům společnosti a jednotlivce.*⁷³

V této souvislosti je preventivní funkce shora zmíněnou třetí variantou, která spočívá v tom, že odebírání škodu od osoby, kterou škoda postihla, a přenáší ji na odpovědnou osobu, která mohla ovlivnit chování vedoucí ke škodě.⁷⁴ Hrozba povinnosti škodu nahradit přiměje ke správnému chování člověka, který se může rozhodnout mezi žádoucím a nežádoucím chováním.⁷⁵ Vychází se z domněnky, že ekonomickými výhodami a nevýhodami lze motivovat k určitému jednání člověka, který má možnost začít se chovat rizikově a nebo naopak škodám předcházet. Jinými slovy se jedná o odstrašující funkci (*Abschreckung, deterrence*), neboli hrozba sankcí.

Preventivní funkce vyvolává docela významnou diskusi. Nikdo nepopírá skutečnost, že nároky na náhradu škody mají preventivní účinek. Spor se vede o hodnotový význam tohoto jevu. Klasická nauka sice tento jev považuje za žádoucí vedlejší produkt,⁷⁶ je ale pro ni druhořadým cílem. Potíž je v tom, že nástroj není vůbec vybaven k tomu, aby působil vždy preventivně. Úspěch prevence se totiž ve velké míře odvíjí od skutečnosti, v jakém rozsahu došlo k uplatnění nároků na náhradu škody, což opět závisí na úpravě tohoto nároku, ale také na právní kultuře konkrétního právního systému. Jako příklad lze opět uvést Spojené státy americké s úpravou kartelových žalob (*antitrust claims*), která nahrává žalobci na úkor žalovaného, včetně téměř nezdravého zvyku podávání žalob. Převzetí této úpravy by ale za prvé – jak bylo často opakováno shora – ohrozilo procesní spravedlnost. Za druhé není kultura podávání žalob v Evropě zdaleka tak silná, ba přebujelá, aby tyto žaloby mohly působit natolik preventivně. Nedošlo by tím k posílení nadále slabé empirické evidence, která je pro preventivní působení odpovědnostního práva zapotřebí.⁷⁷ Lze také pochybovat o tom, zda ve Spojených státech amerických skutečně dochází méně často k jednání omezujícímu hospodářskou soutěž než v Evropě, která doposud nezaznamenala významný počet žalob na základě kartelového práva. Další pochybnosti souvisí s nevhodností samotného nároku na náhradu škody, který se dá uplatnit pouze v případě, že vznikne škoda. Aby mohl působit preventivně, muselo by být možné jej uplatnit i v případech porušení práva, které

⁷³ Eliáš K. a kol., Občanský zákoník. Velký akademický komentář, Linde 2008/*Eliáš*, § 415, 775.

⁷⁴ Brüggemeier, *Haftungsrecht*, 9; Polinsky A.M., Shavell S., *Punitive Damages*, in: Faure M., *Tort Law and Economics*, Edward Elgar 2009, 228.

⁷⁵ Kötz H., *Ziele des Haftungsrechts*, in: Baur J.F., Hopt K.J., Mailänder K.P., *Festschrift für Ernst Steindorff* (FS Steindorff), De Gruyter 1991, 643, 645.

⁷⁶ MüKo/*Wagner*, Vor § 823, 1708, m.č. 40.

⁷⁷ Rozsudek BVerfG sp.zn. 1 BvR 1127/96 ze dne 8. 3. 2000 – NJW 2000, 2187, 2188.

nezapříčinilo žádnou škodu; vyvolávacím mechanismem by nesměl být vznik škody, nýbrž samotná existence zavrženíhodného jednání.⁷⁸

Zastánci Ekonomické analýzy práva vidí celou věc jinak. S příchodem Ekonomické analýzy práva do odpovědnostního práva před několika desetiletími došlo k výraznému zesílení významu jeho preventivní funkce.⁷⁹ Netýká se to zdaleka jen o rizikových činnostech, její obliba narůstá i v rámci „prosazování práva za stát“, například v oblastech duševního vlastnictví a právě kartelového práva, kde je pro Ekonomickou analýzu preventivní funkce (častěji nazývána jako odstrašující funkce) nejdůležitější funkcí práva odpovědnosti za škodu.⁸⁰ Ekonomická analýza práva vychází z předpokladu účelově racionálního chování účastníků trhu, kteří se ve svém rozhodování, zda poruší kartelové právo, řídí analýzou nákladů a výhod.⁸¹ Za tím stojí myšlenka, že čím vyšší jsou náklady na hrozící „sankci“, tím větší je motivace účastníků trhu dodržovat pravidla. Ne každý narušitel práva se chová tak „racionálně“, ne každý pachatel počítá s dopadením a potrestáním. Zaměření na preventivní funkci vytlačuje úplně individuální ochranu, která by měla být – i v oblasti kartelového práva – vlastním účelem práva odpovědnosti za škodu.⁸²

Jako protiargument kritiky namířené proti upřednostňování preventivní funkce v kartelovém právu se často namítá, že se náhrada škody a odstrašující funkce vzájemně nevylučují. Ať chceme nebo nechceme, každá civilněprávní odpovědnostní norma působí i na chování.⁸³ Tento vliv Evropská komise vítá a mírní obavy – vyvolané zejména vydáním Zelené knihy – když v části 1.2 Bílé knihy uvádí výslovně, že „*zlepšení kompenzačních mechanismů by tedy svou samotnou podstatou mělo pozitivní dopad i v tom, že by odrazovalo od dalšího porušování předpisů a motivovalo by k většímu dodržování antimonopolních pravidel ES*“.⁸⁴ Přesto dává Bílá kniha v případě konfliktu mezi jednotlivými cíli kompenzační funkci přednost před odstrašující funkcí. Podobné stanovisko zaujal německý zákonodárce v případě 7. novely GWB, kde jako cíl označil „*efektivní systém civilněprávních sankcí, které citelně odrazují od porušení práva*“.⁸⁵

⁷⁸ Koziol H., Grundfragen des Schadenersatzrechts, Jan Sramek Verlag 2010, 79, m.č. 3/5.

⁷⁹ Zimmer D., Logemann H., Der private Rechtsschutz im Kartellrecht: Zum Weißbuch der Kommission über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, ZEuP 2009, 489, 494.

⁸⁰ Krüger H.-W., Öffentliche und private Durchsetzung des Kartellverbots von Art. 81 EG, Deutscher Universitätsverlag 2007, 214.

⁸¹ Logemann H., Der kartellrechtliche Schadenersatz. Die zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das deutsche und europäische Kartellrecht nach Ergehen der VO (EG) Nr. 1/2003 und der 7. GWB-Novelle, Duncker&Humboldt 2009, 33.

⁸² Krüger, 214.

⁸³ Becker, 24.

⁸⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:DE:HTML>.

⁸⁵ Důvodová zpráva k 7. novele GWB, Reg.-Begr., BT-Drs. 15/3640, 35.

C. Sankce (funkce represivní)

Jako další možná funkce práva odpovědnosti za škodu je často uváděna sankční funkce. Civilní odpovědností právo v zásadě nesleduje – alespoň ne na evropském kontinentu – represivní funkci.⁸⁶ Důvodová zpráva k novému občanskému zákoníku ji dokonce výslovně zamítá.⁸⁷ Co pojem sankční funkce znamená v dnešní době, kdy je civilní a trestní právo jasně odděleno od sebe? Ve skutečnosti nebylo nikdy řádně vysvětleno, co se pod tímto pojmem ukrývá.⁸⁸ V učebnicích trestního práva se pod názvem účel trestu nachází ochrana společnosti, generální a individuální prevence, výchova pachatele atd.; dále zde nalezneme i výroky ve smyslu: „*újma nesmí být větší než je nezbytně nutné*“⁸⁹ – na to je třeba pamatovat i v souvislosti s represivní náhradou škody tzv. *punitive damages*, přestože tento výrok byl učiněn ve spojení s právem trestním. Funkce odplaty je v dnešní západní společnosti mírně zpochybňována.⁹⁰ V polovině 20. století vydal sice německý Spolkový soudní dvůr (Bundesgerichtshof – BGH) rozhodnutí, ve kterém uznal odplatu za spáchané bezpráví – ale bylo to pouze pro oblast osobnostního práva, nikoliv pro škody na majetku, které jsou pro kartelové právo relevantní. Ve svém rozsudku civilní senát stanovil, „*že bolestné nesleduje pouze kompenzační účely, nýbrž si v sobě do dnešní doby zachovalo prvky pokuty a zadostiučinění*“.⁹¹ Není sice možné vyrovnat bolesti náhradou, kterou poškozený obdrží, ale lze tím alespoň pro něj docílit přiměřeného zadostiučinění. Ale ani tyto případy nejsou úplně nesporné a probíhají někdy pod zástěrkou prevence.⁹² Právníci *common law* zaujímají v důsledku nejasného ohraničení různých právních oblastí otevřenější postoj k této otázce a jasně prohlašují, že odpovědnostní právo může mít i funkci uspokojení touhy po odplatě vůči škůdci.⁹³ Zbývá podotknout, že úprava nároku na náhradu škody ani v případě této funkce – stejně jako v případě preventivní funkce – nespĺňuje nezbytné požadavky pro působení represivně. Za prvé je uložení sankce možné pouze v případě zaviněného porušení práva.⁹⁴ Tím by ale došlo k vyloučení uplatňování objektivní odpovědnosti za škodu nezávisle na zavinění, kterou sleduje Evropská komise v kartelovém právu po vzoru Spojených států amerických. Dokonce i trestní právo předpokládá zavinění. Přiznáváme-li odpovědnostnímu

⁸⁶ Brügge-meier, Haftungsrecht, 10.

⁸⁷ Mot. II, 17 ff, zitiert nach MüKo/Wagner, Vor § 823, 1709, m.č. 42.

⁸⁸ MüKo/Wagner, Vor § 823, 1709, m.č. 43.

⁸⁹ Novotný O., Dolenský A., Jelínek J., Vanduchová M., Trestní právo hmotné. 1. díl. Obecná část, ASPI 2003, 4. vyd., 269.

⁹⁰ Baumann J., Weber U., Mitsch W., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2003, 11. vyd., 25, m.č. 52.

⁹¹ Rozsudek BGH ze dne 6. 7. 1955, BGHZ 18, 149, 155.

⁹² Viz. např. Brügge-meier, Haftungsrecht, 10; MüKo/Wagner, Vor § 823, 1710, m.č. 44.

⁹³ Polinsky, Shavell, 228.

⁹⁴ Koziol, Grundfragen, 83, m.č. 3/13.

právu vedlejší represivní účinek, nesmí odpovědnostní právo překročit rozsah trestního práva, kde je represivní funkce hlavní složkou. A za druhé by odpovědnostní právo, pokud by mělo působit represivně, muselo stejně jako preventivní funkce vycházet z protiprávního jednání a nikoliv ze vzniklé škody jako v případě odpovědnostního práva.

K čemu je tedy zapotřebí represivní funkce odpovědnostního práva? Jako odplata, která hraje podřadnou roli dokonce v dnešním trestním právu?

1. Krátký exkurz: Punitive damages

Nelze se zabývat represivní funkcí odpovědnostního práva v kontextu kartelového práva a nezmínit se o institutu represivní náhrady škody tzv. *punitive damages*. Trojnásobek výše škody tzv. *threefold damages* v *Clayton Act* je nejznámější stránkou US-amerického soutěžního práva. Mimochodem, i v Zelené knize je zmínka o zvážení zavedení možnosti poškozeného požadovat dvojnásobek škody, tzv. „*double damages*.“ Ze začátku je třeba uvést, že funkcí represivní náhrady škody není pouze trestat, nýbrž i působit preventivně. Přesto je nelze obhajovat pouze z hlediska plnění těchto funkcí. Jako klasické důvody pro represivní náhradu škody se uvádí: potrestat viníka, dát mu za vyučenou, aby se už ničeho takového nikdy nedopustil, odradit ostatní pachatele od trestné činnosti.⁹⁵ Přestože je třeba odrazovat od jakéhokoliv porušení práva, není to zdaleka důvod k ospravedlnění represivní náhrady škody ani v zemích, kde je tento požadavek přípustný. Poškozující protiprávní jednání musí vykazovat obzvláště závažné vlastnosti: „*There must be circumstances of aggravation or outrage*“⁹⁶ (Musí existovat přitěžující okolnosti nebo závažné porušení práva) /“*...the conduct is sufficiently outrageous to merit punishment*“⁹⁷ (Chování musí být natolik *outrageous*, hnusné, pobuřující, aby si zasloužilo potrestání.) Hodnocení kvality porušení práva je osobní záležitostí. Přesto by bylo přehnané hodnotit jako pobuřující každé porušení kartelového práva, které je samo o sobě zavrženíhodné.

V oblasti US-amerického obchodního odpovědnostního práva *business torts* tyto dvě ospravedlňující kritéria nahrazují jiné dva požadavky: zneužití moci ze strany firmy (tj. lhostejnost firmy vůči společnosti) a prevence.⁹⁸ Další odchylkou od klasické represivní náhrady škody je požadavek zavinění. Zatímco v ostatních oblastech panuje jednotný názor, že dokonce nedbalost represivní náhradu škody vylučuje a už vůbec ji nelze požadovat na

⁹⁵ Prosser and Keeton on Torts, West Publishing 1984, 5. vyd., 9.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ McGregor on Damages, Sweet&Maxwell 2003, 18. vyd., 420, m.č. 11-001.

⁹⁸ Koziol H., Wilcox V., Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Springer Verlag 2009, 166 f., odst. č. 23 a násl.

základě objektivní odpovědnosti nezávisle na zavinění, je tomu úplně jinak v případě kartelového práva, kde se dokonce uplatňuje trojnásobek výše škody na základě objektivní odpovědnosti nezávisle na zavinění. (Tomu by tak bylo i v případě, že by byl přijat návrh Zelené knihy na dvojnásobnou náhradu škody, když i zde má být odpovědnost založena nezávisle na zavinění.) Nejčastěji se právo požadovat trojnásobek odškodného na základě kartelového práva formou *treble damages* odůvodňuje šancí odhalit narušitele kartelového práva/ zjistit skutečnou výši škody, která má být údajně nižší než 1 (podle představy autorů tohoto pravidla 1/3 – ve skutečnosti se jedná o zcela libovolné číslo, které nemá žádné opodstatnění v realitě).⁹⁹ Kromě toho přispívá výše trojnásobku škody ke zvýšené frekvenci podávání žalob. Shora uvedené naznačuje, že je odůvodnění represivní náhrady škody podle kartelového práva třeba hledat spíše v oblasti preventivní funkce, což tento institut ještě neospravedlňuje, poněvadž je sporné, zda opravdu působí preventivně, a každopádně porušuje základní principy právního řádu. Kromě toho by neměl poškozený na své újmě vydělávat.

D. Soudcovská tvorba práva/snižování zátěže soutěžních úřadů

Další funkce se sice netýkají pouze kartelového práva, ale jsou s ním často spojovány. Jedná se o upřesnění a zlepšení interpretace norem kartelového práva civilními soudy. Tím dochází k dalšímu vývoji práva a ke snižování zátěže úřadů, které tím získávají kapacitu soustředit se na podstatná porušení kartelového práva mající vliv na národní hospodářství. Taková je alespoň teorie. Proti posláním soudů nelze jistě nic namítat. Nepřináší to žádné výhody, když je pouze orgán oprávněn k výkladu určité normy, kterou si navíc pravděpodobně bude moci vykládat ve svůj prospěch. Rozhodnutí soutěžních úřadů není ale nikdy izolované a nenapadnutelné. Existuje možnost zrušení jejich rozhodnutí nezávislým orgánem (soudem). Proti upřesňujícímu výkladu civilními soudy samozřejmě není námitek, jejich výklad velmi vítaný a lze jen doufat, že činnost různých oborů soudnictví nepovede k různým rozporuplným interpretacím. O snižování pracovní zátěže soutěžních úřadů v důsledku zapojení soukromých osob ve funkci úřadu pojednává detailně s určitým odstupem předchozí kapitola.

E. Facit

⁹⁹ Posner R.A., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers 2007, 7. vyd., 335.

Uvedený soupis funkcí vyvolává samozřejmě otázku, zda to vše má být úkolem nároků na náhradu škody, a zda tím lze ospravedlnit zásah do principu rovnosti před zákonem. Problémem Ekonomické analýzy práva je skutečnost, že efektivitu normy nadřazují nade vše, včetně sociální funkce práva a samotné spravedlnosti. Cílem práva by ale neměla být pouze nebo hlavně optimalizace systému, ve kterém se veškeré ostatní stránky dostávají na vedlejší kolej. Naopak, optimalizace systému by měla být vítaným vedlejším produktem. V kartelovém právu Spojených států amerických dominují od samého počátku zastánci Ekonomické analýzy práva, pro které je efektivita kartelového práva vším. Této myšlence vše podřizují, zejména úpravu nároků na náhradu škody, které mají z větší části nahradit činnost státu, tj. samotného ochránce trhu. Jejich cílům jsou částečně obětována práva protistrany. Obdobné smýšlení, i když ne takto extrémní lze nalézt i na unijní úrovni, když z pohledu unijního práva má preventivní funkce přednost před funkcí kompenzační.¹⁰⁰ V současnosti je zavedení takových pravidel na evropském kontinentu relativně nemyslitelné, to dala kritika Zelené knihy najevo. Na druhé straně samotná Zelená kniha ukázala, že systém honby za ekonomickou(!) efektivitou se pomalu dostává přes oceán na starý kontinent. Skutečnost, že v současné době panuje mezi členskými státy EU konsensus, že primárním v deliktním právu je kompenzační funkce, potvrzuje i čl. 10:101 Principles of European Tort Law (PETL), který stanoví, že „náhrada škody je platba, která má kompenzovat poškozeného,“ dále tento článek stanoví, že „náhrada škody **také** slouží prevenci.“ Prioritizace funkce preventivní může navíc v jednotlivých případech vést k rozporům v hodnocení na úrovni zkoumání důvodů odpovědnosti, což může v konkrétních případech vést k odlišným výsledkům v obdobných případech pouze za účelem řízení chování některých osob.¹⁰¹ Takovýto výsledek může být z pohledu poškozeného, pro kterého je deliktní právo jediným prostředkem jak dojít kompenzace, dosti nespravedlivé.

To však neznamená, že by idea prevence měla být zcela zavržena. Jak bylo v úvodní části prokázáno, fungující soukromoprávní prosazování soutěžního práva je pro efektivní soutěžní systém stejně důležité jako veřejnoprávní prosazování. Při hledání optimálních pravidel pro nároky na náhradu kartelových škod je tedy třeba hledat vyvážený koncept, který by zohlednil jak primární funkci (tedy kompenzaci), tak potřebu prevence, avšak za respektování skutečnosti, že se nacházíme v civilním právu, a akceptování rovnosti obou stran. Dále by na preventivní funkci neměl být kladen přehnaný důraz, neboť by nároky na náhradu škody

¹⁰⁰ Drexl J., Zur Schadensersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldeliktsrecht, Heldrich A., Pröller J., Koller I. (eds.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, C.H.Beck, München 2007, 1339, 1340.

¹⁰¹ Ibid, 1340.

mohly odstrašovat i od jednání, která se svým charakterem sice blíží skutkovým podstatám obsaženým v čl. 101/102 SFEU, avšak pouze blíží, anebo jsou ze zákazů vyňaty z toho důvodu, že mají přínos pro soutěž a trh samotný nebo posilují spotřebitelský blahobyt. Od takových jednání by nemělo být odstrašováno, a tudíž je třeba mít preventivní funkci na zřeteli a uvědomit si, že prevence nespěívá pouze v odstrašení od jakéhokoli jednání, nýbrž i v motivování ke společensky prospěšnému jednání.

„Výběr“ funkce ovlivňuje nejen podobu pravidel pro uplatnění nároku na náhradu škody, nýbrž i jeho samotnou aplikaci. Pokud je do normy poskytující nárok na náhradu škody promítnuta vůle odstrašit od určitého chování, svádí to k nesprávnému rozšiřování rozsahu odpovědnosti za náhradu škody, jak uvidíme dále např. v části zabývající se ochranným účelem normy, když je na základě preventivní/odstrašující funkce rozšířen okruh poškozených spadajících do působnosti ochranné normy.

II. Základ nároku¹⁰² (*Anspruchsgrundlage*)

A. Nárok z porušení kartelového práva

Existují právní řády, kde má poškozený k dispozici zvláštní nárok upravený pouze pro případ porušení kartelového práva. Jinde poškozený musí použít obecnou normu. Mezi zeměmi se specifickými základy nároku pro kartelové právo se vyskytují jak státy, kde jsou tyto základy aplikovány i na porušení kartelového práva EU, tak státy, kde pro kartelové právo EU platí jiná zvláštní norma nebo je pro tento případ třeba použít obecnou normu. Tato praxe je přijatelná – nikoliv pochopitelná – jen do té míry, dokud nebude mít nárok na náhradu škody podle kartelového práva horší postavení¹⁰³ než v případě porušení vnitrostátního práva. V dnešní době je totiž vnitrostátní právo natolik přizpůsobené unijnímu právu, že se mu podobá, a tudíž není jakýkoliv důvod zacházet s těmito nároky odlišným způsobem (byť jen po formální stránce).

V této práci jsou zkoumány tři právní řády (německý, rakouský a český) a každý z nich reaguje zcela odlišně na zadání poskytnout nárok na náhradu škody na základě porušení kartelového práva EU. Česká republika a Rakousko patří do skupiny států, kde neexistuje

¹⁰² Základ nároku (*Anspruchsgrundlage*) označuje normu, o kterou se nárok (v našem případě nárok na náhradu škody) opírá. V dalším textu bude používán tento poněkud kostrbatý překlad jednoduchého německého pojmu. Autorovi není znám obdobný pojem z českého jazyk, neboť česká právní nauka tento termín nezná a a proto užívá tento alespoň výstižný překlad. Nicméně se německý výraz zdá být velmi výstižným a jednoduchým označením něčeho, co by se jinak muselo složitě popisovat, proto bude v dalším textu v této kostrbaté podobě používán.

¹⁰³ Viz shora zmíněnou zásadu rovnocennosti.

zvláštní základ nároku pro případ porušení kartelového práva, ani unijního ani vnitrostátního. V německém právu došlo rovněž ke zrovnoprávnění nároků z porušení kartelového práva EU s nároky z porušení kartelového práva vnitrostátního s tím, že německé právo vytvořilo zvláštní nárok specifický pro kartelové právo. Dřívější německá úprava se ale chovala jinak. Do přijetí 7. novely zákona proti porušování hospodářské soutěže (7. novela GWB) z roku 2005 existovaly v Německu dvě různé úpravy: Zvláštní úprava pro porušení vnitrostátních předpisů kartelového práva a jiná úprava – obecná – pro porušení předpisů kartelového práva EU. Podle všeobecné německé odpovědnostní normy (§ 823 odst. 1 BGB) jsou chráněny pouze určité hodnoty – jedná se o absolutní práva (v odstavci 1 je uveden demonstrativní výčet těchto hodnot: život, zdraví, osobní svoboda, vlastnictví nebo **jiná práva** (*sonstige Rechte*)). Bohužel do této definice nespádají zájmy zasažené porušením kartelového práva, totiž ekonomické zájmy – s výjimkou uznávanou německými soudy. Tato výjimka vznikla na základě rozhodnutí BGH pro případ zásahu do zavedené a vykonávané živnosti (*Eingriff in eingerichtetes und ausgeübtes Gewerbebetrieb*). Vlastnosti zavedené a vykonávané živnosti jako absolutního práva se s pádnými argumenty nedostalo všeobecného uznání.¹⁰⁴ Je totiž těžké představit si ekonomickou položku srovnatelnou s právem na život, osobní svobodu nebo vlastnickým právem. Tento základ pro „jiná práva“ byl ale vyvinut k tomu, aby zaplnil mezery v zákoně, a proto jej lze aplikovat pouze subsidiárně – tam, kde je to nezbytně nutné a neexistuje jiné východisko.¹⁰⁵ Subsidiárně bylo možné jej aplikovat i v době před novelizací GWB. V této době zákon proti porušování hospodářské soutěže obsahoval odpovědnostní normu (§ 33 odst. 1 hlava 2 citovaného zákona), která v zásadě považovala za nahraditelnou jakoukoliv škodu způsobenou protiprávním jednáním; jinak ale neobsahovala další ustanovení. Pouze se omezila na nedodržování zákona proti porušování hospodářské soutěže a opatření soutěžního úřadu (*Bundeskartellamt*), a tudíž ignorovala

¹⁰⁴ Viz například kriticky Koziol H., *Österreichisches Haftpflichtrecht. Band II: Besonderer Teil*, Manz Verlag 1984, 2. vyd., 39: „Gegen das Vorhandensein eines derartigen, kaum abgrenzbaren Rechts spricht zunächst, dass dem Recht am Gewerbebetrieb der den Herrschaftsrechten typische Zuweisungsgehalt fehlt. Weiters ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen gerade der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb besonderen Schutz genießen sollte, nicht jedoch z.B. die Praxis eines Anwalts oder Arztes. Ferner würde einem derartigen Recht die den absoluten Rechten sonst eigene Indizierung der Rechtswidrigkeit von Eingriffen fehlen, da die meisten Eingriffe in den Gewerbebetrieb rechtmäßig sind, wie etwa der lautere Wettbewerb zeigt.“ (Překlad: Proti existenci tohoto téměř nevymezeného práva hovoří nejprve, že právu na živnost chybí obsah typický pro právo na ovládnutí určité věci. Dále je nepochopitelné, proč má být zavedená a vykonávaná živnost více chráněna než např. ordinace lékaře či advokátní kancelář. Dále by takovému právu chyběla indikace protiprávnosti zásahů, protože zásahy do živnosti se dějí většinou oprávněně, např. v rámci řádné hospodářské soutěže.) Dále zejm. Larenz K., Canaris C.-W., *Lehrbuch des Schuldrechts. Band II. Halbband 2. Besonderer Teil*, C.H.Beck 1994, 13. vyd., 560 ff: „Außerdem führt das Recht am Gewerbebetrieb zu untragbaren Wertungswidersprüchen hinsichtlich des geschützten Personenkreises. [...] wegen ihrer ausgesprochen freiheitswidrigen Wirkungen.“ (Překlad: Kromě toho vede právo na živnost kvůli výslovně omezujícímu působení k neúnosným rozporům ohledně okruhu chráněných osob.) Viz detailněji u: Sack R., *Das Recht am Gewerbebetrieb*, Mohr Siebeck 2007, 139 a násl.

¹⁰⁵ Logemann, 44.

ustanovení unijního práva čl. 101 a čl. 102 SFEU. Jediným předpisem, kde bylo možné umístit porušení čl. 101/102 SFEU, bylo ustanovení § 823 odst. 2 BGB – za předpokladu splnění ostatních podmínek (tj. pouze v případě, že je škoda popř. poškozený zahrnut do ochranného účelu porušené normy). Nejdůležitějším předpokladem pro uplatnění tohoto základu v případě článků 101/102 byla tudíž jejich vlastnost ochranné normy ve smyslu § 823 odst. 2 BGB. Co dnes zní jako samozřejmost, bylo v minulosti nepředstavitelné. Ještě v 70. letech byl zastáván názor, že je „na kartelové právo Společenství třeba nahlížet v rámci cílů Smluv, [a] kartelové právo [tudíž] neslouží k ochraně zájmů jednotlivců, nýbrž sleduje velké cíle Společenství“¹⁰⁶. Vlastnost ochranného zákona byla ustanovením těchto článků přiznána teprve (zejména v důsledku rozsudku *van Gend en Loos* a dalších) dodatečně.¹⁰⁷

Rozlišování různých základů nároků vede (a nebo alespoň může vést) k odlišnému zacházení s nimi. Hrozí nebezpečí, že nebude zachována rovnocennost nároků. To se může projevit např. v odlišném stanovení okruhu chráněných osob či v odlišných předpokladech pro přiznání náhrady. BGH ovšem aplikoval stejné kritérium na oba dva základy nároku (nedovolené omezování svobodné hospodářské soutěže směřuje přímo proti dotčené osobě¹⁰⁸), a tudíž zachoval unijní příkaz nediskriminace nároků podle unijního práva.¹⁰⁹ Vše se změnilo provedením 7. novely GWB, kdy došlo k rozšíření okruhu chráněných osob, ke kterým nyní patří jak konkurence zasažená protiprávním jednáním, tak ostatní účastníci trhu.

Nač se vlastně zabývat touto na první pohled bezvýznamnou otázkou rozlišování základů nároku? Pravdou je, že v mnoha členských státech nehraje diferenciace žádnou, max. nepatrnou roli. Jako příklad lze uvést starou verzi českého zákona o ochraně hospodářské soutěže (zák. č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže). Ustanovení § 17 tohoto zákona přiznalo poškozenému nárok na náhradu škody, aniž by jej rozvádělo. Pouze se omezilo na zjištění, že nárok existuje. Vnitřní úprava se řídila – stejně jako dnes – podle generální klauzule. Tento zákon byl v roce 2001 nahrazen novým textem, který více odpovídá moderním trendům (zák. č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže) a vynechalo se – zřejmě zbytečné – ustanovení o nároku na náhradu škody. Pokus českého úřadu pro ochranu hospodářské soutěže jej nějak propašovat zpět, byl již v počáteční fázi zamítnut jako nekonzistentní, protože zákon spadá do oblasti správního práva. Dnes lze tento nárok vyvodit přímo z generální klauzule odpovědnostního práva. S označením „generální klauzule“ to ale nebude zas tak jednoduché, jak uvidíme později.

¹⁰⁶ Schumacher H., *Die Systematik des Wettbewerbs*, WuW 1971, 165, 168.

¹⁰⁷ Např. rozsudek BGH ze dne 13. 10. 1979, WuW/E BGH 1643, 1645 – *BMW-Importe*; rozsudek BGH ze dne 10. 10. 1987, GRUR 1988, 327, 330 – *Cartier-Uhren*.

¹⁰⁸ Jednalo se o docela omezenou oblast, kde bylo možné použít tyto dva základy nároku.

¹⁰⁹ Logemann, 130, 132.

To je jeden případ. Jsou však případy, kdy je v tom opravdu rozdíl, z jakého základu nárok čerpáme. V některých právních řádech je se zvláštní ustanovením spojena i odlišná úprava, která se liší od obecné normy. Děje se tak často s úmyslem usnadnit žalobci uplatnění jeho nároků, např. vynecháním požadavku zavinění (sankce v podobě odpovědnosti za škodu vznikne v případě, že je poškozený schopen dokázat porušení zákona, škodu a příčinnou souvislost), dále obrácením důkazního břemene, různými domněnkami (týkajícími se příčinné souvislosti), stanovením osob oprávněných požadovat náhradu škody atd. Jak již bylo vysvětleno shora, lze jako příklad z těchto tří zkoumaných právních řádů vybrat německou právní úpravu s ustanovením § 33 GWB. Podle této úpravy je nárok na náhradu škody v případě zaviněného porušení kartelového práva v zásadě přiznán každému účastníkovi trhu. V zásadě je nepřípustná obhajoba založená na přenesení škody, tzv. *passing-on defence*.¹¹⁰ Uplatnění nároku je usnadněno možností zohlednit při výpočtu škody podíl na zisku získaného dotyčnou společností porušením kartelového práva škůdcem.¹¹¹

V právních řádech, kde se uplatňují všeobecná pravidla, to bývá pro poškozeného těžší, protože neexistují – alespoň ne na první pohled – žádná usnadnění, která by zvyšovala úspěšnost uplatnění nároku na náhradu škody. Samozřejmě se mohou vyskytovat jiná usnadnění v dalších částech této práce nebo v procesních předpisech. Obecně je se všemi nároky z odpovědnostního práva v zásadě zacházeno stejným způsobem.

Ostatní dva zkoumané právní řády opírají své nároky na náhradu škody z důvodu porušení kartelového práva o obecná ustanovení, která se ale od sebe trochu liší svým provedením. Český právní řád používá generální klauzuli práva obchodního, nikoliv civilního. Naproti tomu rakouské právo nerozlišuje mezi delikty obchodního a delikty civilního práva.

České právo bohužel těžce trpí dichotomií mezi občanským a obchodním zákoníkem. V důsledku chybějících zvláštních předpisů bylo lze mít za to, že platí generální klauzule občanského zákoníku (zák. č. 40/1964 Sb.) Tak tomu ale není. Úplně nelogicky a bezprecedentně obsahuje český právní řád paralelně vedle sebe dva právní světy žijící si

¹¹⁰ V případě způsobení škody nesoutěžním jednáním jednoho účastníka trhu se mohlo stát, že poškozený účastník jednoduše přenesl škodu na své odběratele tím, že jim jednoduše zvýšil ceny. On sám v konečném důsledku žádnou ekonomickou újmu neutrpěl. Škoda se projevila u účastníků trhu na spodnější úrovni řetězce. Je spravedlivé přiznat mu náhradu škody? Žalovaný údajně narušitel hospodářské soutěže by za určitých okolností mohl svou obhajobu postavit na tvrzení, že žalobci v konečném důsledku nevznikla žádná škoda, protože ji nahradili jeho odběratelé. Tento způsob obhajoby se nazývá *passing-on-defence*.

¹¹¹ Viz Immenga U., Mestmäcker E.-J., Wettbewerbsrecht. GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, C.H.Beck, München 2007, 4. vyd. (Immenga/Mestmäcker)/Emmerich, § 33, 1035, m.č. 62: „[Dies dient zur Erleichterung der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs in den Fällen,] in denen die Ermittlung des hypothetischen Marktpreises als Grundlage für die Schadensberechnung nach der Differenzmethode mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. (Překlad: Slouží to k usnadnění uplatnění nároku na náhradu škody v případech, kdy zjišťování hypotetické tržní ceny jako základ pro výpočet škody metodou zjišťování rozdílů s sebou nese velké potíže.)“

vlastním životem¹¹² – obecný občanský zákoník a obchodní zákoník, který mnoho institutů a právních vztahů obsažených ve obecném soukromém právu upravuje znovu. Jako příklad lze uvést právní úkony obecně, uzavírání smluv, zvláštní smlouvy (včetně kupní smlouvy) ale také odpovědnostní právo.

Podle ustanovení § 373 a násl. obchodního zákoníku (zák. č. 513/1991 Sb.) se odpovědnostní právo v první řadě vztahuje pouze na závazky vznikající z porušení smluvních ustanovení. Důvod tohoto rozlišování se ještě dá pochopit, protože lze očekávat přísnější postih podnikatele za nedodržení smlouvy. Jedná se o profesionální záležitosti, u kterých se očekává rychlejší a jednodušší řešení. Najednou ale ustanovení § 757 obchodního zákoníku (spadající do kategorie závěrečných a přechodných ustanovení) do obchodního práva vtahuje i deliktní právo – a to pro oblast odpovědnosti za porušení závazků vyplývajících z obchodního zákoníku. To se sice nejprve netýká bezprostředně kartelového práva, které je upraveno zvláštním zákonem (viz shora). Opět je třeba zalistovat v zákoně a podívat se na začátek, kde lze nalézt všeobecně uznávanou spojitost¹¹³: § 41 věta 2 obchodního zákoníku zakazuje zneužívání účasti v soutěži; § 42 odst. 1 obchodního zákoníku stanovil, že zneužitím účasti v hospodářské soutěži je nekalé soutěžní jednání a nedovolené omezování hospodářské soutěže; § 42 odst. 2 obchodního zákoníku konstatuje, že nedovolené omezování hospodářské soutěže upravuje zvláštní zákon. Je však nutno podotknout, že propojení mezi zákonem o ochraně hospodářské soutěže a § 373 obchodního zákoníku není zcela jednoznačné. Lze argumentovat, že zákon o ochraně hospodářské soutěže není prováděcím zákonem k obchodnímu zákoníku, nýbrž zákonem zvláštním, a že se tedy místo § 373 obchodního zákoníku na základě spojení § 757 a § 1 odst. 2 obchodního zákoníku použije § 420 an. občanského zákoníku, který by byl pro škůdce výhodnější.¹¹⁴ Tato interpretace se obecně však neujala.

Spojení s články 101/102 SFEU se nedá najít zcela snadno. Občas se totiž proslýchá, že je porušení kartelového práva EU třeba řešit podle občanského zákoníku. To by vedlo ale k relativně horšímu postavení unijního práva oproti právu vnitrostátnímu – tudíž k porušení zásady rovnocennosti (jak byla popsána v kapitole týkající se práva EU) – protože v případě odpovědnosti podle obchodního zákoníku se jedná o objektivní odpovědnost (bez ohledu na zavinění s tím, že se škůdce může zprostit této odpovědnosti jen v případě, že byla škoda

¹¹² V případě nedodržení pracovního práva.

¹¹³ Štenglová I., Plíva S., Tomsa M. a kol., Obchodní zákoník. Komentář, C.H.Beck, Praha 2010, 13. vyd./Bartošíková, Štenglová, § 757, 1277.

¹¹⁴ Bejček J., Kartelové právo, vydavatelství Masarykovy university 1995, 163.

prokazatelně zapříčiněna okolnostmi vylučujícími odpovědnost¹¹⁵). Oproti tomu je odpovědnost podle občanského zákoníku subjektivní (tj. závisí na zavinění). Převládající názor se ale klání spíše k aplikaci obchodního zákoníku. Spojení lze odvodit stejným způsobem jako v případě vnitrostátního kartelového práva, tj. ze zákazu nedovoleného omezování hospodářské soutěže, protože články 101/102 SFEU lze jasně chápat jako zvláštní zákon upřesňující zákaz nedovoleného omezování hospodářské soutěže. Základem nároku by bylo § 373 ve spojení s § 757 ve spojení s § 41 obchodního zákoníku.

Zatímco v českém právu není složité najít ten správný jasný a výslovný odkaz, je nutné se k rakouskému základu nároku teprve dopracovat. Na rozdíl od české normy neexistuje žádný přímý odkaz a tak první kroky povedou ke generální klauzuli § 1295 ABGB. Zde ale stojíme před stejným problémem jako u § 823 odst. 1 BGB, protože tato norma v zásadě chrání pouze chráněné absolutní statky.¹¹⁶ Jak již bylo uvedeno shora, do oblastí chráněných absolutních práv nespádají zájmy zasažené porušením kartelového práva, a to ani právo na zavedenou a vykonávanou živnost ne, kterou na rozdíl od německého právního řádu rakouské právo v žádném případě mezi chráněná absolutní práva nezařazuje. Nárok na náhradu škody je třeba opřít o jinou normu. Všeobecně uznávaná je aplikace § 1311, věty 2. druhé alternativy ABGB – tj. odpovědnosti při překročení ochranného zákona.¹¹⁷ Na tomto místě je třeba vysvětlit, že kartelové právo je ochranným zákonem podle § 1311 ABGB. Prvním kritériem je, že se jedná o zákon, tj. o zákon nikoliv po formální stránce, nýbrž o hmotný zákon, tzn. o jakoukoliv obecně abstraktní úpravu působící navenek.¹¹⁸ Obdobně jako je možné tuto vlastnost odvodit pro články 101/102 SFEU v případě českého práva, lze v rakouském právu říct, že jak rakouský kartelový zákon, tak kartelové právo obsažené ve Smlouvě o fungování EU mají vlastnost zákona ve smyslu § 1311 ABGB. Problematičtější to bude podle mého mínění s jeho ochrannou vlastností. Ochranný zákon v užším slova smyslu je „*normou zakazující potenciálně nebezpečné chování za účelem ochránit jednotlivce nebo určitý okruh lidí před majetkovou újrou*“¹¹⁹ Důležitým prvkem v této definici jsou individuální zájmy chráněných osob. Norma by měla být v první řadě zaměřena na ochranu konkrétních individuálních zájmů. Primárním zaměřením kartelového práva nejsou ale zájmy jednotlivců, nýbrž

¹¹⁵ Jedná se o velmi přísnou odpovědnost, od které se škůdce může vysvobodit v případě, že do očekávaného průběhu události zasáhne vnější okolnost, kterou nedokázal překonat a nebylo možné od něj rozumně požadovat, aby tuto okolnost předvídal.

¹¹⁶ Koziol H., Bydlinski P., Bollenberger R., Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, Springer, Wien 2007, 2. vyd. (KBB)/*Karner*, § 1295, 1435, odst. č. 1.

¹¹⁷ Viz např. Austrian National Report for the Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

¹¹⁸ Karollus M., Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, Springer Verlag 1992, 96 a násl.

¹¹⁹ Koziol, Haftpflichtrecht II, 101.

veřejnosti na hladkém fungování hospodářské soutěže. Teprve prostřednictvím ochrany veřejných zájmů jsou chráněny zájmy jednotlivců, aby jim neodcházeli zákazníci, aby jim tito řádně zaplatili atd., což by za normálních okolností ve spravedlivé hospodářské soutěži činili. Nejpozději s judikaturou Soudního dvora je – jak již bylo zmíněno dříve – uznáváno, že kartelové právo může plnit individuální ochrannou funkci, a tudíž je splněno i druhé kritérium.

I nový český občanský zákoník (účinný od 1. 1. 2014) je v této oblasti stejně sestaven: Primárně jsou chráněna absolutní práva (§ 2910 věta 1. nového občanského zákoníku). Povinnost k náhradě vznikne i škůdci, který zasáhne do jiného práva poškozeného porušením zákonné povinnosti stanovené na ochranu takového práva. (§ 2910 věta 2. nového občanského zákoníku). Vzhledem k tomu, že si nový občanský zákoník stanovil cíl odstranit neúnosnou dvoukolejnost občanského a obchodního zákoníku, platí tato norma i pro žaloby na náhradu škody způsobené porušením kartelového práva. Na tomto místě je třeba se ptát (protože se to vysloveně vyžaduje), zda byly zákazy vyplývající z kartelového práva stanoveny na ochranu uplatněných práv.

B. Základ nároku v právu proti nekalé soutěži

Existuje ještě jiný základ nároku, ke kterému lze dojít přes jinou oblast hospodářské soutěže – přes nekalou soutěž. Všechny tři zkoumané právní řády tuto možnost uznávají – výslovně nebo mlčky. Jedná se o nástroj vyvinutý judikaturou, a to i v Německu, kde německý zákon proti nekalé soutěži ve znění po roce 2004 (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – dUWG) uznává porušení zákona jako jednu ze skutkových podstat nekalé soutěže (§ 4 č. 11: „*Nekale jedná, kdo jedná v rozporu se zákonným předpisem určeným k tomu, aby upravoval chování na trhu v zájmu jeho účastníků.*“). Částečným úkolem nového znění zákona proti nekalé soutěži právě byla – kromě zavedení směrnice 2005/29/ES – kodifikace judikatury k ustanovení § 1 dUWG ve starém znění. Staré znění zákona proti nekalé soutěži totiž znalo systém zákazů spočívajících na generální klauzuli ustanovení §1, jehož jednotlivé skutkové podstaty soudy konkretizovaly a podle daného případu rozdělily do pěti skupin (hon na zákazníky, omezování, vykořisťování, **porušení práva** a narušení volného trhu).¹²⁰ V ostatních dvou právních rádech základ nároku spočívá pouze na (soudcovské) interpretaci příslušných generálních klauzulí práva proti nekalé soutěži (§ 1 rakouského zákona proti nekalé soutěži (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – öUWG), § 44 odst. 1 českého

¹²⁰ Viz např. Baumbach A., Hefermehl W., Wettbewerbsrecht, C.H.Beck 2001, 22. vyd. – komentář k § 1.

obchodního zákoníku). O nekalé jednání způsobené porušením zákona se jedná v případě, že soutěžitel získá výhodu oproti jiným soutěžitelům tím, že nedodrží podmínky stanovené zákonem nebo smlouvou. Tato definice je víceméně stejná ve všech třech zkoumaných právních řádech.¹²¹ Kartelové právo patří běžně k zákonům, jejichž porušení může vést k nekalému jednání. Platí to i po omezení definice provedené reformou německého zákona proti nekalé soutěži na normy regulující chování na trhu v zájmu jeho účastníků.¹²² Tuto podmínku kartelové právo jednoznačně splňuje. Žádná z těchto tří norem nerozlišuje mezi kartelovým právem čistě vnitrostátního původu a právem komunitárním.¹²³

Takto definované porušení zákona ale vlastně nesplňuje veškeré podmínky skutkové podstaty, kterou vyžaduje právo proti nekalé soutěži. Alespoň ne tam, kde se opírá o generální klauzuli. Tuto tendenci lze objevit v rakouském zákonu proti nekalé soutěži, v českém obchodního zákoníku a ve starém znění německého zákona proti nekalé soutěži: Porušení práva bylo spácháno porušením dobrých mravů. Porušení zákona nemusí ale být vždy v rozporu s dobrými mravy. Kromě toho nemusí být to, co je v rozporu s dobrými mravy v běžném styku, také v rozporu s dobrými mravy ve vztazích mezi konkurenty a naopak. Dobré mravy a jednání v rozporu s dobrými mravy v nekalé soutěži má totiž obecně jiný obsah nežli jednání v rozporu s dobrými mravy v běžném styku. Dobré mravy v nekalé soutěži, tedy v obchodním styku, mohou mít zejména mnohem užší vymezení, nežli dobré mravy v běžném styku. Dobré mravy se mohou dokonce lišit po jednotlivých podnikatelských odvětvích.¹²⁴ Určité jednání tedy sice obecně může být považováno za porušující dobré mravy, avšak v obchodním styku v dané branži může být považováno za zcela normální a běžné, a tedy jako neporušující právo nekalé soutěže. Hodnocení odvisí od zaběhnutých zvyků v dané branži. Takový rozpor mezi dobrými mravy v rámci určité branže a dobrými mravy v běžném styku, pokud je flagrantní, by se však dle mého názoru měl dotýkat pouze vztahu mezi poškozenými podnikateli a škůdcem-podnikatelem, nikoli spotřebitelů – již jen proto, že dané zvyky nemusí znát, ale též proto, že jako slabší strana si nemusí „tvrdý boj“ nechat líbit.

¹²¹ Pro Německo: Baumbach, Hefermehl. Pro Rakousko např. rozsudek OGH sp. zn. 4 Ob 62/98s ze dne 17. 3. 1998 – *Service-Gutscheine*: „..., wenn sich ein Unternehmer schuldhaft über eine Vorschrift hinwegsetzt, um im Wettbewerb einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen. (Překlad: V případě zaviněného opomenutí podnikatele dodržovat předpis se záměrem získat tím výhodu oproti konkurenci, která jedná v souladu se zákonem.)“ Pro Českou republiku: Hajn P., *Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži*, Masarykova univerzita 2000, 28: „Porušení různých forem veřejného a soukromého práva, v jehož důsledku dochází k získání neopodstatněné soutěžní výhody...“

¹²² Hefermehl W., Köhler H., Bornkamm J., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar*, C.H.Beck 2009, 27. vyd./Köhler, § 4, 542, m.č. 11.6

¹²³ Hefermehl, Köhler, Bornkamm, 547, m.č. 11.24; OGH 4 Ob 62/98s – *Service-Gutscheine*. Nelze předpokládat, že by tomu bylo v současné době jinak v ČR.

¹²⁴ Štenglová, Plíva, Tomsa/Munková, Macek, § 44, 172.

U norem kartelového práva není pro soudy příliš těžké určit, co je v rozporu s dobrými mravy. Např. BGH stanovil ohledně dUWG ve starém znění, „že v souladu s mravním a právním příkazem je dodržovat zákaz, který se bezprostředně vztahuje na hospodářskou soutěž, má chránit hospodářskou soutěž jako instituci a slouží zájmům jak veřejnosti, tak dotčeným jednotlivcům. Porušení takovéto normy je v rozporu s hospodářskou soutěží a nemusí být splněna další kritéria nekalého jednání.“¹²⁵ Také rakouský Nejvyšší soudní dvůr (Oberster Gerichtshof – OGH) se musel několikrát zabývat otázkou, kdy je porušení příkazu kartelového práva v rozporu s dobrými mravy. Pro OGH není avšak jakékoliv porušení normy automaticky v rozporu s dobrými mravy. Vyžaduje, aby bylo subjektivně možné vytknout nerespektování zákona, a porušení musí být takové, že „jej lze oprávněně považovat za nepřipustné soutěžní jednání, které je v rozporu s dobrými mravy ve smyslu § 1 zákona proti nekalé soutěži.“¹²⁶ Nový německý zákon proti nekalé soutěži přebírá konstrukci směrnice 2005/29/ES. Podle tohoto zákona „stačí“, aby bylo porušení vhodné k poškození zájmů účastníků trhu.

C. Porušení dobrých mravů

Na závěr je nutno podotknout, že skutečnost, že poškozenému nebyl přiznán nárok na náhradu škody podle soutěžního práva, ještě neznamená, že, pokud je jeho nárok oprávněn, nebude jemu způsobená škoda nahrazena. Oprávněný nárok poškozeného je možno uspokojit za použití obecných pravidel pro náhradu škody způsobené v rozporu s dobrými mravy. Nárok by pak byl založen na § 826 BGB¹²⁷, resp. § 1295 odst. 2 ABGB¹²⁸, § 424 občanského zákoníku¹²⁹, resp. § 2909 nového českého občanského zákoníku¹³⁰ (přičemž ten vychází částečně z původní české úpravy a částečně z rakouské úpravy – včetně otázky výkonu práva s cílem někoho poškodit). Jsou s nimi však spojeny přísnější podmínky.

¹²⁵ Rozsudek BGH sp.zn. I ZR 84/79 ze dne 3. 7. 1981, BGHZ 81, 291, 293 – *Bäckerei-Fachzeitschrift*.

¹²⁶ Rozsudky OGH sp.zn. 4 Ob 2/93 ze dne 15. 12. 1992 – *Ursprungszeugnisse*; sp.zn. 4 Ob 201/02s ze dne 15. 10. 2002 – *Pro-Serve Sport GmbH*.

¹²⁷ „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen **vorsätzlich Schaden zufügt**, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“ (Kdo způsobem porušujícím dobré mravy **způsobí jinému úmyslně škodu**, je tomuto jinému povinen škodu nahradit.)

¹²⁸ „Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise **absichtlich Schaden zufügt**, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.“ (I ten, kdo způsobem porušujícím dobré mravy **úmyslně způsobí škodu**, je za ni odpovědný, pokud se tak však stane při výkonu práva, pak pouze tehdy, když výkon práva měl zřejmě za účel, jiného poškodit.)

¹²⁹ „Za škodu odpovídá i ten, kdo ji způsobil úmyslným jednáním proti dobrým mravům.“

¹³⁰ „Škuďce, který poškozenému způsobí škodu **úmyslným porušením dobrých mravů**, je povinen ji nahradit; vykonával-li však své právo, je škuďce povinen škodu nahradit, jen sledoval-li jako hlavní účel poškození jiného.“

Tyto přísnější podmínky spojené s nárokem na náhradu škody způsobené porušením dobrých mravů spočívají zejména v přísnějším požadavku na prokázání zavinění. Nejenže je zde zavinění součástí skutkové podstaty a poškozený je povinen za všech okolností zavinění škůdce prokázat (tedy i podle českého práva, kde se zavinění (byť nedbalostní) presumuje), je dokonce povinen prokázat vyšší stupeň zavinění – totiž úmysl. Současná česká úprava, resp. její budoucí úprava se však od svých německých a rakouských vzorů liší v tom, na co se úmysl vztahuje. Rakouská úprava stanoví, že škůdce musí úmyslně způsobit škodu, zatímco současná i nová česká úprava vztahuje úmysl na porušení dobrých mravů. Porušení dobrých mravů nemusí být nutně spojeno s porušením nějaké normy. Jak rakouská, tak nová česká úprava napovídají, může se jednat i o jednání v souladu s právem, které je však „nemravné“. S tím souvisí otázka, zda je nutno úmyslně pouze jednat proti dobrým mravům (jak vyplývá z doslovného výkladu českých úprav), či zda je nutno úmyslně jednáním proti dobrým mravům způsobit škodu. Osoba úmyslně porušující dobré mravy totiž ještě nemusí mít úmysl tím také někoho poškodit, zatímco německá i rakouská verze výslovně vyžadují, aby tato osoba měla úmysl porušením dobrých mravů jinému (potenciálnímu poškozenému) způsobit škodu. Současná úprava obsažená v § 424 občanského zákoníku se však vykládá tak, že i způsobení škody musí být úmyslné.¹³¹

Pro porušování soutěžního práva to znamená, že, pokud škůdce (účastník kartelu, resp. dominant, který své postavení zneužil) škodu způsobil porušením dobrých mravů, mají šanci na náhradu škody i podle obecných norem vyloučení poškození – jednat se bude zejména o nepřímé odběratele na vzdálenějších trzích.

D. Facit

Je zřejmé, že nárok na náhradu škody způsobenou porušením soutěžního práva lze postavit na několika základech nároku. Tím hlavním je nárok postavený přímo na porušení soutěžní normy, v daném případě tedy na porušení čl. 101/102 SFEU. To je prvním krokem. Pokud by nebyl nárok podle tohoto základu dán, je možné postavit nárok oklikou, tedy na normě práva nekalé soutěže a častěji na porušení dobrých mravů. V dalším se bude tato práce zabývat vymezením rozsahu odpovědnosti za způsobenou škodu na základě základu nároku majícího svůj původ v porušení soutěžněprávních pravidel obsažených v čl. 101/102 SFEU.

¹³¹ Švestka J., Spáčil J., Škárová M., Hulmák M. A kol., Občanský zákoník. Velký komentář, 1. díl, C.H.Beck 2009, 2. vyd./Škárová, § 424, 1235, m.č. 2.

KAPITOLA 3: ROZSAH ODPOVĚDNOSTI

„I odpovědnost za celou škodu v sobě nese jistá omezení.“ (H. Lange)¹³²

Christian von Wolff v 18. století napsal, že se nikdo nesmí obohatit škodou někoho jiného.¹³³ To však neplatí zcela. Kdyby takové pravidlo skutečně platilo, mělo by to následky pro vývoj. Činorodí lidé by pak nesměli mít žádný prospěch z rychlé reakce na konjunkturu, zatímco pohodlným lidem, kteří reagují vždy příliš pozdě, kteří nikdy nejsou schopni vyhodnotit správně situaci, by již nemohl nikdo jakýmkoli způsobem způsobit újmu. Obchod a iniciativa by byly přiškrceny již v počátcích, pokud by tato základní morální zásada měla být pozvednuta na platné právo.¹³⁴

Právo civilní odpovědnosti tedy nemá za úkol přenést veškeré škody na jejich původce, nýbrž slouží odpovědnostní právo na prvním místě k alokaci, přiřazení vzniklých škod. Není-li určeno jinak, platí základní latinské pravidlo *casum sentit dominus*, že škodu nese vlastník. Podle tohoto pravidla zůstávají veškeré vzniklé škody ve sféře poškozeného, a to i v případě, že škodu způsobí někdo jiný. To ovšem může představovat nespravedlivou zátěž pro poškozeného, zejména v případě jejího způsobení protiprávním jednáním. Jak bylo již nesčetněkrát opakováno, je úkolem odpovědnostního práva vyrovnat se s touto nespravedlností. Pravým opakem zásady *casum sentit dominus* by bylo *versari in re illicita*. Latinsky to znamená doslova nacházet se v protiprávní pozici. Tento latinský princip vychází z myšlenky, že se odpovědná osoba sama dostala protiprávně do situace, kdy je zvýšená pravděpodobnost, že protiprávní stav bude mít dalekosáhlé účinky. Z tohoto principu vycházela – dnes již překonaná – právní doktrína, na jejímž základě se riziko (tj. úplná odpovědnost za jakoukoliv škodu) přenesla kompletně na osobu, která nějakým způsobem porušila právo.¹³⁵ Ani tohle řešení by nebylo spravedlivé. Znamenalo by to přílišnou a někdy dokonce i nespravedlivou zátěž, kdyby měl narušitel práva ručit za veškeré škody spojené s jeho jednáním. Některé škody totiž patří do „běžného životního rizika“ (*allgemeines Lebensrisiko*), a tudíž spadají do vlastní sféry nebezpečí (*Gefahrenbereich*) poškozeného.¹³⁶ Je tedy potřeba nalézt rovnováhu mezi těmito protichůdnými principy, přičemž odpovědnost třetí osoby za škodu je výjimkou z příslušnosti škody k jejímu „pánovi“ (tj. výjimkou ze zásady

¹³² Lange H., Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang AcP 156, 114, 116.

¹³³ Wolff, Christian von, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, Halle 1754, § 271.

¹³⁴ Müller-Erbach R., Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106, 309, 310.

¹³⁵ Karollus M., Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzungen, Springer Verlag 1992, 337.

¹³⁶ Huber U., Normzwecktheorie und Adäquanzlehre, JZ 1969, 677, 681.

casum sentit dominus).¹³⁷ Jako s výjimkou je tedy též nutno s přenesením odpovědnosti za škodu zacházet.

V zájmu vyrovnání nespravedlivosti je zapotřebí mít k dispozici odpovědnostní systém, podle kterého by narušitel práva ručil za určité, nikoliv za veškeré škody a tyto škody by bylo možné stanovit abstraktně předem. Jedná se o systém, který odpovědnost stanoví a současně ji vymezí. Z tohoto důvodu je nutno identifikovat či nalézt určitý kvalifikovaný vztah mezi škodou a subjektem, který má za ni nést odpovědnost. Tento kvalifikovaný vztah se dále musí dotýkat narušení práva a rozsahu škody. Tímto vztahem je přičitatelnost (*Zurechnung*), tedy „odůvodnění pro to, že určitá osoba nese s ohledem na dispozici normy odpovědnost za určité chování či následek.“¹³⁸

V rakouském a německém právním prostředí existuje několik základních nástrojů k vymezení odpovědnosti: kauzalita, ochranný účel normy, vymezení nesení rizika, adekvátnost.¹³⁹ V rámci této práce budou zkoumány dva z těchto nástrojů determinace přičitatelnosti: teorie adekvátnosti a učení o ochranném účelu normy. První (adekvátnost) jako jediný další nástroj vymezení odpovědnosti vedle samotné kauzality užívaný soudy v ČR a druhý (ochranný účel) jako nástroj převažující při aplikaci v Německu a Rakousku, jeho větší efektivita – minimálně pro kartelové náhrady škody – má být v této práci prokázána.

Skutečnost, že je vůbec možné se otázkou přičitatelnosti škody a rozsahu odpovědnosti subjektu, který porušením soutěžního práva způsobil škodu, zabývat, je dána rozsudkem Soudního dvora ve věci *Manfredi*, ve kterém výslovně připustil, že jednotlivé členské státy mohou aplikovat vnitrostátní pravidla pro příčinnou souvislost a přičitatelnost škody (kam spadají i adekvátnost a ochranný účel normy).¹⁴⁰

Český právník při potřebě omezit rozsah odpovědnosti škůdce je zvyklý použít jako nástroj omezení zejména adekvátnost (jinak též teorii adekvátní příčinné souvislosti). Jedná se o nástroj, jehož účelem je omezit následky, za které bude škůdce odpovídat na následky, jež jsou ve srovnání se škůdcovým protiprávním jednáním adekvátní. V době svého vzniku (tj. v 19. století) byla považována za pokrok ve srovnání s odpovědností, která takto omezena, byla založena na *conditio sine qua non* a zavinění. Záhy se však ukázalo, že její schopnost škůdce efektivně a zejména spravedlivě (*billig*) omezit je velmi omezena. Začala být vytlačována nástrojem, který měl stejný původ jako ona sama, avšak nástrojem, který netrpí

¹³⁷ Deutsch E., *Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht*, in: Festschrift für Richard M. Honig, Verlag Otto Schwarz, Göttingen 1970 (FS Honig), 33, 33.

¹³⁸ Deutsch, FS Honig, 33, 33.

¹³⁹ Schack H., *Der Schutzzweck als Mittel der Haftungsbegrenzung im Vertragsrecht*, JZ 1986, 305, 305.

¹⁴⁰ Meeßen G., *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?*, Mohr Siebeck 2011, 587.

problémy, které zatěžují teorii adekvátnosti. Jedná se zejména o její rigiditu a příliš široce nastavené měřítko, které (jak lze záhy vidět) vede k tomu, že jejím sítem projde většina následků, a tudíž sama neslouží účelům, pro které byla vyvinuta, tedy zejména účelu odpovědnost efektivně omezit. „Nový“ nástroj postavený na účelu porušené normy vzhledem právě ke své vázanosti na účel, pro který byla norma vytvořena, a vzhledem k tomu, že se ptá, k čí ochraně je norma určena, plní účel spravedlivého a efektivního omezení odpovědnosti škůdce mnohem lépe.

S ohledem na skutečnost, že soutěžní právo má určité specifické funkce, jeho primárním úkolem není chránit jednotlivce, ale určitou instituci – totiž nenarušenou soutěž –, by mělo být zváženo, zda civilně právní odpovědnost škůdce neomezit jen na určitou úroveň. Jak již bylo řečeno, adekvátnost nemá schopnost tento cíl efektivně plnit. Z tohoto důvodu je nutné sáhnout po jiném nástroji. Výše zmíněný nástroj založený na účelu normy se zdá být více než vhodným. V současné době je v českém právním prostředí sice víceméně neznámý, odkaz na něj lze však nalézt v judikatuře Ústavního soudu a § 2910 nového občanského zákoníku je na něm založen. Kromě toho byl tento nástroj založen v právních řádech, které jsou tomu našemu blízké, tj. v Rakousku (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) a Německu (*Schutzzweck der Norm*) – právních řádů, které jsou naší tradicí, které bychom se měli držet. Bylo by tedy více než vhodné, kdyby byl nástroj omezení odpovědnosti pomocí vymezení účelu normy přejet i do české právní kultury.

V následujícím textu bude nejprve v omezenější míře rozebrána adekvátnost a její možnosti splnit svůj úkol omezit rozumně a spravedlivě odpovědnost škůdce a následně – rozsáhleji – možnosti, funkce a způsob aplikace učení o ochranném účelu normy.

Teorie adekvátní příčinné souvislosti při vymezení rozsahu odpovědnosti staví na pravděpodobnosti a předvídatelnosti následku, jež je předmětem posuzování, v návaznosti na vytýkané jednání. Pravděpodobnost a předvídatelnost následku je přitom hodnocena podle zvoleného objektivního měřítka.

Ochranný účel normy staví na myšlence, že porušená norma byla vytvořena za určitým účelem. Následek je nahraditelný pouze tehdy, pokud ho lze zahrnout do ochranné působnosti porušené normy. Pokud lze tedy alespoň obecně říci, že účelem normy bylo alespoň určitým kvalifikovaným způsobem před těmito následky chránit, je následek možno považovat za obecně nahraditelný – pokud splňuje další předpoklady odpovědnostní normy.

I. Adekvátnost

A. Úvod

Vedle ochranného účelu normy může jako další nástroj omezení odpovědnosti fungovat kritérium adekvátnosti. Kritérium adekvátnosti bylo vyvinuto jako nástroj omezení odpovědnosti v trestním právu (ve kterém se adekvátnost nakonec neujala) v devatenáctém století ve formě jakéhosi druhého kroku při zjišťování příčinné souvislosti. Tím prvním je určení *conditio(nes) sine qua non* (naturální kauzalita), tyto conditiones jsou v této fázi v zásadě považovány za sobě rovné (odtud též teorie ekvivalence – *Äquivalenztheorie*).¹⁴¹ Jako druhý vznikla právě adekvátnost jako právní kauzalita omezující tu naturální pro potřeby právní odpovědnosti. Jejím účelem je určit, které škody lze ještě spravedlivě přičítat škůdci, resp. původci protiprávního jednání, které konečně vedlo ke vzniku dané újmy, a náhradu kterých škod lze po původci ještě spravedlivě požadovat. Úkolem adekvátnosti je jakési oddělování zrna od plev, tedy určení, které ze všech příčin dané újmy jsou právně relevantní a vedou tedy k právní odpovědnosti. Pokud je příčina uznána za právně relevantní pro danou škodu, pokud má tato právně relevantní příčina svůj původ v subjektu se způsobilostí k právní odpovědnosti a protiprávním jednání tohoto subjektu a jsou-li splněna případná další kritéria (zejména je-li dáno zavinění), je možné alokovat škodu poškozeného tak, že ji ve svém důsledku ponese zmíněný subjekt (původce) ve formě náhrady škody odvedené původcem poškozenému.

Úzké propojení adekvátnosti s otázkou příčinné souvislosti a vlastně její vznik jako určitý druh příčinné souvislosti jí daly její původní (dodnes povětšinou používaný) název adekvátní příčinná souvislost, resp. teorie adekvátní příčinné souvislosti (*adäquate Kausalität, adäquater Ursachenzusammenhang, resp. Lehre vom adäquaten Ursachenzusammenhang*). Dnes se však valná část právníků přiklání spíše k jednoduchému názvu adekvátnost (*Adäquanz/Adäquität*). Původ má tato změna v poznání, že se nejedná ani tak o problematiku kauzality, jako spíše o problematiku zjištění hranice, po kterou je ještě možné spravedlivě očekávat, že původce podmínky (*conditio*) ponese následky odpovědnosti.¹⁴² Oproti svému častému označení jako adekvátní kauzalita nepodává žádný výrok o kauzalitě samotné, která je vlastně čistým přírodovědeckým pojmem, zatímco „adekvátní kauzalita“ zavádí hodnocení, jejichž úkolem je korigovat výsledky, jichž by za slepé aplikace pouhé naturální kauzality

¹⁴¹ Deutsch E. Ahrens H.-J., *Deliktsrecht*, Carl Heymanns Verlag 2007, 23, m.č. 50.

¹⁴² Rozsudek BGH ze dne 23. 10. 1951, BGHZ 3, 261.

(tedy kritéria *conditio sine qua non*) nutně muselo být dosaženo.¹⁴³ To však neznamená, že by ztratila svůj úzký vztah s příčinnou souvislostí.¹⁴⁴

Adekvátnost se tedy nesnaží najít příčiny, které byly kauzální pro vznik újmy, ani se nesnaží jiným způsobem založit či zrušit příčinnou souvislost. Nejedná se o další vzoreček pro určení příčinné souvislosti, i když se tak na základě formulace a úzkého propojení může na první pohled zdát, nýbrž o další nástroj omezení odpovědnosti.¹⁴⁵ Jedná se „pouze“ o jedno z kritérií přičitatelnosti újmy stavící na určitých hodnoceních, přičemž se snaží najít objektivní kritéria pro posouzení, které škody ještě spadají do odpovědnosti původce, a které již nikoli.¹⁴⁶

Jako další kritérium přičitatelnosti škody by tedy adekvátnost měla pomoci při omezení rozsahu odpovědnosti původce zakázaného protisoutěžního jednání na rozumnou/únosnou/spravedlivou míru. V následujícím budou rozebírány jednotlivé složky adekvátnosti, pod něž budou subsumovány „realie“ soutěžního práva. Na základě této činnosti by měly být nalezeny hranice odpovědnosti škůdce, který porušil zákaz čl. 101/102 SFEU. Soudní dvůr toto omezení přenechal ve svých rozsudcích *Courage* a *Manfredi* vnitrostátnímu právu. Pokud se tedy v jednotlivostech budou výklady adekvátnosti lišit, bude na tuto skutečnost poukázáno. Dalším úkolem je zjistit, nakolik efektivním nástrojem omezení právní odpovědnosti škůdce adekvátnost vlastně je a zda je schopna sama takovýto úkol splnit, v případě přistoupení na výklad rozsudku *Courage* ve smyslu, že se odklání od aplikace ochranného účelu normy.

Adekvátnost je sice běžně používaným právním nástrojem, ale stejně tak běžně zpravidla nestojí na žádné písemné normě, nýbrž je prostě brána jako samozřejmost. Tak je tomu tedy i ve zkoumaných právních systémech, ve kterých se samozřejmě vychází z existence adekvátnosti bez výslovného zákonného podkladu. Výjimkou je český obchodní zákoník ukládající v § 379 povinnost škodu nahradit jen v případě, že byla předvídatelná: „Nenahrazuje se škoda, jež převyšuje škodu, kterou v době vzniku závazkového vztahu povinná strana jako možný důsledek porušení své povinnosti předvíдалa, nebo kterou bylo možno předvídat s přihlédnutím ke skutečnostem, jež v uvedené době povinná strana znala nebo měla znát při obvyklé péči.“ Aplikovatelným v případě škod z porušení soutěžních pravidel EU je právě obchodní zákoník. Předvídatelnost však stanoví k okamžiku vzniku smluvního závazku, je tedy otázkou, zda je možné jeho pravidlo přenést i na delikt ní

¹⁴³ MüKo/Oetker, § 249, 110, m.č. 110.

¹⁴⁴ Rozsudek BGH ze dne 29. 10. 1974, BGHZ 63, 189, 191.

¹⁴⁵ Koziol H., Welsch R., Bürgerliches Recht II, Manz Verlag 2007, 13. vyd., 311.

¹⁴⁶ Koziol, Grundfragen, 274, m.č. 7/7.

odpovědnost. Eliáš¹⁴⁷ navrhuje omezení odpovědnosti pomocí adekvátnosti zcela a to nejen pro odpovědnost podle obchodního zákoníku, ale i podle občanského zákoníku s tím, že adekvátnost byla vytvořena pro smluvní povinnosti a je v ČR aplikována i na deliktní odpovědnost jen z toho důvodu, že český právní řád ctí dle svých tradic jednotu odpovědnosti, jinak prý byla adekvátnost ve světě překonána a její aplikace drží českou úpravu deliktní odpovědnosti v dobách před sto padesáti lety. S tím nelze souhlasit, adekvátnost se v té či oné podobě (např. *proximity* v anglosaském právu, ale i v zemích románských právních systémů¹⁴⁸) uplatňuje dodnes v různých právních systémech, a to právě i v případě deliktů. Skutečnost, že v Německu, částečně v Rakousku adekvátnost částečně ustupuje do pozadí souvisí s důslednou aplikací ochranného účelu normy i tam, kde se nejedná o odpovědnost z ochranné normy (*Schutzgesetzhaftung*). Do jisté míry supluje úkoly adekvátnosti. Český právní řád však takovouto náhradou zatím nedisponuje.

B. Původ teorie adekvátnosti

Základy teorie adekvátnosti byly položeny koncem 19. století v oblasti trestního práva fyziologem Johannesem von Kriesem, jež se nechtěl smířit s tím, že pachatelé trestného činu ublížení na zdraví, které následně skončilo smrtí oběti, byly vyšší sazbou potrestáni i za zcela nepravděpodobný průběh zranění s následkem smrti. Podle jeho na přírodovědeckém výzkumu postavená teorie byla tato vyšší sazba oprávněná jen tehdy, pokud se z pohledu pachatele obecně jevila jako způsobilá vést k danému následku.¹⁴⁹ V trestním právu se tato formule sice nikdy neujala, zato si našla cestu do práva odpovědnosti civilní.¹⁵⁰

Nauka o adekvátnosti byla vytvořena v Německu koncem 19. století k odstranění spravedlivě neudržitelných výsledků vyplývajících z do té doby důsledně aplikované přirozené/faktické kauzality (*reine Kausalität*). Překvapivě, přestože von Kreis nebyl jistě jediný, kdo palčivý problém pocíťoval, se tento postup omezení odpovědnosti v rozhodování trestních soudů neujal, zato ale našel své uplatnění nedlouho poté v právu odpovědnosti civilní. I zde měl svou oblast působnosti tam, kde by přirozená/faktická kauzalita (*conditio sine qua non*) vedla

¹⁴⁷ Karel Eliáš tak uvedl v diskusi v rámci 3. odborného symposia Nejvyššího soudu ČR konaného 9. června 2009, Jan Lasák: Záznam z 3. odborného symposia Nejvyššího soudu ČR, <http://jinepravo.blogspot.com/2010/01/zaznam-z-3-odborneho-symposia.html>.

¹⁴⁸ Lange H., AcP 156, 130. Lange právě považuje obsah adekvátnosti anglosaských a románských systémů za výhodnější, protože nestaví na složitých vzorečcích, nýbrž na tom, zda škůdce škodu předvídal, mohl předvídat nebo zda obě strany mohly o vzniku škody uvažovat.

¹⁴⁹ Kries J. von, Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, ZStW 9/1889, 528; tentýž Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 12/1888, 179, 287.

¹⁵⁰ Deutsch, Ahrens, 23, m.č. 51.

k enormním nahodilým břemenům. První náznaky budoucí slávy se objevily při tvorbě budoucího BGB, kdy ještě v druhém návrhu (z roku 1895) figurovalo – alespoň pro smluvní právo – ustanovení, že z náhrady jsou vyloučeny škody, které pro dlužníka vzhledem k okolnostem, o kterých věděl nebo vědět musel, ležely mimo oblast pravděpodobnosti (§ 215 návrhu).¹⁵¹ Později pak však toto ustanovení bylo bez náhrady škrtnuto, nejspíše s ohledem na obchod. Poprvé použil Říšský soud (*Reichsgericht*) adekvátnost jako instrument omezení odpovědnosti v roce 1902. Zásadní roli ale začala hrát až díky o dva roky později zveřejněnému traktátu Traegera¹⁵², jehož formulace do značné míry ovlivnila obsah pojmu adekvátnosti v německém právu a tak ho i trochu odsoudila k zatracení u některých právníků: „*Skutečnosti, ze kterých by měl vyplývat směrodatný soud o pravděpodobnosti, musí být pro optimálního pozorovatele ex ante zřejmé nebo musely být původci samotnému skutečně známé. Adekvátní jsou takto zjištěné skutečnosti, pokud obecně nezanedbatelným způsobem zvyšují možnost, že důsledek takového druhu nastane.*“¹⁵³ Z formulace je zřejmé, že je zaměřena ne zcela vhodným směrem. Pro adekvátnost zásadním rozsudkem Říšského soudu se pak stal již výše zmíněný rozsudek z roku 1913, jež vytvořil dále využívanou formuli pro zjišťování adekvátnosti následku a omezení odpovědnosti původce. Na jejím výsledném obsahu a zásadách nezměnil nic ani rozsudek BGH z roku 1951, který z teorie kauzality učinil teorii přičitatelnosti újmy. V této nezměněné podobě se stala stálou součástí judikatury.

C. Funkce

„*Adekvátnost se nesnaží zjistit, jestli lze od škůdce očekávat, aby škodu unesl, nýbrž jestli mu ji lze přičítat.*“ (BGH)¹⁵⁴

Konečným úkolem adekvátnosti je vytvoření přiměřeného vztahu mezi protiprávním jednáním a rozsahem povinnosti nahradit škodu způsobenou tímto protiprávním jednáním.¹⁵⁵ Funkcí adekvátnosti je představovat určitý korektiv, který má okruh logických následků (určitého jednání) v zájmu spravedlivých výsledků omezit na následky přičitatelné,¹⁵⁶ zabránit

¹⁵¹ Staudinger, BGB. Kommentar, de Gruyter 2005/Schiemann, § 249, 71, m.č. 12.

¹⁵² Traeger L., Der Kausalbegriff im Straf- und Civilrecht: zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B., Elwert 1904.

¹⁵³ „*Die Tatsachen, aus denen sich das maßgebliche Wahrscheinlichkeitsurteil ergeben soll, müssen dem optimalen Beobachter ex ante erkennbar oder dem Täter selbst tatsächlich bekannt gewesen sein. Adäquat ist eine so ermittelte Ursache, wenn sie die Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht.*“ Traeger, 159 – citováno dle Staudinger/Schiemann, § 249, 72, m.č. 13.

¹⁵⁴ BGH, VersR 59, 1000: „*Die Adäquanz fragt nicht danach, ob man dem Schädiger den Schaden zumuten kann, sondern nur, ob man ihm den Schaden zurechnen kann.*“

¹⁵⁵ Lange, AcP 156, 114, 131.

¹⁵⁶ BGH ze dne 23. 10. 1951, BGHZ 3, 261, 267.

enormním a nahodilým břemenům. Výsledky odpovědnosti určené na základě přirozené kauzality jsou pro společnost neúnosné. Povinnost k náhradě škody by se mohla stát neomezenou, což se může stát nadměrným břemenem nejen pro škůdce, ale ve svém důsledku i pro společnost, jejímž členem škůdce je, protože to ve svém důsledku nese i náklady pro společnost.¹⁵⁷ Současně by se povinnost k náhradě stala nepředvídatelnou, a to i v obecné rovině, což může vést k omezení interakcí způsobenému obavami, že jakékoli jednání může mít neblahé důsledky pro jednajícího.

Účelem adekvátnosti je vyloučit z rozsahu odpovědnosti škůdce ty škody, které jsou příliš neobvyklé a příliš vzdálené, určit, které z řetězu škod ještě mají být zařazeny do sféry škůdce, tj. jemu přičteny, a které již nikoli. U přímých škod tomu tak většinou je bez žádných problémů – pokud je možno určit příčinnou souvislost mezi jednáním škůdce a škodu nastalou ve sféře poškozeného. Problém však vzniká u škod nepřímých, zejména začnou-li se řetězit. Odpovědnost škůdce ustupuje tím více, čím vzdálenější a neobvyklejší nepřímá škoda je.¹⁵⁸

Soudy adekvátnost pravidelně vyžadují, literatura k ní je však skeptičtější.¹⁵⁹ Často je považována za nadbytečnou, za zcela nevhodnou pro řešení problémů, k jejichž řešení byla stvořena.¹⁶⁰ Tato kritika se jí drží již desítky let, přesto stále ještě patří mezi hlavní nástroje omezení rozsahu přičitatelných škod. Skutečnost, že soudy nepřítomnost adekvátní kauzality konstatují jen velmi zřídka není argumentem proti ní. Nicméně je jí i v literatuře přiznávána jakási preventivní funkce.¹⁶¹ Nikdo neví – a ani není možné vytvořit odpovídající statistiky – kolika procesům bylo zabráněno ve fázi porady s advokátem za použití adekvátnosti. Její aplikaci potvrdil i Spolkový ústavní soud (Bundesverfassungsgericht – BVerfG).¹⁶² Její kritici¹⁶³ jí vyčítají, že není schopná plnit svou funkci, tj. není schopna dostatečným způsobem omezit rozsah odpovědnosti škůdce. Wilburg viděl vadu adekvátnosti ve strnulosti principu, který je jejím základem, totiž že rozlišuje pouze mezi poskytnutím nebo odmítnutím náhrady způsobené újmy. V duchu jím zastávaného flexibilního systému se podle něj jedná o relativní pojem, který připouští různá odstupňování, tj. více či méně adekvátní následky. Hranice adekvátnosti by měly dle tohoto systému být vytyčeny v závislosti na různých okolnostech, zejména v závislosti na ochranném účelu normy, na závažnosti protiprávnosti a stupni

¹⁵⁷ Třeba proto, že by škůdce nebyl schopen svou povinnost ustát, nebo proto, že v důsledku příliš vysokých nákladů na náhradu škody nebyl schopen přesunout své zdroje do produkce apod.

¹⁵⁸ Lange, AcP 156, 122.

¹⁵⁹ MüKo/Oetker, § 249, 323, m.č. 107.

¹⁶⁰ Huber, JZ 1969, 672, 677.

¹⁶¹ Lange H., Adäquanzttheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente, JZ 1976, 198, 199.

¹⁶² Rozsudek BVerfG ze dne 23. 3. 2000, NJW 2000, 1878, 1881.

¹⁶³ Za všechny např. Caemmerer E. von, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburger Rektoratsrede 1956, Gesammelte Schriften I, 395 an. nebo Lange, AcP 156, 114 an.; MüKo/Oetker, § 249, 450, m.č. 110 nebo Schack, JZ 1986, 305, 306, kde autor její nevhodnost přisuzuje její schematicnosti při tvoření soudů o pravděpodobnosti.

zavinění. V optimálním systému nemusí být úplně – tak, jak to zastává Wilburg – odstupňována adekvátnost, ale lze uvažovat o flexibilitě základních kritérií, tedy přizpůsobitelnosti měřítka adekvátnosti dané situaci, či danému druhu škůdců a jeho schopnosti předvídat.

Je pravdou, že měřítka vycházející z optimálních schopností škůdce a kritéria pravděpodobnosti a předvídatelnosti (která budou níže popsána) tak, jak jsou standardně vykládána, jsou pro zamítnutí přičitatelnosti škody příliš lehce splnitelná na to, aby byla schopná účinně omezit odpovědnost. Kritici adekvátnosti poukazují na skutečnost, že mnohem vhodnější k omezení odpovědnosti je určení ochranného účelu normy. V tomto smyslu též ve svém rozsudku z roku 1968 BGH konstatoval, že adekvátnost „není ve všech případech vhodná“.¹⁶⁴ V tomto rozsudku dále BGH zastával zcela jednoznačný (ač mylný) názor, že veškeré problémy lze vyřešit za použití nauky o ochranném účelu normy (*Schutzzwecklehre*). Nicméně kritérium ochranného účelu normy samo o sobě nestačí na to, aby odkrojilo veškeré škody, které by původci rozumně již neměly být přičítány.¹⁶⁵

Otázkou tedy je, zda tím doplňkem může být adekvátnost. Další otázkou, nad kterou je nutno se zamyslet, je, jaký přístup zvolit, když ochranný účel nelze u dané porušené normy aplikovat. Tak, jak tomu je podle mnohých, kteří vykládají rozsudek Soudního dvora ve věci *Courage* tak, že se Soudní dvůr ochrannému účelu u soutěžního práva zřekl, u čl. 101/102 SFEU. Avšak též i podle českého práva, které – pokud vůbec – ochranný účel normy teprve poznává. V těchto případech totiž sáhnutí pouze po protiprávnosti, kauzalitě a zavinění (zejména tam, kde odpovědnost za porušení soutěžního práva je nezávislá na zavinění jako je tomu u českého právního řádu) není dostatečným garantem udržení odpovědnosti v rozumných mezích. Jistý korektiv lze samozřejmě skrýt pod pojem protiprávnosti.

Postup při aplikaci adekvátnosti odpovídá její funkci. V prvním kroku je zjištěno protiprávní jednání a následně všechny škody, jejichž přirozenou příčinou toto jednání bylo. V následném kroku jsou zkoumány jednotlivé škody a je zjišťováno, jaké různé příčiny k vzniku těchto škod vedly a jestli na základě určitých kritérií tyto příčiny mohou přičítat původci protiprávního jednání a jestli mu tedy mohou přičítat danou škodu. Rozlišuje se mezi právně relevantními příčinami a mezi ostatními příčinami. Rozlišování mezi adekvátními příčinami a adekvátními následky jsou jen dvě strany jedné mince, záleží na tom, jestli zkoumající vychází od nastalé škody nebo od zkoumaného jednání.

¹⁶⁴ Rozsudek BGH ze dne 7. 6. 1968, NJW 1968, 2287.

¹⁶⁵ Huber, JZ 1969, 678.

D. Formulace adekvátnosti

Adekvátnost dělí příčiny škody a průběh podle toho, s jakou pravděpodobností každá z nich mohla vést k nastalému výsledku. Úplně nepravděpodobný průběh v zásadě nepovede k odpovědnosti škůdce za danou škodu. Zjišťování adekvátnosti má dvě složky: pozitivní vymezení adekvátnosti (tj. co je adekvátní) a negativní vymezení (tj. co již adekvátní není).¹⁶⁶

Pozitivní vymezení: Adekvátnost je dána tehdy, když škodná událost je schopná obecně nikoli nepatrně zvýšit způsobit následek takového druhu, jako je ten, který nastal, popř. alespoň podstatně zvýšit pravděpodobnost vzniku takového následku.

Negativní vymezení: Škoda je tehdy inadekvátní, když je škodná událost dle obecných životních zkušeností pro vzniklou škodu irelevantní a byla pouze v důsledku mimořádného řetězení okolností podmínkou pro vznik škody. Vznik následku tedy nesmí ležet mimo pravděpodobnost, aby nebyl inadekvátním.

Často jsou při zjišťování adekvátnosti následku obě vymezení propojována. Podle toho musí být příčina obecně a ne pouze za obzvláště zvláštních, zcela nepravděpodobných a při běžném běhu věcí zanedbatelných okolností schopná způsobit následek daného druhu.¹⁶⁷

Podkladem byly Traegerovi¹⁶⁸ teze k zvýhodňujícím okolnostem a zvýšeným objektivním možnostem. Při posuzování možností je třeba použít veškerých nabytých zkušeností a je nutno počítat se všemi v momentě nastání skutečnosti danými podmínkami, které v tomto momentě byly zřejmé nejrozváznějšímu člověku, dále s těmi, které byly původci samotnému známy. K tomu se připojila i judikatura Říšského soudu, který formuli přeformuloval tak, že odpovídá výše zmíněným mimořádně zvláštním, zcela nepravděpodobným a v rámci řádného průběhu věcí zanedbatelným okolnostem.¹⁶⁹ Na jeho judikaturu navázal BGH, který nakonec vytvořil konečnou podobu v německé literatuře často citovaného vzorečku zjišťování adekvátnosti následku. Sám BGH ho ale v této verzi již nikdy neopakoval.

„Událost je adekvátní podmínkou pro následek, pokud v ne nepodstatné míře zvýšila možnost nastání následku stejného druhu, jako který nastal. Při takto zaměřeném hodnocení je třeba zohlednit pouze:

- a) *všechny v době vzniku události optimálnímu pozorovateli seznatelné okolnosti,*

¹⁶⁶ Např. Koziol H., Österreichisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil, Manz Verlag 1997, 3. vyd., 241, m.č. 8/10; MüKo/Oetker, § 249, 104, m.č. 448.

¹⁶⁷ MüKo/Oetker, § 249, 104, m.č. 448.

¹⁶⁸ Traeger, 159 an.

¹⁶⁹ Rozsudek RG ze dne 22. 6. 1931, RGZ 133, 126, 127. „..., wenn eine Tatsache im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines Erfolges geeignet war.“

b) *původci podmínky nadto známé okolnosti.*¹⁷⁰

Takto zjištěný skutkový stav chtěl BGH zkoumat ještě pod lupou veškerých v době hodnocení k dispozici stojících lidských zkušeností s cílem zjistit, jestli podstatně zjednodušila vznik škodné události. Jedná se vlastně o jakousi adaptaci korektivu rakouského právníka Mihurka¹⁷¹: „*Adekvátní příčinná souvislost je dána tehdy, když dle v době posuzování dostupných lidských zkušeností s ohledem na v době jednání původci nebo průměrnému člověku známé a seznatelné okolnosti bylo dané jednání schopné zvýhodnit v ne zcela zanedbatelném stupni vznik takového následku, jaký nastal.*“¹⁷² Tento korektiv převzal do své judikatury i rakouský Nejvyšší soudní dvůr (OGH).¹⁷³ Rozdíl mezi cestou, kterou se vydal BGH a kterou OGH, spočívá v nastavení měřítka adekvátnosti, jednou se vychází z optimálních schopností škůdce, podruhé z průměrných schopností.

E. Základy

Zjišťování adekvátnosti následku stojí víceméně v zásadě všude na obdobných základech. Spočívá v objektivních soudech o předvídatelnosti, resp. hodnocení pravděpodobnosti vzniku daného následku. Právní systémy se též v zásadě shodují v tom, že o předvídatelnosti rozhoduje jakýsi abstraktní konstrukt objektivního arbitra – vychází z vnějšího měřítka nezávislého na původci zkoumané příčiny daného následku. Právní systémy se však do jisté míry liší v tom, jaké požadavky (nejen) na původce škody toto měřítko s sebou nese. Tato skutečnost se odráží do postavení, jaké adekvátnost má v tom kterém právním systému, neboť se odráží do soudu o tom, co ještě adekvátním je a co jím již není, tudíž do toho, jakou filtrovací schopnost adekvátnost má. Pokud je její schopnost nízká, pak se na ní právníci toho kterého právního systému dívají s jistou skepsí. Je-li postačující míra pravděpodobnosti nízká, jsou-li požadavky vycházející z objektivního měřítka adekvátnosti dosti vysoké, stoupá šance pro následky, že projdou sítí adekvátnosti.

¹⁷⁰ Rozsudek BGH, BGHZ 3, 261, 266. „*Eine Begebenheit ist adäquate Bedingung eines Erfolges, wenn sie die objektive Möglichkeit von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat. Bei der dahin zielenden Würdigung sind lediglich zu berücksichtigen alle zur Zeit des Eintritts der Begebenheit dem optimalen Beobachter erkennbaren Umstände, die dem Urheber der Bedingung noch darüber hinaus bekannten Umstände.*“

¹⁷¹ Mihurko, M., Verursachung, Begünstigung, Rechtswidrigkeit als Voraussetzungen der Schadenshaftung, Wien 1915, 22.

¹⁷² „*Adäquate Verursachung ist daher dann anzunehmen, wenn das Verhalten unter Zugrundelegung des zur Zeit der Beurteilung vorhandenen höchsten menschlichen Erfahrungswissens und unter Berücksichtigung der zur Zeit der Handlung dem Täter oder einem Durchschnittsmenschen bekannten oder erkennbaren Umstände des Falles geeignet war, eine Schadenfolge von der Art der eingetretenen in nicht ganz unerheblichem Grade zu begünstigen.*“

¹⁷³ Př. rozsudek OGH sp. zn. 1 Ob 35/80 ze dne 15. 7. 1981, SZ 54/108.

Při zjišťování adekvátnosti je tedy nutno zkoumat, jak je objektivní měřítko nastavenou a míru, s jakou pravděpodobností mohlo dojít k vzniku nastalé újmy viděné přes filtr takto nastaveného měřítka, resp. jestli by původce odpovídající objektivnímu měřítku mohl vznik takovéto újmy předvídat.

1. Objektivní měřítko adekvátnosti

To, jestli škoda byla či nebyla předvídatelná, se obecně neposuzuje z pohledu původce zkoumaného protiprávního jednání, které se zdá být relevantní příčinou posuzované újmy (tj. ze subjektivního pohledu), nýbrž z pohledu objektivního, který ponechává stranou subjektivní vlastnosti původce. Při zkoumání adekvátnosti se posuzující ptá, zda by viděno přes filtr objektivního měřítka byl daný následek pro původce předvídatelným. Poškozenému je tak do jisté míry nabídnut benefit spočívající v tom, že bude vůči všem původcům ve stejném postavení a nebude se muset obávat, že zrovna ten jeho měl omezenější znalosti/schopnosti nežli ostatní¹⁷⁴ (vyjma samozřejmě rozdíly ve způsobilosti k protiprávním úkonům u jednotlivých původců). Současně by takto nastavené měřítko mělo chránit potenciální poškozené preventivně, protože to teoreticky nutí subjekty nastavit sám sobě takové objektivní měřítko a snažit se škody předvídat a snažit se jim zabránit.

Podle toho, jaké požadavky jsou na potenciální škůdce, vycházejí z objektivního měřítka kladeny, lze manipulovat s předvídatelností následku, a tudíž i s tím, jestli bude daný následek uznán za adekvátní vůči původcově jednání a bude tak původcově odpovědnosti přičten. Čím větší požadavky vycházejí z nastavení objektivního měřítka adekvátnosti, tím větší je pravděpodobnost, že následek bude původci přičten. Při hodnocení a stanovení toho, co na základě objektivního měřítka původce škody věděl, nelze do jeho vědomostí zahrnout znalost konkrétního kauzálního průběhu.¹⁷⁵

a) Měřítka adekvátnosti v německém právu

Německý právní řád staví na Rümelinem¹⁷⁶ představené objektivní následné prognóze (*objektive nachträgliche Prognose*) a měřítka vycházejícím z optimálních schopností původce škody. Podle toho se při posuzování adekvátnosti následku zohledňují všechny okolnosti, které by pro původce škody s optimálními schopnostmi měly být rozpoznatelné v době vzniku

¹⁷⁴ Tj. škůdce sice musí poškozeného vzít takového, jaký je. Poškozený škůdce však nikoli. Takto jsou lépe splněny předpoklady komutativní spravedlnosti.

¹⁷⁵ Schwimann, ABGB. Kommentar, LexisNexis 2006, 3. vyd./Harrer, § 1295, 59, m.č. 9.

¹⁷⁶ Rümelin M., Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, AcP 90, 19, 19.

újm, ¹⁷⁷ přičemž by měl tento původce škody použít veškeré znalosti nabyté zkušenostmi, které mu jsou k dispozici. ¹⁷⁸ Optimální měřítko předpokládá, že původce škody je takový subjekt, který pozná vše poznatelné, přičemž se poznatelnost (*Erkennbarkeit*) posuzuje podle toho, co bylo do té doby (obecně) poznáno. ¹⁷⁹ Problém spočívá v tom, že takovému optimálně vybavenému ideálnímu původci škody, který má k dispozici veškeré znalosti a zkušenosti, nemůže nic ujít. ¹⁸⁰

b) Měřítko adekvátnosti v rakouském právu

Rakouské objektivní měřítko vychází z Mihurkova korektivu, který staví na průměrném člověku, jehož znalosti jsou rozšířeny o znalosti původce. ¹⁸¹ Dle současného stavu je tedy objektivní měřítko založeno na takovém jednotlivci, který rozpozná nebezpečí vzniku dané újmy, které bylo rozpoznatelné pro každého rozumného člověka. ¹⁸² Sice se tedy nejedná o měřítko založené na optimálních schopnostech člověka, nýbrž o rozumného člověka, ale i toto měřítko je viděno jako poněkud široké, neboť je viděno tak, že takovéto osobě ujde málokdy něco. ¹⁸³ Nesnižuje však slovo „každý“ přece jen trochu nároky kladené na potenciálního původce škody? Každý přece jen snižuje nároky směrem k průměru, na rozdíl od abstraktního měřítka vycházejícího z optimálních schopností člověka. Karollus ¹⁸⁴ dokonce zastává názor, že v současné judikatuře se projevuje konečné rozloučení s formalizovanými vzorečky adekvátnosti a zejména právě s objektivním měřítkem adekvátnosti.

c) Měřítko adekvátnosti v českém právu

V judikatuře českých soudů se objektivní měřítko adekvátnosti ukazuje být velmi flexibilním instrumentem přizpůsobujícím se osobě původce, pokud se posuzování řídí podle § 379 obchodního zákoníku, který byl však, jak již bylo řečeno, vytvořen pro odpovědnost za porušení smluvního závazku a je teprve následně § 757 obchodního zákoníku vztážen i na deliktní odpovědnost. Ten stanoví, že ustanovení o smluvní odpovědnosti se na deliktní odpovědnost použijí obdobně. Lze se tedy domnívat, že předvídatelnost se i zde použije přizpůsobena potřebám deliktní odpovědnosti. Změní se tedy okamžik, ve kterém se

¹⁷⁷ BGH ze dne 23. 10. 1951, BGHZ 3, 261, 266.

¹⁷⁸ BGH, VersR 72, 67, 69.

¹⁷⁹ Lange, AcP 156, 114, 118.

¹⁸⁰ Lange, JZ 1976, 198, 199.

¹⁸¹ Rozsudek OGH sp. zn. 1 Ob 35/80 ze dne 15. 7. 1981, SZ 54/108.

¹⁸² Rozsudek OGH sp. zn. 2 Ob 431/65 ze dne 17. 2. 1966, JBl 1966, 47.

¹⁸³ Schwimann/Harrer, § 1295, 59, 9

¹⁸⁴ Karollus, 383.

předvídatelnost posuzuje. Jinak lze však dle autorova názoru použít předpoklady a měřítko i na deliktní odpovědnost. Zákon měřítko stanoví jako „*znal nebo měl znát při obvyklé péči.*“ Jedná se, jak lze vysledovat z judikatury NS, o měřítko dostatečně flexibilní, měnící své požadavky na schopnosti původce škody podle toho, jakého druhu subjektů původce škody je. V první řadě se tedy přihlíží k tomu, co daný subjekt, který škodu způsobil, znal, přihlíží se k jeho situaci a jeho okolnostem, a teprve podružně se přistupuje ke zkoumání znalostí, které dbalý podnikatel mít má. Konečným měřítkem obchodního zákoníku tedy je znalý podnikatel uplatňující obvyklou péči.¹⁸⁵ Blíží se tedy spíše jakémusi měřítku založenému na průměrných schopnostech dotyčného – jako členovi určité skupiny. Při určení skupiny se však Nejvyšší soud neomezuje pouze na skutečnost, že daný subjekt je podnikatelem, nýbrž zkoumá dále jeho kvality jako podnikatele. Jedná-li se tedy např. o banku, tak předpokládá, že banka jako profesionální obchodník měla znát situaci na zahraničních trzích.¹⁸⁶ Obdobné nároky podle oboru klade i na podnikatele v jiných oborech: „*jako profesionální podnikatel ve svém oboru si při obvyklé péči musel být vědom.*“¹⁸⁷ Uvedená judikatura se však vždy týkala smluvních závazků. Není tedy zcela určitě jisté, zda by judikatura toto pravidlo uplatnila i při posuzování deliktní odpovědnosti. Zejména proto, že při posuzování deliktní odpovědnosti podle občanského zákoníku se Ústavní soud¹⁸⁸ uchyluje, odvolávaje se na německou literaturu (zejména Kötz/Wagner), k „*hypoteticky zkušenému (optimálnímu) pozorovateli, myšlené osobě, která zahrnuje veškerou znalost své doby.*“ Sám dodává, že je nutno zkoumat, „*zda bylo v lidských silách předvídat, že předmětné jednání bude mít za následek danou škodu.*“ Uchyluje se tedy též ke strnulému měřítku a stanoví jako vnější hranici toho, co lze od škůdce očekávat, lidské síly. Ty jsou ale dosti široké. V literatuře¹⁸⁹ však lze najít i opačnou tendenci. Objektivní měřítko se tedy má uplatňovat konkrétně a diferencovaně: Škoda by měla být předvídatelná pro „*každou řádně – rozumně se chovající a postupující osobu, která by se nacházela v době způsobení škody na místě škůdce a v jeho postavení. Tato míra bude u různých osob různá.*“

Z uvedených měřítek se zdá být české měřítko obsahující určitou míru flexibility jako nejvhodnější, neboť opravdu reflektuje to, co škůdce mohl předvídat a jaká míra schopnosti předvídat od něj mohla být spravedlivě očekávána. Současně by však toto měřítko mělo být flexibilní nejen co do osoby škůdce, ale i co do situace, ve které došlo ke škodě. Je sice

¹⁸⁵ Rozsudek NS sp.zn. 32 Cdo 2843/2008 ze dne 21. 10. 2008.

¹⁸⁶ Rozsudek NS sp.zn. 29 Odo 690/2001 ze dne 8. 1. 2003.

¹⁸⁷ Rozsudek NS sp.zn. 32 Cdo 723/2007 ze dne 9. 4. 2008.

¹⁸⁸ Nález ÚS sp.zn. I. ÚS 312/05 ze dne 1. 11. 2007.

¹⁸⁹ Švestka, Dvořák a spol., 412.

správné rozlišovat mezi tím, co mohl předvídat laik a co profesionál, na druhou stranu si poškozený nemůže vybrat, jestli bude přejet sváteční řidičem či řidičem profesionálem. Jedině tato cesta vede ke spravedlivé alokaci škod. Konkrétní měřítko by tedy mělo být vždy stanoveno pro daný individuální případ s ohledem na osobu škůdce a konkrétní situaci, za které ke škodě došlo.

2. Rozhodující kritéria

Poté, co bylo stanoveno měřítko, lze přistoupit k samotnému zkoumání adekvátnosti. Adekvátní, tj. přičitatelný, je takový následek, který je předvídatelný, resp. pravděpodobný. Nestačí, že škůdce předvídal/mohl předvídat, že způsobí nějakou škodu, nýbrž musí předvídat/moci předvídat, že způsobí právě takový následek, který nastal.¹⁹⁰

Pravděpodobnost a předvídatelnost kauzálního průběhu a vzniku škody jsou hlavními rozhodujícími kritérii při posuzování adekvátnosti následku.¹⁹¹ Nejedná se však o jediná kritéria. V prvním kroku samozřejmě závisí rozsah odpovědnosti na tom, jak pravděpodobný byl vznik právě této škody. Abstraktní pravděpodobnost je jakousi základní ideou adekvátnosti.¹⁹² Zcela nepravděpodobné následky nelze považovat za člověkem ovladatelně myšlené, protože je nelze považovat za následky svobodného rozhodnutí, proto je nelze původci přičítat.¹⁹³

Hranice adekvátnosti končí tam, kde pravděpodobnost má takovou míru, že daný potenciální škůdce se schopnostmi odpovídajícími objektivnímu měřítku považuje riziko vzniku následku za stojící mimo jeho zorné pole.¹⁹⁴ Neexistuje však pevná hranice pravděpodobnosti, kdy lze říci při takovém procentu ještě přičítat lze a při takovém již nelze. Čím je vznik škody nepravděpodobnější, tím spíše vypadává z rozsahu přičitatelné škody. Existuje sice shoda v tom, že se s mírným zvýšením rizika vzniku škody potenciální poškozený musí smířit,¹⁹⁵ na druhou stranu však lze najít případy, kdy bylo akceptováno jako adekvátní i riziko ve výši 0,01 %.¹⁹⁶ Někteří akademici však soudí, že adekvátnost musí být alespoň částečně od soudu pravděpodobnosti osvobozena.¹⁹⁷

¹⁹⁰ Rozsudek NS sp.zn. 29 Cdo 2001/99 ze dne 2. 2. 2000.

¹⁹¹ Schwimann/Harrer, § 1295, 58, m.č. 7.

¹⁹² Lange H., JZ 1976, 198, 199.

¹⁹³ Bydlinski F., Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht. Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. Heft 28, 1964, 60 an.; Larenz K., Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I/1 Allgemeiner Teil, C.H.Beck 2009, 445.

¹⁹⁴ Rozsudek BGH ze dne 12. 2. 1963, NJW 1963, 1671.

¹⁹⁵ Lange, JZ 1976, 198, 206.

¹⁹⁶ Rozsudek ze dne 17. 10. 1955 BGH, BGHZ 18, 286.

¹⁹⁷ Staudinger/Schiemann, § 249, 74, m.č. 20.

Odpovědnost za některé škody však závisí např. na tom, jaké povinnosti daný subjekt převzal, či jaké povinnosti mu byly uloženy (ať již normativním aktem, individuálním aktem či na základě obligačního závazku). Bezpečnostní služba tak může odpovídat za škodu způsobenou zlodějem, ať se škoda zdála vzhledem k daným ochranným opatřením jakkoli nepravděpodobná.¹⁹⁸ Na druhou stranu jsou případy, kdy – ačkoli byl vznik škody dosti pravděpodobný – původní původce příčiny neodpovídá. Je tomu tak např. v případech *novus actus interveniens*. I když původní jednání vznik škody statisticky relevantně zvýší, přesto nelze škodu původci přičítat.¹⁹⁹

Dále jsou původci přičitatelné všechny následky, se kterými je nutno in abstracto počítat,²⁰⁰ tedy je předvídat. Předvídatelností je předmětem „logického posouzení a hodnocení soudu, který musí vzít při svém rozhodování vedle závažnosti a povahy protiprávního úkonu či škodné události pro vzniklou škodu v úvahu i všechny okolnosti konkrétního případu a obecné zkušenosti.“²⁰¹ Nepřičítají se následky atypické, následky, které jsou výsledky mimořádného řetězení okolností.²⁰² Nepředvídatelným může též být přistoupení další příčiny – svobodného lidského jednání subjektu rozdílného od původce, se kterým původce dle obecných zkušeností nemusel počítat (*novus actus interveniens*). Není tomu tak však vždy.²⁰³ Zvláštní náchylnost ke zraněním či jiným negativním následkům poškozeného nezprošťuje původce odpovědnosti i za těžší následky. Původce musí brát poškozeného tak, jak je,²⁰⁴ ledaže kauzalita byla zcela překryta osobními dispozicemi poškozeného.²⁰⁵ Adekvátnost následku je zamítnuta např. tehdy, když v důsledku velmi zvláštních vlastností poškozeného vznikne škoda zapříčiněná jinak zcela neškodným jednáním.²⁰⁶ Lze tedy přemýšlet nad situací, kdy podnik je již sám o sobě v katastrofálním stavu, jestli protisoutěžnímu jednání původce škody lze přičítat následek spočívající v úpadku tohoto podniku, i když samotný úpadek i zdravého podniku mohl původce škody předvídat nebo dokonce k němu mířil. Další otázku předvídatelnosti vyvolává vadné chování poškozeného (a jemu přičitatelných subjektů). To se posuzuje dle pravděpodobnosti takového vadného chování poškozeného.²⁰⁷ Je-li ne úplně

¹⁹⁸ Rozsudek BGH ze dne 8. 12. 1982, NJW 1982, 572, 573.

¹⁹⁹ MüKo/Oetker, § 249, 525, m.č. 112.

²⁰⁰ Rozsudek OGH ze dne 15. 12. 1983, ZVR 1984/338, 369.

²⁰¹ Švestka, Dvořák a spol., 411.

²⁰² Rozsudky OGH ze dne 2. 12. 1982, ZVR 1984/37, 50; OGH ze dne 15. 7. 1981, SZ 54/108.

²⁰³ Rozsudek OGH ze dne 10. 6. 1960, ZVR 1960/372, 255. Jako hranice adekvátnosti (a tedy jako nepřičitatelný) byl např. uznán následek nehody, v níž byl poškozený zraněn, když šel od doktora, který ošetřoval jeho zranění z původní nehody, jejímž původcem byl žalovaný.

²⁰⁴ Rozsudek BGH ze dne 29. 2. 1956, BGHZ 20, 137, 139; rozsudek OGH ze dne 14. 12. 1977, ZVR 1979/99, 112.

²⁰⁵ Rozsudek BGH 17. 9. 1991, VersR 1991, 1293: „...wenn der den Schaden herbeiführende Willensentschluß des Geschädigten der vom Schädiger geschaffenen Gefahrenlage so weit entrückt u. so tief in den Bereich des eigenen Lebensrisikos d. Geschädigten hinein verlagert ist, daß der Schädiger für diese Folge gerechterweise nicht mehr haftbar gemacht werden kann.“

²⁰⁶ Rozsudek RG ze dne 4. 7. 1938, RGZ 158, 6, 34, 38.

²⁰⁷ Rozsudek OGH ze dne 11. 7. 1985, ZVR 1986/37, 120.

nepravděpodobné spadá ještě do sféry původci, neboť s ním mohl počítat. Jedná-li se však o vadné chování atypické, nelze jeho následek již přičítat původci. Otázkou je, jak zacházet s vadnými rozhodnutími podniků. Nejsou totiž zcela nepravděpodobná.

F. Adekvátnost a odpovědnost nezávislá na zavinění

Otázka zejména předvídatelnosti je spojena s ovladatelností průběhu a svobodným sebeurčením, které jsou typickou součástí a předpokladem odpovědnosti za zavinění. Nejsou však prvoplánově spojeny s odpovědností nezávislou na zavinění. Dále lze najít u některých autorů²⁰⁸ názory, které se omezují na rozlišování mezi „benefitem“ adekvátní příčinné souvislosti u odpovědnosti za nedbalost a plným dopadem úmyslu, kdy by měl škůdce odpovídat i za zcela nepravděpodobné a zcela neočekávané následky. O tom, jak by to mělo být s odpovědností nezávislou na zavinění, však mlčí. Přesto se však převážná část literatury i judikatury shodují na tom, že adekvátnost by měla být aplikována i u odpovědnosti nezávislé na zavinění.²⁰⁹ Aplikovatelnost adekvátnosti u odpovědnosti nezávislé na zavinění je u odpovědnosti za porušení soutěžního práva důležitá zejména proto, že v ČR je rozhodnou normou obchodní zákoník s objektivní odpovědností, a pokud se podaří Evropské komisi prosadit svůj projekt směrnice ohledně náhrad škod způsobených porušením čl. 101/102 SFEU v té podobě, v jaké ji zamýšlela, bude odpovědnost za porušení těchto článků i v ostatních zemích EU nezávislá na zavinění.

G. Vztah mezi teorií adekvátnosti a učením o ochranném účelu normy

V německé civilněprávní literatuře je často zastáván názor, že aplikace teorie adekvátnosti je vedle omezení odpovědnosti na základě ochranného účelu normy zbytečná.²¹⁰ Pomocí ochranného účelu lze prý konstruktivně vyřešit všechny problémy. Pokud by ochranný účel sám nestačil, lze jej doplnit o U. Huberem vyvinutou tzv. teorii o sférách nebezpečí (*Gefahrenbereichstheorie*),²¹¹ tj. učení založené na výše zmíněném pravidlu, že některé škody představující realizaci „běžného životního rizika“ spadají do sféry nebezpečí poškozeného, a tudíž je musí nést sám. Jedná se tedy o alokaci škod na základě toho, zda s nimi musel

²⁰⁸ Např. Hartmut Oetker in: MüKo, § 249, 448, m.č. 107; Hermann Weitnauer in: Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, in: Keller M., Machine et protection de l'homme: Revolution der Technik. Evolution des Rechts (Festschrift für Karl Oftinger), Zürich 1969, 321, 326.

²⁰⁹ Např. MüKo/Oetker, § 249, 326, 112; Koziol, Haftpflichtrecht I, 238, m.č. 8/4; Stoll H., Adäquanz und normative Zurechnung bei Gefährdungshaftung, 25 Jahre Karlsruher Forum, VersR 1983, 184, 187; rozsudek RG ze dne 4. 7. 1938, RGZ 158, 6, 34, 38; rozsudek OGH ze dne 30. 11. 1960, ÖRZ 1960, 101.

²¹⁰ Za všechny zejm. MüKo/Oetker, § 249, 326, 113.

²¹¹ Huber, JZ 1969, 677, 682.

poškozený počítat jako aspekt imanentní běžnému životu počítat, či zda se již jednalo o následek přičitatelný sféře nebezpečí činnosti/jednání škůdce. (Ačkoli právě Huberově teorii je vytýkáno, že příliš připomíná adekvátní teorii, a tudíž jen potvrzuje její potřebu.²¹²) Pro teorii adekvátnosti tak nezbyvá žádný prostor.²¹³ Podle nich leží zabránění velmi vzdálených škod mimo „ochranné pásmo“ porušené normy. Pokud by přece jen dle ochranného účelu normy do ochranného pásma spadaly, nemá původce možnost se odvolávat na skutečnost, že jejich vznik byl zcela nepravděpodobný.

Převládající názor literatury a zejména judikatura však zastávají takovou pozici, že teorie adekvátnosti i učení o ochranném účelu normy mohou existovat vedle sebe. Nelze však opomíjet silnou menšinu, která vyhlásila konec adekvátnosti a prohlásila ochranný účel za nástupce právě adekvátnosti.²¹⁴ Oba nástroje se snaží omezit odpovědnost, vycházejí však z odlišných základů: Teorie adekvátnosti je postavena na vědomostech nabytých zkušenostmi, na všeobecné předvídatelnosti následků pro normálního člověka. Učení o ochranném účelu naopak vychází ze zvláštní předvídatosti zákonodárce, který vydal určitou normu proto, aby tím zabránil určitým škodám.²¹⁵ Z této rozdílnosti východisek mohou vyplývat i rozdíly ve výsledcích co do rozsahu škody. Obvykle sice omezí ochranný účel normy škody na ty, které jsou adekvátní. Někdy však může být ochranný účel normy tak rozsáhlý, že zahrnuje i škody neadekvátní, za které má původce přesto odpovídat. Existují však též názory, že následky nelze původci kvůli neadekvátnosti přičítat, přestože svou povahou spadají ještě do ochranného pásma normy.²¹⁶ Předpokladem však je, aby teorie adekvátnosti měla rovnocenné postavení s dalšími kritérii přičitatelnosti a nebyla pouhým jakýmsi prvním krokem zkoumání rozsahu škod.²¹⁷

Ani v Rakousku není vztah mezi teorií adekvátnosti a učením o ochranném účelu zcela jednoznačný a nerozporný.²¹⁸ Adekvátnost je považována za dispozitivní. Judikatura však zastává názor, že adekvátnost je třeba zkoumat i tam, kde je aplikován ochranný účel.²¹⁹ Předpokládá se však stejně jako v Německu, že budou mít oba nástroje stejný výsledek, protože v zásadě by ochranný účel dané normy neměl mít za účel zabraňovat škodám, které jsou dle životních zkušeností zcela nepravděpodobné.²²⁰ Karollus však vyslovuje určitou obavu, že aplikace teorie adekvátnosti by mohla dokonce odporovat cílům § 1311 ABGB

²¹² Schickedanz E., *Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie*, NJW 1971, 916, 919.

²¹³ Larenz, 445.

²¹⁴ Huber, JZ 1969, 677, 677.

²¹⁵ Deutsch, Ahrens, 56, m.č. 25.

²¹⁶ Gottwald P., *Kausalität und Zurechnung*, *Karlsruher Forum* 1986, 3, 107 an.

²¹⁷ Staudinger/*Schiemann*, § 249, 74, m.č. 20.

²¹⁸ Viz např. Karollus 378; Schwimann/*Harrer*, § 1311, 295, m.č. 28; rozsudek OGH ze dne 14. 11. 1984, JBl 1986, 98.

²¹⁹ Rozsudky OGH ze dne 11. 1. 1933, SZ 15/10; OGH ze dne 4. 3. 1953, SZ 26/59.

²²⁰ OGH, JBl 1971, 83, 84; OGH, EvBl 1968, 258; Schwimann/*Harrer*, § 1311, 295, m.č. 28.

(Schutzgesetzhaftung), protože ty následky, které ještě spadají do ochranného pásma, by mohly být aplikací teorie adekvátnosti vyloučeny.²²¹ Valná většina však vychází z toho, že teorie adekvátnosti a učení o ochranném účelu normy jdou ruku v ruce. Podle některých dokonce v podstatě splývají. Adekvátnost by tak dle jejich názoru měla být nejzávažnějším kritériem při posuzování ochranného účelu: ochranná norma má zabraňovat jen adekvátním (typickým) škodám.²²² Staví na tom, že, pokud by zákonodárce chtěl zabránit atypickým škodám, měl by v normě výslovně uvést, že dané riziko chce přenést z poškozeného na škůdce.²²³ V pochybnostech se však takový záměr zákonodárce nepředpokládá. Důrazně se však proti tomuto názoru staví Koziol.²²⁴

Vztahem mezi teorií adekvátnosti a učením o ochranném účelu normy je nutno se zabývat zejména proto, že v rakouském právním řádu je základem pro náhradu škody způsobené porušením čl. 101/102 SFEU odpovědnost podle § 1311 ABGB (Schutzgesetzhaftung), učení o ochranném účelu normy. To by se dle mého názoru mělo aplikovat i u § 33 GWB a, po nabytí účinnosti nového občanského zákoníku, se bude v ČR za porušení evropských soutěžních pravidel odpovídat podle § 2910 věta druhá nového občanského zákoníku (odpovědnost za porušení ochranného zákona), ledaže by čisté jmění bylo prohlášeno za absolutní právo ve smyslu věty první (lze však předpokládat, vzhledem ke stavu právní vědy, že by se v tomto případě v ČR i (minimálně zpočátku) nadále neaplikovalo učení o ochranném účelu normy, a nebo ve velmi rudimentárním stavu).

H. Slovo úvodem před konkrétní aplikací teorie adekvátnosti

1. Adekvátnost a ochranný účel normy

Ve světle řečeného je tedy otázkou, jak postupovat v případech, kde se současně nutně omezuje rozsah odpovědnosti pomocí učení o ochranném účelu normy. Má se soud i přes výše uvedené vůbec zabývat zkoumáním a zjišťováním, jaké škody byly adekvátní a jaké ne? A pokud ano, jaká funkce či váha má být teorii adekvátnosti přisuzována: Má být pouhým prvním krokem (jakousi vnější hranicí, za kterou nelze), jakýmsi prvním sítem? Nebo má být součástí posuzování ochranného účelu normy (to, co zcela zjevně není adekvátní, nemohl

²²¹ Karollus, 378.

²²² Weber, Schutzgesetzverletzung, Verschulden und Beweislast, ZVR 1976, 9.

²²³ Bydlinski P., Schadenersatzrechtliche Überlegungen anlässlich eines Verkehrsunfalls, ZVR 1984, 193, 197 an.; Weber, ZVR 1976, 9; Kramer E.A., Schutzgesetze und adäquate Kausalität, JZ 1976, 338, 343.

²²⁴ Koziol, Haftpflichtrecht II, 103.

zákonodárce chtít chránit)? Anebo má přijít až po zjištění ochranného účelu a vyřadit z ochranného pásma normy všechny následky, které adekvátní nejsou a vyřadit tak i ty následky, kterým zákonodárce chtěl zabránit proto, že nebyly předvídatelné, ani pravděpodobné (tedy být jakousi vnitřní hranicí)? Ve zkoumaných právních systémech panuje shoda v tom, že ať již jsou výhrady k teorii adekvátnosti jakékoli, tak alespoň částečně svůj úkol plní. Na první otázku je tedy nutno odpovědět kladně. Soud by měl i tak zkoumat adekvátnost posuzovaného následku. Vzhledem k tomu, že se tolik propagované vzdání se adekvátní kauzality zcela ve prospěch učení o ochranném účelu normy – ani po desítkách let tvrdé kritiky ze strany zejména německé literatury – musí být schopná plnit alespoň částečně uspokojivě své úkoly. Funkce jakéhosi prvního síta je asi nejčastěji zastávaným názorem.²²⁵ Vyloučí všechny neadekvátní škody a pak je možno případně přistoupit k dalšímu zkoumání. Je považována za jednoduché a spolehlivé kritérium. Ochranný účel se pak použije teprve v dalším kroku, pokud to je případně nutné.

Asi nejrozumnější a nejspravedlivější vůči oběma stranám i oběma přístupům se z autorova pohledu zdá být cesta prostřední. Tedy varianta, kdy se adekvátnost stane součástí zkoumání ochranného účelu. Je možné, že při tomto postupu budou původci přičteny i ty následky, které nejsou zcela adekvátní. Současně by však tímto postupem mělo být zabráněno tomu, aby původce odpovídal za následky zcela nepředvídatelné. Ochranná norma běžně ani nemá za cíl zabránit škodám, které nejsou „podle životních zkušeností pravděpodobné.“²²⁶ Proto by adekvátnost měla být běžnou součástí zkoumání ochranného pásma normy. I když možná v mnoha případech na první pohled zbytečnou, protože nepřinese žádné další poznatky (tj. přidanou hodnotu). V některých případech však může být rozhodujícím, nástrojem, který zjedná spravedlivou alokaci škod. Jak bylo výše uvedeno, následky obecného životního rizika musí nést každý subjekt, tedy i poškozený, sám. Proč by měly být oba nástroje použity současně a ne ve dvou krocích, kdy prvním by byla teorie adekvátnosti a pak teprve, když bude případně nutno přistoupit k použití ochranného účelu? Protože, i když je teorie adekvátnosti jednodušším krokem, stejně je nutno zkoumat ochranný účel, jestli náhodou přece jen již vyloučený následek nespadá do ochranného pásma normy. Praktičtější je zkoumat rovnou, které následky by mohly spadat do ochranného pásma, a pak zjišťovat, jestli jsou tyto následky adekvátní a pokud nejsou, zkoumat hlouběji, proč by daná norma přece jen měla za účel před nimi chránit. Tyto neadekvátní následky by měly být podrobeny zvláštnímu zkoumání, jestli jsou dány zesílené důvody, proč by jim měla norma zabraňovat, a pak je možno se rozhodnout, zda je do ochranného pásma zahrnout či zavrhnout.

²²⁵ Např. Palandt, BGB. Kommentar, C.H.Beck, München 2011, 70. vyd./Grüneberg, Vorb § 249, 279, m.č. 28.

²²⁶ Rozsudek OGH ze dne 8. 7. 1970, JBl 1971, 83 an.

Aplikace teorie adekvátnosti je vítaná zejména tam, kde se ochranný účel hledá jen velmi těžko, nebo tam, kde norma sama nedává dostatečná vodítka pro konkrétní omezení odpovědnosti.²²⁷ Pokud by však byla odsouzena k pouhému plnění prvního kroku, ztratila by touto degradací svou schopnost se prosadit,²²⁸ neboť její uživatel by jí nepřikládal v podstatě žádnou váhu. Tak by nebyla schopná vůbec plnit svou funkci.

Podle převládající nauky je teorie adekvátnosti použitelná, ale vzhledem k tomu, že nedodává vždy zcela uspokojivé řešení, není použitelná samostatně, ale jako jedno z kritérií přičitatelnosti.²²⁹

2. Aplikace teorie adekvátnosti tam, kde není zkoumán ochranný účel normy

Mnohem důležitější roli hraje teorie adekvátnosti v případech, kdy ochranný účel aplikovat nelze – buď proto, že v daném právním řádu není aplikován, nebo právníci aplikující delikt ní normu daného právního řádu zastávají názor, že v daném případě jej aplikovat nelze (př. proto, že to domněle Soudní dvůr zakázal).²³⁰ V těchto případech je totiž jediným hodnotícím kritériem přičitatelnosti následku danému domnělému původci. Samozřejmě, že jsou zde kritéria jako protiprávnost, zavinění, kauzální nexus apod., jedná se však o kritéria nedostatečná, neschopná odpovědnost omezit na rozumný rozsah. Z tohoto důvodu je třeba – vzhledem k tomu, že chybí další korektiv – dávat zvláštní pozor na to, jaká kritéria jsou pro určení adekvátnosti následku stanovena. I v tomto případě, kdy není aplikováno učení o ochranném účelu normy, by měl zkoumající subjekt mít neustále na paměti, jaký účel stojí v pozadí normy. To by mělo pomoci při stanovení toho, co mohl domnělý původce při porušení zákazu či příkazu chování obsaženého v normě předvídat a co již ne. Nebude to jediným kritériem – a tam, kde se výslovně zřekli aplikace učení o ochranném účelu normy asi ani nesmí být –, ale mělo by to být prvním vodítkem. Měřítkem by pak neměl být jedinec s optimálními schopnostmi, který disponuje veškerými dostupnými znalostmi a zkušenostmi, nýbrž abstraktní subjekt (možná průměrný) zvolený podle druhu porušení normy a jednající s náležitou péčí očekávanou od takto konkretizovaného subjektu. Protože v prvním případě by teorie adekvátnosti nebyla schopná rozumně plnit svou funkci omezení rozsahu odpovědnosti vzhledem k tomu, že rozsah adekvátních následků by byl neúměrně velký.

²²⁷ Deutsch E., *Allgemeines Haftungsrecht*, Carl Heymanns Verlag 1995, 2. vyd., 198.

²²⁸ *MüKo/Oetker*, § 249, 326, 114.

²²⁹ Schack, *JZ* 1986, 305, 305.

²³⁰ Bulst F.W., *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht – Zur Schadensersatzabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht*, *Nomos* 2006, 261.

I. Aplikace na oblast soutěžního práva EU

Úkolem následující části je pod uvedené subsumovat okolnosti z oblasti porušování soutěžního práva EU a nejen subsumovat, ale též pomocí rozumných pravidel najít spravedlivou hranici odpovědnosti za porušení soutěžního práva. Jedná se o část čistě teoretickou, neboť do této doby nebylo řešeno příliš mnoho případů z oblasti náhrady škod způsobených porušením čl. 101/102 SFEU. Vzhledem k takto malým zkušenostem byly navíc zatím řešeny pouze případy jednoznačné, kde nebylo třeba zkoumat, zda se jedná o škodu adekvátní, neboť na první pohled adekvátní byla. Tato část se tedy pokusí dát rozsahu civilní odpovědnosti za porušení soutěžních pravidel EU určité teoretické hranice. Vzhledem k vlastnostem adekvátnosti a její větší závislosti na konkrétní situaci nelze získat přesný a jasný výsledek, který by platil pokaždé stejně. Nelze obecně konstatovat: „Pokaždé, když bude porušen čl. 101 SFEU tím, že se podnikatelé dohodnou na určitých cenách, se nahrazují ty a ty škody, těm a těm subjektům.“ Samozřejmě v hrubých rysech tomu tak bude. V závislosti na druhu porušení čl. 101/102 SFEU budou vždy určité (ty samé) následky adekvátní. Pro přesnější obrysy rozsahu odpovědnosti pomocí adekvátnosti však lze pouze určit nástroje a použít je na konkrétní situaci, na které bude záležet výsledek. Základy lze však v hrubších rysech nastínit.

1. Objektivní měřítko

Jako první je nutno stanovit měřítko posuzování adekvátnosti, tedy určit, jak bude dané objektivní měřítko pro případy porušení čl. 101/102 SFEU nastaveno. První otázkou je, zda použít měřítko obecné či zda použít měřítko přizpůsobené vlastnostem a druhu posuzovaného původce a druhu deliktu. Dalším krokem je rozhodnutí o tom, jaké nároky mají být kladeny na osobu původce škody z hlediska objektivního měřítka. Má se jednat o schopnosti optimálně vybaveného jedince, který má nejen k dispozici veškeré zkušenostmi nabyté znalosti, nýbrž je též používá? Má se jednat o subjekt jednající s náležitou péčí vlastní jeho typu, který tedy bude schopen předvídat mnohé, ale ne zcela vše? Má se jednat o spíše průměrného jedince? V následujícím budou přehrány určité scénáře, jak by vypadaly požadavky podle jednotlivých objektivních měřítek.

a) Měřítko adekvátnosti založené na optimálních schopnostech

Měřítko založené na optimálních schopnostech jedince se zdá být nejširším a nejnáročnějším měřítkem. K dispozici má veškeré zkušenosti nabyté znalosti. Optimální neznamena nejlepší, nýbrž nejlepší v rámci daných možností. Tyto dané možnosti jsou právě tyto zkušenosti. Optimální neznamena, že bude znát veškeré fyzikální jevy spojené s automobilovou nehodou, přesto se od něj očekává, že bude předpokládat následky nárazu jako poškození majetku, mírnější či vážnější zranění zúčastněných osob a nejen to, ale i to, že zraněné osoby nebudou schopny pracovat, a tudíž vydělávat, což jsou běžné následky. A nejen to, např. české soudy²³¹ očekávají, že původce škody s optimálními schopnostmi bude předvídat, že zraněný by mohl být zprostředkovatel, který byl v okamžiku nehody na cestě za klientem, který v důsledku nehody byl nejen zraněn, a tudíž nebude schopen po nějakou dobu vydělávat, nejen přišel na určitou dobu o automobil, který byl jeho zdrojem obživy, ale též přišel o možnost uzavřít smlouvu s klientem, za kterým zrovna jel, a tudíž o provizi. Stejně tak od toho samého řidiče německé soudy²³² očekávají, že bude počítat s tím, že zraněný se může v nemocnici nakazit nosokomiální nemocí. Schopnost předvídat tyto následky a tento průběh jsou od řidiče očekávány na základě zkušenosti společnosti, ačkoli řidič případně neměl nikdy možnost se s takovým průběhem seznámit, ledaže by se o tento průběh cíleně zajímal. Očekávání na něj kladená neodpovídají ani jeho subjektivním schopnostem, ani schopnostem, které jsou běžně přítomny u okruhu lidí jeho vlastností. Přesto jsou mu tyto následky přičitatelné. Je-li jeho odpovědnost založena na zavinění, je tento rozpor odstraněn v momentě posuzování zavinění. Odpovídá-li původce nezávisle na zavinění, chybí další korektiv. Tato skutečnost nepředstavuje žádný problém, pokud je odpovědnost nezávislá na zavinění založená na zvláště nebezpečné činnosti původce. V tomto případě je rozsáhlá odpovědnost ospravedlnitelná rizikovým chováním původce. Není-li však taková riziková činnost dána, není ani takový rozsah přičitatelných následků ospravedlnitelný.

V případě, že měřítkem adekvátnosti v případě porušení soutěžního práva EU je jedinec s optimálními schopnostmi, měla by jeho schopnost předvídat následky porušení soutěžního práva dorůstat stejných dimenzí, to znamená, že by měl být schopen předvídat víceméně každý následek včetně srdečního záchvatu způsobeného generálnímu manažerovi konkurenčního podniku, který v důsledku porušení soutěžního práva utrpěl značné škody. Jediné, co by bylo dostatečně atypické by snad byl rozvod, zahájený manželkou tohoto generálního manažera, který v důsledku ztráty podniku ztratil svou funkci.

²³¹ Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 1946/2000 ze dne 24. 5. 2001.

²³² Rozsudek BGH ze dne 2. 7. 1957, BGHZ 25, 86, 90 an.

Vzhledem ke své šíři záběru je měřítko adekvátnosti založené optimálních schopnostech zcela nevhodné jako kritérium pro nástroj, jehož úkolem je omezit rozsah přičitatelných následků. Nezdá se být vhodným, ani spravedlivým kritériem, a to nejen v tomto případě, ale obecně.

b) Každý rozumný člověk – měřítko adekvátnosti založené na průměrných schopnostech?

Kritérium „každý rozumný člověk“ nároky na schopnosti původce škody patrně poněkud snižuje na úroveň bližší průměrnému měřítku – ve smyslu průměrný rozumný člověk. Pokud očekáváme, že takový následek bude schopný předvídat každý rozumný člověk, znamená to, že se již nespolehneme na osobu, která svou schopnost předvídat následky staví na veškerých znalostech nabytých zkušenostmi, které jsou současné společnosti k dispozici, nýbrž, že je pozice původce poněkud odlehčena. Znamená to, že původce musel počítat s běžnými či méně běžnými, ale takovými, které rozumně uvažujícího člověka ještě mohou napadnout. Neočekává se od něj však, že bude počítat s veškerými více či méně možnými eventualitami. Zejména od něj nejsou očekávány žádné zvláštní znalosti, nýbrž spíše selský rozum postavený na zkušenostech dostupných každému člověku.

Subjekt odpovídající tomuto měřítku bude předvídat všechny běžné následky porušení soutěžního práva. Jeho schopnost předvídat se pravděpodobně omezí na hospodářské následky porušení soutěžního práva a nebude počítat, popř. vyloučí atypické osobní následky. Neočekává se od něj, že bude znát veškeré děje a vlivy na trhu a bude chápat jejich interakce. Měl by však chápat běžné vztahy nabídky a poptávky a následky změn v těchto vztazích. Od těchto schopností by se pak měl odvíjet požadavek kladený na původce škody.

c) Podnikatel-řádný hospodář jako měřítko přizpůsobené okolnostem deliktu

Dalším možným měřítkem by mohlo být takové objektivní nastavení požadavků na potenciálního původce škody, že jeho schopnost předvídat následky, která je od něj očekávána, by byla přizpůsobena situaci, ve které se nacházel v okamžiku spáchání deliktu původce. Nejedná se o jeho subjektivní individuální vlastnosti, nýbrž o objektivní a abstraktní vlastnosti vycházející z obecných požadavků na řádného hospodáře, tak jak byly např. zakotveny v českém obchodním zákoníku. Kromě toho se od takového subjektu očekává, že by v případě obdobné činnosti jednal s náležitou péčí vlastní jeho druhu. V případě porušení soutěžního práva by měl potenciální původce škody s sebou přinést takové znalosti, zkušenosti a schopnost předvídat, jakou lze rozumně předpokládat u podnikatele jeho

velikosti, jeho oboru, rozsahu podnikání jak co do území, tak co do rozsahu sortimentu apod. Zkoumat by se neměly pouze vlastnosti osoby původce, nýbrž též i oblast, ve které došlo k porušení práva. Jinak široké budou kladeny požadavky vycházející z objektivního měřítka při porušení hygienických předpisů a jiné u porušení norem chránících funkčnost soutěže na trhu. U prvních bude i u malých podniků vyžadován mnohem větší stupeň schopnosti předvídat následky, neboť schopnost předvídat následky realizace rizika vzniku škod způsobených nedodržením hygienických předpisů lze vzhledem k obecnosti situace a frekvenci vzniku takových následků předpokládat u širšího okruhu osob, ale hlavně vzhledem k nebezpečnosti jejího nedodržení dokonce od těchto osob vyžadovat, zejména od nich vyžadovat, aby se průběžně informovaly a vytvářely preventivní opatření. Zde by se měl brát větší ohled na to, jaké vlastnosti a jaké informační zdroje podnikatel má.

To s sebou nese v prvé řadě jednoduchý vzorec: čím větší podnik (a tím není myšleno jen co do personálu, či materiálu, ale též co do rozsahu podnikání), tím větší požadavky jsou kladeny na schopnost podnikatele předvídat následky jeho deliktního jednání. Jedná-li se o malého podnikatele s lokálním dosahem, nemůže od něj očekávána znalost dopadů na širší ekonomiku. Jedná-li se naopak o podnikatele, jehož činnost má větší rozsah, měly by na něj být kladeny jiné požadavky, co do schopnosti předvídat následky své činnosti na trh a subjekty na tomto trhu se pohybující a jejich interakcí s podmínkami, které jsou na trhu již dány. Zejména by měl od něj být očekáván mnohem větší přehled o tom, co se děje na dalších stupních obchodního řetězu.

d) Jak by tedy mělo objektivní měřítko adekvátnosti být nastaveno?

Idealiter by měřítko adekvátnosti mělo být obecně flexibilní v závislosti na tom, o jaký typ osoby se u původce deliktu jedná, a o jaký druh deliktu se jedná. Jen v tomto případě může aplikace teorie adekvátnosti přinést spravedlivé výsledky, které budou spravedlivé pro obě strany, a současně alespoň teoreticky vyhovět svému úkolu omezit rozsah odpovědnosti na spravedlivou a rozumnou míru. Jako rozhodné objektivní měřítko by tedy mělo být aplikováno měřítko vycházející z nároků kladených na podnikatele jako řádného hospodáře. Současně by měl být brán ohled na rozsah a objem jeho obchodů a podle toho určit míru toho, co měl předvídat. „Menší“ podnikatel bude dozajista mít omezenější schopnosti v předvídání následků, nežli „velký“, a bylo by nespravedlivé – i vzhledem k jeho objemu účasti na trhu – po něm větší míru této schopnosti vyžadovat. Chybí mu rozhled, zdroje apod. Vzhledem k tomu, že ve zkoumaném případě se jedná o porušování čl. 101/102 SFEU, které samy o

sobě k tomu, aby mohly být aplikovány/byly příslušnými, vyžadují určitý rozsah a vliv protiprávní činnosti – a to nejen co do objemu a co do rozsahu, ale i co do geografického dopadu, lze však jen těžko předpokládat, že se takového deliktu dopustí podnikatel, který by měl jen omezené zdroje a nedostatečný rozhled. Zejména by však bylo nespravedlivé vůči poškozenému, od něj takový rozhled nevyžadovat. Vzhledem k tomu, že, aby byly čl. 101/102 SFEU příslušnými, musí mít porušení určitý pro celý unijní trh relevantní rozsah, je možno očekávat, dokonce je nutno vyžadovat, aby podnikatelé, kteří se takového deliktu potenciálně mohou dopustit, disponovali s takovými zkušenostmi a znalostmi, které takovému rozsahu podnikatelských aktivit odpovídají. Jinak řečeno: má-li podnikatel zájem na tom, aby mohl ovlivňovat dění na takto velkém trhu, musí s sebou přinést odpovídající schopnosti.

Podniky, které se pohybují na takové úrovni, aby vůbec byly schopny porušit čl. 101/102 SFEU, musí mít dostatečné zdroje – a to nejen finanční, ale i personální, proto od nich lze očekávat určitý rozhled, o tom co se děje na trhu nejen na úrovni daného podniku, ale i na dalších předcházejících či následujících. S největší pravděpodobností si nechávají zpracovávat analýzy svého chování na trhu a případných následků svých podnikatelských kroků. Minimálně to od nich lze očekávat. Pokud by takto nejednaly, nebylo by jejich činnost možno kvalifikovat jako jednání s náležitou péčí, která je další charakteristikou objektivního měřítka, které by mělo být aplikováno. Jednání s náležitou péčí právě spočívá v tom, že se podnikatel bude průběžně informovat o dění na trhu, že bude shromažďovat data nejen o svých produktech, ale i o produktech konkurence, že si bude opatřovat analýzy chování konečných spotřebitelů apod.

Na základě takového objektivního měřítka, které by mělo být aplikováno v souvislosti s porušováním soutěžního práva EU, by měla být od původce škody vyžadována vysoká schopnost předvídat následky jeho chování. To však současně znamená, že funkčnost teorie adekvátnosti jako prostředku omezení rozsahu přičitatelných následků subjektu, který porušil čl. 101/102 SFEU může být touto volbou silně narušena. Nicméně ve světle řečeného je jedinou pro obě strany spravedlivou volbou a se s ní spojeným rizikem omezení funkčnosti se musíme smířit. Z tohoto důvodu se zdá být rozumné nespolehat se pouze na jeden prostředek omezení přičitatelnosti.

2. Předvídatelnost

Dále je nutno zamyslet se nad tím, které druhy následků jsou podle výše uvedeného měřítka přičitatelné z hlediska teorie adekvátnosti neboli kam až je možné pro z hlediska objektivního měřítka předvídat. Nevyžaduje se samozřejmě, aby původce kartelové škody byl schopen předvídat přesný průběh následků jeho protiprávního jednání. Spíše se od něj pouze vyžaduje, aby předvídal následky v hrubých rysech. Předvídat přesný průběh na reálném trhu je totiž velmi složité. Svou roli ve vývoji událostí na trhu nehraje pouze poptávka a nabídka. Takto fungují jen ideální trhy používané v teorii jako modely. Zvýšení nebo snížení ceny, zvýšení nebo snížení objemu nabídky nebo poptávky, zvýšení nebo snížení rozmanitosti nabídky nevede totiž vždy k teoreticky očekávaným změnám ve struktuře trhu. Zvýšení ceny nevede nutně k poklesu poptávky. A elasticita poptávky, resp. její neelasticita, může mít mnoho různých méně či více předvídatelných důvodů (různé v čase se měnící spotřebitelské preference závislé na klimatických, politických, módních apod. aspektech),²³³ které – ostatně jakož i její vlastnosti – lze zjistit teprve následně, přičemž posuzování adekvátnosti se sice děje následně *post actum*, ale z pohledu *ex ante* s těmi poznatky, které původce škody na základě objektivního měřítka mohl mít v okamžiku, kdy k porušení práva došlo. Dělo-li by se tak z pohledu *ex post*, zdálo by se vše adekvátní.²³⁴ Při takovýchto pohybech na trhu nemusí ani nutně hrát roli preference odběratelů, ani médií indoktrinované preference. Svoji roli mohou hrát i další vlivy: globální či lokální finanční krize, války a další politické krize, nepříznivé či naopak velmi příznivé počasí, nové objevy a vynálezy apod. To vše může zcela nepředpokládaným způsobem ovlivnit dění na trhu. Tyto externí vlivy mohou způsobit úpadek podniku, který by i přes dlouhodobě fungující kartel na daném trhu za jiných okolností – sice se značnými problémy – přežil. O tom, zda za tento úpadek bude odpovídat, zda tedy bude subjektu, který porušil soutěžní právo, přičitatelný, bude rozhodovat zejména to, jestli byl úpadek v konečném důsledku ve spojení s dalšími vlivy způsoben oslabením podniku v důsledku kartelu, a jestli tuto možnost podle zvoleného měřítka původce kartelové škody musel předvídat, popř. do jaké míry byl úpadek způsoben špatnými rozhodnutími managementu podniku v úpadku a jestli tato špatná rozhodnutí podle jejich charakteru mohl nebo musel původce kartelové škody předvídat, a nebo jestli to od něj očekáváno být nemohlo.

3. Pravděpodobnost

²³³ Viz blíže Samuelson P.A., Nordhaus W.D., *Ekonomie*, Nakladatelství Svoboda, Praha 2007, 66.

²³⁴ Schack, JZ 1986, 305, 308.

Pravděpodobnost je, jak ji již zhodnotil Lange,²³⁵ obecně méně obvyklou součástí zkoumání adekvátnosti následků a je aplikována zejména v německém právním řádu. Na rozdíl od předvídatelnosti se však na první pohled zdá jako praktičtější nástroj pro účely soutěžního práva. Předvídatelnost se zdá být složitěji uchopitelným pojmem nežli „pouhé“ počítání procentuálního zvýšení pravděpodobnosti vzniku následku. Zdá se být jednoduchým pravidlem, matematickým vzorečkem. Ne jako předvídatelnost, která je výsledkem posouzení mnoha různých aspektů. Posuzování zvýšení pravděpodobnosti se zdá být od těchto vlivů oproštěno. Posuzuje se pouze, zda samotné jednání původce mezi mnoha dalšími vlivy mohlo relevantně zvýšit pravděpodobnost vzniku posuzovaného následku. Zvýšení pravděpodobnosti vzniku zkoumané škody v důsledku daného porušení čl. 101/102 SFEU je pro právníka/ne-ekonomu jen těžko hodnotitelné.

Jakou míru musí mít zvýšení pravděpodobnosti vzniku zkoumaného následku způsobené daným porušením soutěžního práva, aby bylo relevantním, a tudíž byl následek přiřítelný subjektu, který se daného porušení dopustil? Kartelové dohody, resp. zneužití dominantního postavení mohou zvyšovat pravděpodobnost vzniku určitého následku v závislosti na druhu porušení soutěžního práva, druhu poškozeného subjektu a „vzdálenosti“ poškozeného, resp. následku od „bodu“ realizace porušení soutěžního práva. Německé soudy v minulosti uznaly za relevantní i zvýšení pravděpodobnosti vzniku daného následku o 0,01%.²³⁶ Jednalo se o škodu na zdraví způsobenou povinným očkováním. BGH uznal takovouto pravděpodobnost jako relevantní s tím, že pravděpodobnost nemůže být určena „čistě logicky abstraktně podle číselného určení četnosti vzniku takového následku, nýbrž musí být hodnotícím posouzením v přírodovědecko-filosofickém smyslu vyloučeny ty následky, které za rozumného uvažování nelze již považovat za přiřítelné původci.“ U 0,01% se tedy nejedná o rozhodnou hodnotu, která by mohla být relevantní i pro porušování soutěžního práva. Jak vyplývá z rozsudku BGH, bude určení, zda zvýšení pravděpodobnosti bylo v takové míře relevantní, že následek je přiřítelný původci, záviset na konkrétních okolnostech případu. Vzhledem k menší uchopitelnosti ex ante poznatků o dějích a interakcích na trzích by měla v rámci posuzování porušení soutěžního práva a jeho následků být míra relevantního zvýšení pravděpodobnosti vzniku následků nasazena rozhodně výše. Současně by měla být tato vyžadovaná míra relevantního zvýšení postupně zvyšována v závislosti na vzdálenosti následku od původního jednání. Čím vzdálenější následek je, tím více dalších vlivů k původnímu jednání přistupuje, a tím menší je vliv tohoto jednání na konečnou povahu následku. Průběh vzniku následku jde přes prostředníky, a čím více je následek zprostředkovaný, tím méně je ovlivňovaný

²³⁵ Lange, AcP 156, 114, 130.

²³⁶ Rozsudek BGH ze dne 17. 10. 1955, BGHZ 18, 35, 286, 288 – *Impfschaden*.

původním jednáním. Z tohoto důvodu je dle mého názoru nutno vyvážit tuto skutečnost tím, že bude vyžadována vyšší míra pravděpodobnosti takového následku, než u následku přímého.

Vznik některých následků je méně pravděpodobnější v souvislosti s daným porušením soutěžního práva, a u některých je naopak více pravděpodobnější, někdy dokonce skoro hraničící s jistotou. Lze vycházet z předpokladu, že existence kartelu nutně relevantně – velmi vysoce – zvyšuje pravděpodobnost, že nějaký podnik bude z ekonomických důvodů nucen trh opustit.²³⁷ Pro to, aby zvýšení pravděpodobnosti bylo původci kartelové škody přičitatelné, se nevyžaduje, aby bylo předem možno určit, kterému podniku hrozí zvýšené riziko, nýbrž postačí pouze obecné zvýšení rizika. Právě řečené se týká stejného trhu, na kterém došlo k protiprávnímu kartelu či zneužití dominantního postavení. Je však otázkou, zda se pravděpodobnost vzniku škody relevantně zvýší i na dalších/předchozích stupních. To bude výsledkem následujícího posuzování.

4. Konkrétní aplikace adekvátnosti na soutěžní škody

Shodneme-li se na tom, že spravedlivým měřítkem zde bude měřítko podle nároků kladených na řádného hospodáře, zjistíme, že rozsah odpovědnosti původce „kartelové škody“ nedostane žádných pevných a rozumných hranic, který vlastně jsou účelem/cílem aplikace adekvátnosti. Je třeba však upozornit na skutečnost, že v následujícím se bude jednat o domněnky opřené o to, co bylo v předešlých kapitolách řečeno, vzhledem k tomu, že rozsah odpovědnosti subjektu, který porušil soutěžní právo, nebyl v českém právním řádu takto prejudikován a vymezení rozsahu v dalších dvou zkoumaných právních řádech se opírá o ochranný účel.

a) Osobní vymezení

Obecně se lze zcela jistě shodnout na tom, že původce-účastník kartelové dohody/dominant bude předvídat poškození u subjektů, proti kterým bylo jeho jednání ať již přímo nebo nepřímo namířeno. Pokud má tedy jednání obvykle za následek přímé poškození přímých odběratelů (např. dohody o cenách), musí řádný hospodář počítat s tím, že jeho jednání poškodí přímé odběratele, a tudíž že za ně bude odpovídat. Pokud má jednání za účel v rozporu s pravidly soutěže rozšířit podíl soutěžitele na trhu (tedy vytlačit další konkurenty z části nebo z celého trhu), musí řádný hospodář předvídat, že tím svým konkurentům způsobí

²³⁷ Baldwin R., Wyplosz C., *The Economics of European Integration*, McGraw Hill, Londýn 2009, 3. vyd., 431.

škodu. Současně jsou negativní následky u těchto subjektů vysoce pravděpodobné. Splňují tedy jak kritérium předvídatelnosti pro zvolené objektivní měřítko, tak kritérium pravděpodobnosti.

Dále lze zcela objektivně očekávat, že původce škody na základě zvoleného objektivního měřítka bude předvídat, že pokud někomu stoupnou, v důsledku např. dohody o cenách, náklady, že tyto dodatečné náklady započte do ceny. Alespoň část svých dodatečných nákladů tedy přesune na další úroveň tržního řetězce – na své odběratele. Tuto schopnost předvídatelnosti lze očekávat i od průměrného podnikatele.

Na základě svých zkušeností a doposud nabytých pozorování musí však řádný hospodář předvídat i přesun těchto škod i na dalších stupních až po spotřebitele. Současně je takovýto přesun zcela jistě pravděpodobný. Nelze sice od stolu přesně vymezit o kolik stupňů je takovýto přesun pravděpodobný. Lze se však shodnout na tom, že bude možno předvídat přesun z mezivýrobce (přímý odběratel) na velkoobchodníka, maloobchodníka a spotřebitele. S těmito poškozenými je tedy nutno zcela jistě počítat.

Shrnout tedy lze, že adekvátnost sice vypovídá o tom, kam až by mohla odpovědnost původce zajít, ale vzhledem k nutně zvolenému měřítku jí nedává žádné rozumné a spravedlivé kontury. Adekvátnost zde nijak nereaguje na otázku, zda je legitimní či z pohledu porušené normy vhodné přiznat nárok na náhradu škody pouze přímým poškozeným či nepřímým poškozeným a do jakého stupně nepřímého poškození lze jít. Rozsah odpovědnosti původce tedy zahrnuje nejen konkurenty na stejném trhu, na jakém se pohybuje původce, tak i přímé odběratele na trhu následném, jakož i nepřímé odběratele na trzích navazujících s tím, že kolik navazujících trhů bude v konkrétním případě zahrnuto, bude záviset na individuálních okolnostech daného trhu, sektoru a zboží.

b) Věcné vymezení

Na počátku by mělo být vymezeno, jaké právní statky by mohly být porušení evropského soutěžního práva dotčeny, nebo lépe řečeno, o jaké druhy škod by se mohlo jednat. Tradičně se škody dělí na materiální (majetkové) a imateriální škody.²³⁸ Tedy škody na majetku (přímo vyjádřitelné v penězích) (včetně nehmotných práv) a škody na nehmotných statcích (jako např. život, zdraví, důstojnost apod.). Obvykle se u porušení soutěžního práva bude jednat o majetkové škody. Přímé poškození nějakého hmotného majetku sice běžně předvídat nelze (skutečná škoda ve smyslu občanského zákoníku bude tedy dána velmi výjimečně – např. lze

²³⁸ Kötz H., Wagner G., Deliktsrecht, Verlag Franz Vahlen 2010, 11. vyd., 261, m.č. 656.

uvažovat o ztrátě zákazníků, kteří jsou kapitálem podniku,²³⁹ nebo o ztrátě dobrého jména podniku (goodwill) – např. v důsledku nuceného nadměrného zvýšení cen nebo ztráty dalších produktů ze sortimentu), nicméně ušlý zisk buď v důsledku ztráty zákazníků, anebo v důsledku snížení marží je zcela obvyklým následkem.

Dále si však lze též představit škody na zdraví u dotčených podnikatelů či manažerů dotčených podniků, např. ve formě srdečního infarktu v důsledku ztrát, bankrotu podniku. Jedná se sice o důsledek dovedený lehce ad absurdum, nejedná se však o důsledek zcela smyšlený. Není zcela nepravděpodobný a podnikatel, který se běžně pohybuje v podnikatelském světě, jej může na základě svých zkušeností předvídat.

Dalším příkladem mimo rozumnou nahraditelnost ležící škody, kterou by adekvátnost do rozsahu zařadila, jsou např. výpadky produkce dodavatelů těch podniků, které musely snížit vlastní produkci nebo dokonce z trhu zcela odejít. Je to zcela předvídatelný a pravděpodobný následek, nicméně spadá do kategorie škod „*casum sentit dominus*“.

Zde tedy narážíme na hranice schopností adekvátnosti. Nelze očekávat, že čl. 101/102 SFEU bude základem odpovědnosti subjektu, který porušil soutěžní právo, za infarkt způsobený podnikateli bankrotem jeho podniku v důsledku vytláčujících praktik kartelu. Pod účel hlavy VII. SFEU lze rozumově subsumovat ochranu majetkových zájmů podnikatelů ne však ochranu zdraví. Přesto je možné k opačnému závěru dojít při aplikaci adekvátnosti. Lze se tedy shodnout na tom, že adekvátnost nenabízí řešení otázky rozumného a spravedlivého omezení rozsahu přičitatelných škod.

5. Facit

Nelze říci, že by adekvátnost rozsah odpovědnosti neomezovala, nicméně v případě kartelových škod nemá její aplikace ani spravedlivý, ani efektivní výsledek. Lze sice namítnout, že čím vzdálenější škody budou, tím spíše se jejich nárokovatelnost bude snižovat jakýmsi „přirozeným výběrem“. Čím vzdálenější škoda bude, tím složitější bude pro poškozeného prokázat příčinnou souvislost mezi svou újmou a mezi zakázaným protisoutěžním jednáním. Současně se lze domnívat, že čím vzdálenější škoda bude, tím roztržitější bude, tj. její výše bude u jednotlivců pravděpodobně relativně nízká. Nízká škoda je pravidelně slabým motivátorem k vymáhání její náhrady zejména tam, kde je proces vymáhání spojen s relativně (ve srovnání se škodou) vysokými náklady. Příklad lze nalézt např. v případě tzv. vitamínového kartelu ve spojení s dětskou výživou. Kartelovými cenami

²³⁹ Viz např. rozsudek NS sp.zn. Rv I 1007/30 ze dne 23.9.1931 (Vážný č. 11033): „Ztráta zákazníků v živnosti jest škodou skutečnou, nikoliv jen ušlým ziskem.“

nebyli postiženi pouze přímí odběratelé, ale např. jimi byli v podstatné míře postiženi koneční spotřebitelé kupující dětskou výživu, do které vitamíny byly dodávány výrobcí dětské výživy.²⁴⁰ Přesto nedošlo k žádným žalobám ze strany konečných spotřebitelů, neboť zde chyběla motivace. Tuto demotivaci však lze obejít pomocí skupinového vymáhání, zejména pomocí tzv. *opt-out class actions*.

Spoléhat se na tzv. „přirozený výběr“ však není spravedlivé ve smyslu širokého právního pojetí spravedlnosti, která stojí na jasných pravidlech např. právní jistoty. Původce by se jinak nemohl spolehnout na to, kde skončí rozsah jeho spravedlnosti, což může činit problémy zejména tam, kde je rozsah pokuty a rozsah odčerpávaného zisku navázán též na pravděpodobnou výši náhrady škody. Z tohoto pohledu se aplikace jiných mechanismů vymezení rozsahu škody jeví jako vhodnější, např. je tomu tak u ochranného účelu normy, zejména vzhledem k tomu, že rozsah odpovědnosti – jak uvidíme v následující části – mnohem jasněji vymezuje.

Lze namítnout, že výše uvedené více či méně absurdní příklady možných nároků k náhradě jsou z rozsahu náhrady eliminovány i v rámci aplikace adekvátnosti. Čistá aplikace výše projednaných pravidel adekvátnosti však neskýtá žádnou oporu pro jejich vyřazení z rozsahu nahrazovaných škod. K užšímu vymezení je třeba, aby přistoupily další úvahy. Je nutno aplikovat další vylučovací metody, i když k nim třeba dochází pod hlavičkou zkoumání adekvátnosti vztahu mezi příčinou a následkem. Ze své podstaty sem však nepatří. Nejčastější úvahou bude cílové určení normy. I když si to možná aplikátor nepřipustí, ale v tomto momentě se zabývá otázkou telosu normy – tedy otázkou ochranného účelu normy.

Skutečnost, že klasické chápání adekvátnosti se nezdá býti dostatečným instrumentem pro vymezení rozsahu odpovědnosti původce škody, potvrzuje i velmi podrobné pravidlo Principles of European Tort Law (PETL) týkající se vymezení rozsahu škody na základě adekvátnosti: Aby mohla být škoda přičtena jejímu původci musí zde být dána „*předvídatelnost [dané] škody rozumnou osobou v okamžiku jejího vzniku [což je klasické pravidlo doplněné však dále o:], přičemž je zohledněn konkrétní časový a prostorový vztah mezi škodným jednáním a jeho následky, nebo rozsah škody ve vztahu k normálním následkům takového jednání.*“²⁴¹

²⁴⁰ Langen E., Bunte H.J., Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht Bd. 1, Luchterhand 2010, 11. vyd./Bornkamm, § 33, 994, m.č. 130.

²⁴¹ Art. 3:201 PETL: a) “*the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time or space between the damaging activity and its consequence, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such activity.*” (Český překlad podle Tichý L. (ed.), Vývoj práva deliktní odpovědnosti za škodu v České republice, Rakousku a Evropě, Univerzita Karlova, Praha 2005.)

II. Ochranný účel normy

A. Metodologie postupu a zkoumání ochranného účelu

Účelem následující kapitoly je vymezit obecný účel aplikace učení o ochranném účelu normy a metodologii jeho zjišťování. Následně by pak měly takto zjištěné poznatky být aplikovány přímo na normy evropského soutěžního práva.

V první části této kapitoly bude nejdříve podrobně zkoumán obsah učení o ochranném účelu normy, zejména jeho vznik, v čem aplikace tohoto nástroje spočívá a k čemu slouží. Následně se kapitola věnuje metodice zjišťování smyslu normy a *telosu*, tedy účelu normy, který je „*clès de voute*“ celého tohoto systému. Jedná se sice o základní poznatky teorie práva – tedy o základní výkladová pravidla (jako je výklad historický, systematický apod.), nicméně při stanovování účelu normy, který bude následně rozhodovat o rozsahu odpovědnosti škůdce, je nutné si tyto základy připomenout. Rozbor výkladových pravidel již bude přizpůsoben jejich aplikaci na zkoumání ochranného účelu normy.

Vzhledem k tomu, že jednotlivé právní řády mají rozdílné normy, které jsou základem odpovědnosti (a nejen jednotlivé právní řády, rozdíly lze najít i mezi jednotlivými právními oblastmi), bude následně zkoumáno, zda tato odlišnost s sebou nese i dopady pro aplikaci ochranného účelu u dané odpovědnostní normy.

Po úvodní teoretické části následuje část aplikační, tj. subsumpce reality kartelového práva pod získané poznatky o ochranném účelu normy. Tato subsumpce je rozdělena do tří národních částí (německé, rakouské a české), v rámci nichž je zkoumán výsledek podle aplikačních pravidel v daných právních řádech. Kapitola končí podle autora ideálním vymezením rozsahu odpovědnosti.

V této části je ještě krátce pojednána otázka přenesení škody (*passing-on*, *Schadensabwälzung*) vzhledem k tomu, že tato problematika částečně souvisí s otázkou rozsahu odpovědnosti vůči konkrétnímu poškozenému.

Následující kapitola operuje zejména se dvěma pojmy: ochranný účel normy (*Schutzzweck der Norm*) a ochrannou působností normy (*Schutzbereich der Norm*). Je nutno mezi těmito pojmy rozlišovat. První se vztahuje k civilněprávním dopadům normy, druhý popisuje již konkrétně rozsah ochrany, tedy zejména které subjekty mohou nárokovat které škody. O nomenklatuře tohoto nástroje neexistuje v jednotlivých právních řádech jednota. V různých

právních řádech se nazývá rozlišnými způsoby podle toho, na co se klade důraz:²⁴² 1) *Rechtswidrigkeitszusammenhang*, *relative Rechtswidrigkeit* nebo *relativité aquilienne* – pokud je kladen důraz na omezení odpovědnosti za **protiprávní** jednání; 2) *Normzweck*, *Schutzzweck*, *protective purpose* – pokud je kladen důraz na **účel** normy; nebo 3) *Zurechnungszusammenhang* – pokud je důraz kladen na **přičitatelnost** újmy původcově jednání.

B. Vznik učení o ochranném účelu normy

Učení o ochranném účelu normy má pozdější datum vzniku než teorie adekvátnosti. Našlo svůj původ až s přijetím tehdy nového německého občanského zákoníku (BGB) na přelomu 19. a 20. století. Dnešní podoba učení – tedy formulace přesného pravidla – má dva zdroje.

První zdroj je německým zdrojem, lze ho nalézt přímo v BGB. Jedná se o ustanovení § 823 odst. 2 BGB, který zavedl odpovědnost za porušení normy, jejímž účelem je chránit jiný subjekt. Sám sice výslovně nestanoví odpovědnost v rozsahu ochranného účelu normy, ale od toho je již jen malý krůček. Již Protokoly k BGB upozorňovaly soudce, „*jehož úkolem je zjišťovat okruh poškozených s nárokem na náhradu škody, že má povinnost z obsahu porušené normy zjistit, které zájmy má tato norma chránit.*“²⁴³ Brzy po nabytí účinnosti BGB bylo akademiky uznáno, že při odpovědnosti na základě § 823 odst. 2 BGB by měla být přiznávána náhrada jen u těch škod, před kterými měla porušená norma chránit.²⁴⁴ Prvním základním rozsudkem, od něhož se dnešní podoba učení odvíjí, byl rozsudek Zemského soudu v Hannoveru z roku 1910 v případě nezletilého pomocníka v kuželkárně (*Kegeljungenfall*).²⁴⁵ V té době platil zákaz práce mladistvých po osmé hodině večer. Čtrnáctiletý hoch zaměstnaný v kuželkárně po osmé večer odklízal kuželkové koule, při čemž byl zraněn špatně vrženou koulí. Zemský soud konstatoval, že zákaz pozdní dětské práce chrání pouze před nehodami způsobenými přílišnou únavou nebo přílišnou námahou, a tudíž je možno z porušení tohoto zákazu nárokovat pouze škody vzniklé z těchto nehod. Toto pravidlo se ujalo. Postupem času bylo uznáno, že na účel normy, která byla porušena, tedy na to, čemu měla zabránit, je nutno brát ohled i při odpovědnosti založené na § 823 odst. 1 BGB a i u dalších odpovědnostních norem.

Druhý zdroj je zdrojem rakouským. Rakouský akademik Ehrenzweig toto přece jen poněkud konkrétní pravidlo, pod titulem *Rechtswidrigkeitszusammenhang* (který je v Rakouském

²⁴² Deutsch, 195, m.č. 298.

²⁴³ Protokoly k BGB II, 1888, 571.

²⁴⁴ Deutsch, 196, m.č. 299.

²⁴⁵ LG Hannover, Das Recht 1910, 36.

právu často používán pro označení ochranného účelu ve svém zásadním díle z roku 1920) pozvedl do abstraktní roviny: „*Má-li porušení právního pravidla vyvolat nárok na náhradu škody, je nutno, aby toto se toto porušení dotklo právě těch zájmů, jejichž ochranu porušená norma – i kdyby jen mimochodem – zamýšlí.*“²⁴⁶

V následujících letech se učení o ochranném účelu normy stalo pevnou součástí německého, rakouského a švýcarského práva civilně deliktivní odpovědnosti za způsobenou škodu. Postupem času se mu dostalo jistého uplatnění i v dalších právních řádech, i ve Spojených státech.²⁴⁷

Později byla aplikace učení o ochranném účelu normy uznána i pro další oblasti odpovědnosti za způsobenou škodu – smluvní a předsmuvní odpovědnosti.²⁴⁸

C. Základy

V kanonickém právu platilo pravidlo „*versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*“ (= kdo se pohybuje na zakázaném terénu, ten si musí nechat přičíst veškeré následky svého vadného jednání),²⁴⁹ učení o ochranném účelu míří zcela opačným směrem. Původce škody, který porušil určitou normu, jsou přičitatelné pouze ty na základě jeho jednání vzniklé škody, kterým porušená norma podle svého smyslu a účelu chtěla zabránit.²⁵⁰

Problematika ochranného účelu normy hledá odpověď na otázku, před kterým druhem škody má určitá norma ochránit a koho má před touto škodou ochránit. To je zásadní otázka, protože normy nevznikají samoúčelně, je za nimi určitý záměr. Ani kartelové právo nevzniklo kvůli tomu, aby pozlobilo pana Rockefellerera, nýbrž kvůli tomu, aby něco (tržní prostředí) a někoho (veřejnost, účastníky trhu) ochránilo před něčím (před deformací trhu), tudíž vzniklo za určitým účelem. Tento účel nemusí ani od samotného počátku sledovat náhradu škody pro poškozené osoby, má však vliv na navazující účel, který je třeba najít, a který může v náhradě škody spočívat. Hledání ochranného účelu normy jde dokonce nad rámec zjišťování ochranné působnosti normy.

Tato oblast právní ochrany normy je ovlivňována základem nároku. Zjednodušeně lze rozlišovat mezi třemi druhy základu nároku.

²⁴⁶ Ehrenzweig A., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II, Manz 1920, 1, 44: „*Soll die Zuwiderhandlung gegen einen Rechtssatz einen Schadensersatzanspruch auslösen, so muss sie eben jene Interessen verletzen deren Schutz die Rechtsnorm – wenn auch nur nebenher – bezweckt.*“

²⁴⁷ Deutsch, 197, m.č. 300.

²⁴⁸ Lange H., Schiemann G., Schadensersatz, Mohr Siebeck Verlag 2003, 104.

²⁴⁹ Kollmann H., Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus iuris canonici, ZStW 35/1914, 46, 46.

²⁵⁰ Kötz, Wagner, 86, m.č. 195.

1) Odpovědnost za způsobené škody se může opírat o všeobecnou odpovědnostní normu – o tzv. **generální klauzuli**, kdy lze rozlišovat mezi dvěma různými typy generálních klauzulí. První skupina generálních klauzulí odvozuje odpovědnost výslovně od porušení státem chráněného (absolutního) statku. Odpovědnost vyvolá zásah do chráněného statku, tj. do práva, které je touto normou vymezené (a chráněné). Tím dojde současně k vymezení rozsahu odpovědnosti, protože škůdce ručí pouze v případě, že porušení normy vedlo k zásahu do předmětu právní ochrany uvedeného v této normě. Ačkoliv se odpovědnost v tomto případě zakládá na protiprávnosti, není prvořadě, která další norma byla porušena. Obecná odpovědnostní norma totiž nezakládá povinnost náhrady škody, když škoda vznikne protiprávním jednáním jiné osoby na právním statku, který není v odpovědnostní normě uvedený. Podobně strukturovaná je druhá skupina generálních klauzulí, které nenavazují na porušení určitých právních statků. V jejich případě je nutné zjistit předmět právní ochrany ze systematiky/z kontextu celého zákona/právního řádu.

2) Další skupina základu nároků odvozuje povinnost náhrady škody od porušení **ochranného zákona**. Velmi zjednodušeně řečeno, ručí škůdce u této skupiny pouze v případě, že je jeho jednání v rozporu s pravidlem stanoveným v ochranném zákoně. Samotný ochranný zákon povinnost náhrady škody ještě nezakládá. Tato odpovědnost se odvozuje od jiné normy, která škůdci nařizuje škodu nahradit v případě, že kvalifikovaně (hrubě) porušil ochranný zákon. Nejnázornějším příkladem této normy je § 823 odst. 2 BGB: *„Stejný závazek [k náhradě vzniklé škody] má i ten, kdo poruší zákon, jehož účelem je chránit druhou osobu.“* Podrobnosti k této koncepci viz níže.

3) Třetí skupinu nelze možná nazvat samostatnou kategorií, protože se jedná o spojení dvou kroků předchozích kategorií. Tato skupina je v této práci projednána v kategorii „zvláštních zákonů“. Nejedná se ale o generální klauzuli. Poškozující jednání je zde konkrétně uvedeno a popsáno a podstatné je poškozující jednání, nikoliv chráněný statek, který zde není předpokladem náhrady škody. Nejedná se ani o ochranný zákon ve shora uvedeném významu, protože sankce v podobě náhrady škody, která se váže na nedovolené jednání, je obsažená v samotné normě. Z dalšího pojednání by mělo být zřejmé, že se jedná o druh zvláštních ochranných zákonů.

Trojice norem k ochrannému účelu, o které pojednává text níže, byla původně vyvinuta pro odpovědnost na základě německého § 823 odst. 2 BGB/rakouského § 1311 ABGB. Neexistuje ale důvod, proč nerozšířit toto vymezení ochranným účelem i na obecné odpovědnostní normy (generální klauzule). Jak Lange ve svém odborném posudku pro 43.

ročník německé právnické konference uvádí, „*jsou velké odpovědnostní normy z hlediska historie [a] jejich funkce pouze smontovanými ochrannými zákony, které spojují ochranné působnosti normy (Schutzbereich) mnoha jednotlivých norem ve vyšší celek složený z rozmezí ochranné působnosti těchto jednotlivých norem. Tento vyšší celek sice nahrazuje jednotlivé normy, nikoliv ale jako cizorodý prvek, nýbrž jako společný významový celek, který odpovídá původní podstatě jednotlivých norem a jejich celkovému významu.*“²⁵¹

D. Určení ochranné působnosti normy (Schutzbereich)

1. V případě ochranného zákona (Schutzgesetz)

a) *Jak funguje ochranný zákon?*

Pro pochopení je vhodnější, úvodem příslušné texty zákonů citovat nežli je složitě popisovat:

§ 823 odst. 2, první věta německého občanského BGB: *Stejný závazek má i ten, kdo poruší zákon, jehož účelem je chránit druhou osobu.*²⁵²

§ 1311, druhá věta rakouského znění Všeobecného zákoníku občanského ABGB: *Kdo poruší zákon, který má zamezit náhodným škodám [...], ručí za veškerou újmu, která by jinak nenastala.*²⁵³

§ 2910 druhá věta nového českého občanského zákoníku: *Povinnost k náhradě vznikne i škůdci, který zasáhne do jiného práva poškozeného zaviněným porušením zákonné povinnosti stanovené na ochranu takového práva.*

Společným jmenovatelem těchto ustanovení je, že poukazují na normu z jiné právní oblasti, než je odpovědnostní právo, a norma, na kterou poukazují, je určena k tomu, aby chránila poškozenou osobu/poškozené právo. Jak názorně popsal G. Wagner, je koncepce ochranného zákona „*dopravníkem, který do deliktního práva vnáší výsledky hodnocení v jiných právních*

²⁵¹ Lange H., *Empfiehl es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?*, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Mohr Siebeck Verlag 1960, 45.

²⁵² „*Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.*“

²⁵³ „*Hat aber jemand [...] ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten[...] so haftet er für allen Nachtheil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.*“

oblastech. Tím tento dopravník umožňuje zejména přenášet z veřejnoprávní oblasti do civilního práva početně stále narůstající standardy chování. Jedná se např. o silniční právo, živnostenské právo, právo bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, právo životního prostředí atd. Díky tomu je možné postihnout porušení těchto standardů poskytnutím civilně-právních nároků na náhradu škody.²⁵⁴

b) Funkce ochranných zákonů

Než se začneme zabývat hlouběji danou tematikou, je třeba blíže prozkoumat úlohu koncepce ochranných zákonů vedle koncepce obecné generální klauzule. (To znamená, že generální klauzule platí paralelně s normou pro ochranné zákony, která je někdy nazývána jako malá generální klauzule). Je na místě otázka, k čemu je tato koncepce zapotřebí, když vedle ní existuje samostatná ochrana právních statků/ zájmů, které zákonodárce považuje za vhodné předměty ochrany. Jedná se o chráněná práva, která pokrývají nejdůležitější oblasti lidské existence. Ustanovení § 1295 rakouského ABGB sice **neposkytuje taxativní výčet**, ale v zásadě jsou za absolutně chráněná práva považována práva osobnostní, vlastnictví, omezená věcná práva (např. věcná břemena), právní držba chráněná držebními žalobami, práva duševního vlastnictví a právní příslušnost²⁵⁵. Oproti jiným právům jsou tyto právní statky pod rozsáhlou ochranou.²⁵⁶ V Německu existuje taxativní výčet chráněných statků pouze na první pohled. Tyto statky jsou uvedené v § 823 BGB (právo na život, tělesná nedotknutelnost, právo na zdraví, svobodu, vlastnictví nebo jiné právo). Právě zmínka o jiném právu může být vstupní branou pro zájmy, které nejsou výslovně uvedené.²⁵⁷ Rovněž české právo poskytuje výčet absolutně chráněných právních statků, které jsou uvedeny jak v § 415 občanského zákoníku (zdraví, život, vlastnictví, příroda a životní prostředí), tak v §11 a § 16 občanského zákoníku (ochrana osobnosti).²⁵⁸

Odpověď lze nalézt v legislativním záměru k německému občanskému zákoníku z roku 1896 (BGB). V tomto záměru bylo ustanovení § 823 odst. 2 původně vnímáno jako politický nástroj k ovlivňování lidského chování. Naproti tomu měl být § 823 odst. 1 nástrojem

²⁵⁴ MüKo/Wagner, § 823, 1889, m.č. 327.

²⁵⁵ Přiřazení práv spojených s pohledávkou k určitému právnímu subjektu (vlastnické právo k pohledávce); třetí osoba si nesmí svévolně přivlastnit postavení věřitele.

²⁵⁶ KBB/Karner, § 1294, 1430, m.č. 4. Odlišný názor v Rummel P., ABGB. Kommentar, Manz, Wien 2007, 3. vyd./Reischauer, § 1294, 91, m.č. 16, kde je kritizována přílišná orientace na německý BGB.

²⁵⁷ Viz exkurz: Právo k zavedené a vykovávané živnosti (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*).

²⁵⁸ Ustanovení § 373 ve spojení s § 757 obchodního zákoníku neposkytují žádný výčet chráněných právních statků. Důvodem je, že tato odpovědnostní norma byla koncipována pro porušení smluvních ustanovení. Ustanovení § 2910 nového občanského zákoníku zase hovoří o absolutních právech. Lze ale vycházet z toho, že se jedná o právní statky uvedené v ustanovení § 2900 – svoboda, život, zdraví a vlastnictví.

ovlivňování chování tržními mechanismy a § 826 byla přidělena funkce ovlivňování společenskými mravy.²⁵⁹ Vzhledem k tomu, že ve 20. století lze vysledovat částečné selhání vlivu morálky a tržních mechanismů na lidské chování, dochází k nárůstu regulace společenských aktivit politickými činiteli.²⁶⁰

V mnoha případech škodní události spojené s porušením ochranného zákona dochází současně i k zásahu do právního statku, který spadá pod ochranu generální klauzule. Jako příklad lze uvést ustanovení § 223 německého trestního zákoníku (Strafgesetzbuch – dStGB) – ublížení na zdraví.²⁶¹ Jak je patrné níže, jedná se o zákon ve smyslu koncepce ochranného zákona, který je určen k ochraně zdraví jednotlivce. Vlastně by se dalo pokračovat s odpovědností na základě porušení ochranného zákona. Současně se jedná o zásah do života/tělesné nedotknutelnosti/zdraví, jež jsou pod ochranou obecné generální klauzule. Lze dospět k názoru, že je z hlediska ochrany těchto statků zbytečné odvolávat se na koncepci ochranného zákona. To ale není úplně správné. Ve skutečnosti koncepce ochranného zákona ochranu zesiluje, protože vede k posílení povinností odborné péče. Zjednodušuje cestu k nápravě, protože si postačí s abstraktním ohrožením včetně zkráceného rozsahu požadovaného zavinění. V tomto případě spočívá funkce ochranného zákona ve zdůraznění a upřesnění norem chování.²⁶² Formulaci norem chování by často stejně dobře mohly převzít soudy. Problém je v tom, že se někdy názory soudů a zákonodárce od sebe liší a je třeba stanovit ze shora jednotná pravidla. Proto určuje zákonodárce normy chování. Kromě toho má zákonná norma větší autoritu než judikatura.

Mnohem důležitější roli hrají ochranné zákony v oblasti abstraktních ohrožovacích deliktů. Neznamená to však, že by ochranné zákony byly jedinou ochranou před nimi. Ohrožovací delikty mohou narušit i absolutně chráněné statky. Jedná se o porušení předpisů, které zakazují určitý druh chování z důvodu abstraktního ohrožení.²⁶³ Toto abstraktní nebezpečí hrozí i tehdy, když škůdce jedná způsobem, kdy se dopustí takového porušení normy, že by svým chováním mohl přivodit ohrožení chráněných zájmů. Často lze příslušnou normu poznat podle formulace: ...jednání, které je **způsobilé ohrozit...**, tj. **přivodit určité riziko**. Zákonodárce toto chování klasifikuje jako potenciálně nebezpečné, nechce je zakázat úplně, pouze v případě, když je spojeno s jinými okolnostmi nebo jsou splněny určité podmínky. Trestné je jen takové chování, které vykazuje potenciální nebezpečnost, kterou předpokládá

²⁵⁹ Brüggemeier G., *Haftungsrecht*, Nomos, Baden-Baden 1986, 465, m.č. 790.

²⁶⁰ Brüggemeier, *Prinzipien*, 535.

²⁶¹ Schwarz G.C., Wandt M., *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, Franz Vahlen Verlag 2011, 366, m.č. 7.

²⁶² Larenz K., Canaris C.-W., *Lehrbuch des Schuldrechts. Band II. Besonderer Teil. Halbband 2*, C.H.Beck 1994, 431.

²⁶³ KBB/*Karner*, § 1311, 1479, m.č. 3.

skutková podstata normy.²⁶⁴ Podle toho vzniká i příslušný nárok na náhradu škody, za předpokladu, že vznikla skutečná škoda.

Další významnou roli, která je pro tuto práci důležitá, hrají ochranné zákony při určení nahraditelnosti škody. Pod ochranu shora uvedených chráněných statků v zásadě nespádají majetkové škody (čisté ekonomické újmy – *pure economic loss, reiner Vermögensschaden*), pokud k nim dojde nezávisle na porušení chráněného statku. Čistá ekonomická škoda se nahrazuje v platném právu většiny právních řádů (s výjimkou např. českého, jak dále uvidíme) jen v omezeném rozsahu, pokud ano, tak je tomu právě v případech, že tak určí dotčená ochranná norma.²⁶⁵ Je tomu tak proto, že se nejedná o porušení již konkretizovaných a právem uznaných pozic, že ekonomické zájmy třetích osob jsou pro druhé jen velmi těžko seznatelné, a že zde existuje nebezpečí bezbřehosti povinnosti k náhradě škody.²⁶⁶

Nanejvýš lze tyto škody nahradit jako ušlý zisk v kontrastu se skutečnou škodou (viz např. § 1293, druhá věta Všeobecného zákoníku občanského ABGB: „*Tím se liší ušlý zisk, který lze za běžných okolností očekávat.*“ a § 1331 ABGB, druhá část věty za středníkem „[...] bude oprávněn požadovat i ušlý zisk [...]“; § 252 první věta BGB²⁶⁷: „*Náhrada škody zahrnuje i ušlý zisk*“; „*Od toho se odlišuje zisk, který lze při pravidelném běhu věci očekávat*“; § 379 obchodního zákoníku: „*Nestanoví-li tento zákon jinak, nahrazuje se skutečná škoda a ušlý zisk.*“). Tudíž nelze jednoduše požadovat náhradu za snížení zisku podniku v důsledku protiprávního jednání jiné osoby. (Viz exkurz níže k otázce zavedené a provozované živnosti). Odpovědnostní normy, které vychází z ochranných zákonů, v první řadě zajímá pouze skutečnost, zda jednání popsané v ochranném zákoně vedlo k takové škodě, které je třeba zabránit, a obecně již nehledí na druh vzniklé škody. Tento druh zabranitelné škody může být výslovně stanoven v ochranném zákoně nebo může vyplynout ze smyslu zákona. Hlavní funkcí je tudíž rozšířit nahraditelnost obecných a primárních (čistých ekonomických) majetkových škod.²⁶⁸ Z hlediska historického vývoje tato funkce nebyla úkolem ustanovení § 1311 ABGB, věty druhé, druhého případu, protože rakouské odpovědnostní právo neznalo omezení nahraditelných poškozených zájmů. Vzhledem k tomu, že zákonodárce v určitých případech uznal nutnost chránit majetkové zájmy, mohly být za určitých okolností i čisté ekonomické zájmy pod ochranou generální klauzule.²⁶⁹

²⁶⁴ Karollus, 273.

²⁶⁵ Fenyves A., Haftung für Schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten, in: Griss I., Kathrein G., Koziol H., Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Springer Verlag 2006, 47, 52, m.č. 16.

²⁶⁶ Koziol H., Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273, 274.

²⁶⁷ 2. věta: Za ušlý zisk je považován zisk, který bylo možno pravděpodobně očekávat při pravidelném běhu věci nebo podle zvláštních okolností, zejména podle učiněných příprav a opatření.

²⁶⁸ Larenz, Canaris, 431.

²⁶⁹ Karollus, 7.

c) Vlastnost ochranného zákona: charakter normy, individuální ochrana ve prospěch poškozené osoby

Nejdříve je třeba zjistit, zda se jedná o ochranný zákon ve smyslu odpovědnostní normy. Předpokládá to, že se jedná o normu v podobě zákona, jehož účelem je mimo jiné ochrana individuálních zájmů.

i) Charakter normy

Príslušná ustanovení hovoří o zákoně (§ 823 odst. 2 BGB, § 1311 ABGB), popř. o zákonné povinnosti (§ 2910 druhá věta nového občanského zákoníku). Pokud by se mělo výslovně jednat o zákony, tj. o normy se slovem zákon v názvu, byl by rozsah nároků na náhradu škody značně omezen. Samozřejmě, že mají příkazy a zákazy, které považuje zákonodárce za nejdůležitější, podobu formálního zákona v užším slova smyslu, ale soužití lidí značně ovlivňují i jiné normy, jejichž smyslem je ochrana individuálních zájmů.

Německé právo poukazuje na čl. 2 úvodního zákona k občanskému zákoníku (EGBGB), který určuje, že „*zákonem v pojetí občanského zákoníku je [...] jakákoliv právní norma*“. Kromě zákonů se tím míní i vyhlášky a statut obce, předpisy, k jejichž interpretaci a doplnění je zapotřebí rozhodnutí správního orgánu, zvykové právo (nemusí se jednat o psaný „zákon“). Vyloučena jsou pravidla soukromých svazů (s výjimkou statutů, pokud byly vydány na základě kompetence k tvorbě právních norem²⁷⁰), z důvodu, že tato ustanovení nevznikají na základě normotvorné kompetence.²⁷¹ Ani rakouské civilní právo nevyžaduje formální zákony, nýbrž zákony v materiálním pojetí: „*Tudíž se může jednat i o vyhlášky nebo o rozhodnutí správních orgánů, které rozhodly na základě zákona.*“²⁷² Co se týče § 2910 věty druhé nového českého občanského zákoníku, lze silně předpokládat, že zákonná povinnost na tomto místě není chápána pouze jako povinnost daná zákonem. Důvodem je, že výrazným vzorem této normy je § 823 odst. 2 BGB. Dokud má „zákon“ normativní charakter,²⁷³ hraje vedlejší roli nejen druh ustanovení, nýbrž i jeho původ, tj. právní oblast, ze které ustanovení pochází. Zejména se to týká trestněprávních a veřejnoprávních předpisů,²⁷⁴ které jsou rovněž ochrannými zákony.

²⁷⁰ Rozsudek BGH ze dne 9.12.1964, NJW 1965, 2007.

²⁷¹ Larenz, Canaris, 433

²⁷² Koziol, Haftpflichtrecht II, 102.

²⁷³ Kötz H., Wagner G., Deliktsrecht, Wolters Kluwer 2006, 93, m.č. 226.

²⁷⁴ Jedná se o abstraktní, předem stanovená, závazná pravidla chování, jejichž platnost se vztahuje na blíže neurčitý okruh osob. Viz Knapp V., Teorie práva, C.H.Beck 1995, 130 atd.

Ani evropské právo nezaujímá zvláštní postavení. Požadovaný charakter ochranného zákona má jak primární, tak sekundární právo, pokud si nárokuje přímý účinek ve vztahu k občanům. Z pohledu Soudního dvora je náhrada škody v důsledku porušení přímo účinných předpisů EU nejen přípustná, nýbrž dokonce i žádoucí s tím, že zatím účel individuální ochrany nehraje vůbec žádnou roli (viz níže).²⁷⁵ (K tomu viz níže rovněž pojednání k ustanovení § 33 zákona proti porušování hospodářské soutěže – GWB).

Podle německé judikatury musí ochranné zákony splňovat ještě další podmínku: Musí formulovat určitý příkaz nebo zákaz a nesmí obsahovat pouze všeobecné principy.²⁷⁶ Nejasně formulovaná ustanovení nebo ustanovení v podobě všeobecných principů nelze podle tohoto kritéria považovat za ochranné zákony. Tendence zavést určitost normy jako její další kritérium se pravděpodobně zakládá na automatickém a nepromyšleném převzetí tohoto kritéria z předchozího ustanovení, které platilo před zavedením německého § 823 odst. 2 BGB. Jedná se o ustanovení § 26, díl první, šestý titul Pruského všeobecného zemského práva z roku 1794.²⁷⁷ V odborné literatuře je koncepce určitosti normy přehlížena, nebo dokonce odmítána.²⁷⁸ A to právem. Nebylo by totiž správné vyloučit delikty způsobující protiprávní výsledek.

ii) Ochrana individuálních zájmů

Druhým kritériem, které musí být splněno, aby se dalo hovořit o ochranném zákonu, je, zda zkoumaný zákon poskytuje ochranu individuálních zájmů. Tudíž jsou vyloučeny zákony, jejichž účelem je chránit obecné zájmy. Ochranný zákon ale nemusí sloužit výhradně k ochraně individuálních zájmů. Stačí, když je má chránit vedle jiných zájmů. Dokonce se o ochranný zákon jedná i tehdy, když zákon v první řadě sleduje ochranu obecných zájmů.²⁷⁹ Ochrana veřejnosti je ale málokdy samoúčelná. Slouží totiž, i když někdy pouze nepřímo, také k ochraně jednotlivce. Tudíž je vždy třeba zkoumat, zda norma svou funkcí, která jí v kontextu s úpravou náleží, slouží k cílené ochraně jednotlivce či nikoliv.²⁸⁰ Podle převažujícího mínění slouží pouze k ochraně veřejnosti např. tyto normy: porušení zemského

²⁷⁵ MüKo/Wagner, § 823, 1893, m.č. 336.

²⁷⁶ Rozsudek BGH ze dne 26. 5. 1961, GRUR 1962, 159, 162 – Blockeis.

²⁷⁷ Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2005, 13. vydání/Spickhoff, § 823, 118, m.č.196

²⁷⁸ MüKo/Wagner, § 823, 1895, m.č. 339.

²⁷⁹ Staudinger/Hager, § 823, 339, m.č. G 19. K tomu rovněž rozsudek BGH ze dne 9. 12. 1964, NJW 1965, 2007: „Zmíněná ochrana nemusí podle záměru zákonodárce nutně tvořit hlavní účel ustanovení. Ochrana, na kterou se žalobce odvolává, může být i vedlejším účelem vedle jiného hlavního účelu ustanovení.“

²⁸⁰ Soergel/Spickhoff, § 823, 117, m.č. 195.

míru (násilí proti skupině obyvatelů) (§ 125 dStGB)²⁸¹ nebo nenahlášení plánovaných trestných činů (§ 138 dStGB)²⁸².

Přitom nezáleží na účincích zákona, nýbrž na jeho obsahu. Podstatná je také otázka, zda zákonodárce při vydání normy chtěl (mohl chtít) chránit jednotlivce, anebo pro něj byla (mohla být) ochrana jednotlivce alespoň žádoucí vedle jiných záměrů.²⁸³ Ke zjištění, na co se zákonná ochrana zaměřuje, jsou k dispozici dva přístupy – lze použít subjektivní (tj. vůle zákonodárce) a objektivní přístup (aspekty rozumného obsahu normy).²⁸⁴ Problémem první zjišťovací metody je častá absence pramenů, z nichž by bylo možné zjistit vůli zákonodárce. Legislativní podklady, pokud jsou k dispozici, se často nevyjadřují k otázce předmětu individuální ochrany, a tudíž bývá tento způsob pátrání často bezvýsledný. Proto dochází k aplikaci druhé metody, metody hledání rozumného obsahu normy, při níž se použijí běžné metody interpretace zákonů – použije se interpretace logická, systematická atd. – nikoliv teleologická: Účel zákona totiž nelze k interpretaci použít, když je předmětem našeho pátrání a snažíme se jej zjistit.²⁸⁵

Nelze konstatovat, že zkoumaná norma sleduje ochranu individuálních zájmů, pokud toto zjištění neodpovídá systematické odpovědnostního práva. Ochrana individuálních zájmů nesmí vést k bezmeznému rozšiřování oblasti použití ochranných zákonů. Zejména by tím nemělo docházet k faktickému smazání rozdílů mezi zásahem do právních statků a vznikem čistých ekonomických škod, které si nezaslouží tak silnou ochranu).²⁸⁶ Proto nestačí, když zkoumaná norma přináší jednotlivcům nebo skupině osob výhody, které nejsou jejím záměrem s ohledem na její pořádkovou funkci. Tato nepřímá ochrana může být pouze odrazem působení zákona a tento odraz se nemůže stát základem civilněprávní odpovědnosti.²⁸⁷

Málokdy se nepodaří přisoudit zkoumanému předpisu vlastnost ochranného zákona z důvodu, že by předpis nesplňoval charakter individuální ochrany. Tudíž nemá tento požadavek příliš velkou praktickou hodnotu.²⁸⁸ Alespoň slouží k vyloučení očividně nevhodných norem od samého počátku ze zkoumání.

Toto obecné kritérium je nutné přísně oddělit od otázky, zda konkrétní poškozená osoba a její újma spadají pod ochranu zkoumané normy (viz níže).

²⁸¹ Larenz, Canaris, 443.

²⁸² Staudinger/Hager, § 823, 339, m.č. G 19

²⁸³ Rozsudek BGH ze dne 14. 6. 2005, NJW 2005, 2923, 2924.

²⁸⁴ Kötz, Wagner, 93, m.č. 227.

²⁸⁵ MüKo/Wagner, § 823, 1898, m.č. 346.

²⁸⁶ Kötz, Wagner, 94, m.č. 227.

²⁸⁷ Staudinger/Hager, § 823, 339, m.č. G 19.

²⁸⁸ Larenz, Canaris, 433.

d) Metodika zjišťování ochranného účelu

Dospějeme-li k názoru, že zkoumaná norma má vlastnost ochranného zákona, neznamená to automaticky, že lze na jejím základě požadovat náhradu veškerých škod, které vznikly jejím porušením. Zejména se náhrada nemusí týkat právě té škody, která má být v daném případě nahrazena. Jak již bylo naznačeno, existuje obava, že by koncepce ochranného zákona mohla vést k bezmeznému rozšíření náhrady škod a sloužit k obcházení rozlišování mezi porušením právního statku a pouhými „ekonomickými“ škodami. Kromě toho by měla být náhrada škody přisouzena pouze v případech, kdy je její přisouzení po zohlednění veškerých aspektů právní politiky odůvodněné. Proto se nelze obejít bez vymezení ochranné působnosti ochranného zákona. Jedná se o složitý proces, který by neměl být založený na chaotickém hledání a měl by probíhat na základě určité metodiky. Proto se další text zabývá metodikou zjišťování ochranného účelu.

Zjišťování ochranného účelu není nic jiného než interpretace zkoumané normy. Vlastně se jedná o zvláštní druh interpretace normy: Nezjišťuje se význam textů zákona, nýbrž jejich ochranný účel.²⁸⁹ Ke klasickým metodám interpretace patří: metoda gramatická (podle znění a struktury textu), systematická (podle umístění normy v kontextu právního předpisu), teleologická (interpretace *e ratione legis (smyslem, účelem, rozumem zákona)*²⁹⁰, podle *telos*, tzn. podle smyslu a účelu zákona *hic et nunc (zde a nyní)*), logická metoda (podle interpretačních pravidel logiky, např. *argumentum e contrario/důkaz podaný na základě opaku* nebo *lex specialis derogat legi generali (zvláštní zákon vyjímá z (platnosti) zákon obecný)*), historická metoda (hledání záměru zákonodárce) a právně srovnávací metoda (analýza příslušné úpravy v jiných právních předpisech, popř. v jiných právních řádech). V současnosti je teleologická interpretace často považována za stěžejní interpretační metodu, která je rozhodující v případě pochybností. Avšak je pro mnohé sporné, zda je teleologický výklad použitelný i při hledání ochranného účelu normy. Zatímco jedni teleologickou interpretaci považují za samozřejmost,²⁹¹ naráží u druhých na odpor. Svůj zamítavý postoj odpůrci odůvodňují tím, že při hledání účelu normy nelze podle logiky věci k jejímu výkladu použít její účel, který je vlastně hledán.²⁹² Nespočívá ale teleologický výklad normy právě

²⁸⁹ Schmiedel B., *Deliktobligationen nach deutschem Kartellrecht. Erster Teil*, Mohr Siebeck Verlag 1974, 141.

²⁹⁰ V. Knapp přiřazuje výklad *e ratione legis* ovšem historické interpretaci – podle něj má tato interpretace vycházet ze známého nebo domnělého záměru zákonodárce. Nakonec ji ale zavrhne s odůvodněním, že by se zákon neměl vykládat podle doby jeho vydání nýbrž podle doby jeho uplatnění. Knapp, 171.

²⁹¹ „Soud musí ochranný zákon teleologicky interpretovat, aby zjistil, zda měl zákon zabránit určité škodě, která vznikla v konkrétním případě.“ Takto se vyjádřil rakouský OGH ve svém rozsudku sp.zn. 8 Ob 242/78 ze dne 15. února 1979, SZ 20/52, 78, 80. Viz rovněž např. Koziol, *Grundfragen*, 280, m.č. 7/19.

²⁹² MüKo/Wagner, 1898, m.č. 347.

v hledání odpovědi na otázku, jaký je její účel?²⁹³ V tom se názory rozcházejí. Zatímco pro jedny je teleologickým výkladem hledáním smyslu zákona,²⁹⁴ pro druhé to znamená pouze, že, pokud lze normu interpretovat vícero možnými způsoby, je nutno vybrat ten, který odpovídá jejímu účelu.²⁹⁵ K tomu je však třeba znát jejího účelu. Metoda je tedy aplikovatelná pouze tam, kde je účel zákona bezpečně znám. Jak se však tohoto účelu dobrat, již zastánci takového chápání neříkají. Pravděpodobně předpokládají, že jej lze nalézt v historických pramenech (tedy zejména v důvodové zprávě k dané normě), to by však byl již historický výklad a nikoli výklad teleologický. Ani gramatický výklad se podle názoru B. Schmiedela příliš nehodí.²⁹⁶ Na druhé straně je pro zjišťování ochranného účelu normy ideálním nástrojem trojice pravidel podle Schmiedela. Jedná se o jeho tzv. tři kánony výkladu. Pro zjištění ochranného účelu jmenuje Schmiedel tyto tři vodítka: strukturu normy, její kontext a historický vývoj jejího vzniku. Přestože tyto zjišťovací metody jsou uvedené v určitém pořadí, neměla by se z jejich pořadí, ve kterém jsou uvedené, odvozovat žádná priorita, žádné pořadí důležitosti.

Zjišťování účelu na základě struktury normy: K tomu vytvořil Schmiedel osm schématických pravidel. Jednoduše řečeno, když je v normě zmínka o předmětu, který je vystavený porušení nebo ohrožení, lze z toho usoudit, že má norma tento předmět i chránit, že je jejím účelem jeho ochrana. Požaduje-li norma, aby byl uvedený předmět přidělený k určitému subjektu, má se za to, že norma sleduje i ochranu tohoto subjektu. Ze skutečnosti, že se norma o daném předmětu nebo subjektu zmiňuje, lze vyvodit, že má chránit pouze zmíněný předmět nebo subjekt a není účelem zkoumané normy ochrana jiného předmětu nebo subjektu. Pokud má skutková podstata normy více variant, lze v zásadě vycházet z toho, že všechny alternativy její skutkové podstaty sledují tu samou ochranu. Pokud je určitý ochranný účel neslučitelný s určitou variantou skutkové podstaty, lze z toho vyvodit, že norma tento ochranný účel vůbec nesleduje. K tomu je ovšem nutné poznamenat, že ne každý subjekt, který je uvedený v normě, lze považovat za subjekt, který je touto normou chráněn. Například se může jednat o samotného pachatele.²⁹⁷

Zjišťování účelu v kontextu celého ustanovení: Savigny popisuje tuto metodu jako „vysvětlení vadných částí zákona jeho jinými částmi“ a jedná se podle něj o nejbezpečnější ze

²⁹³ Melzer F., Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.Beck 2010, 158, m.č. 165.

²⁹⁴ Larenz K., Canaris C.-W., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag 1995, 3. vyd., 153.

²⁹⁵ Melzer, 159, m.č. 165.

²⁹⁶ Schmiedel, 144.

²⁹⁷ Schmiedel, 173.

všech metod výkladu.²⁹⁸ K tomu sice Schmiedel nevytvořil žádná schématická pravidla, ale i tato pravidla se dají vyčíst:²⁹⁹ 1) Souvislost s jinými ustanoveními připadá pouze tehdy v úvahu, když je za a) vydal stejný zákonodárce (zejména v případě, když se nachází ve stejném zákoně a žádné z nich nepochází z pozdější novely); nebo za b) když lze u nich předpokládat, že na ně bral zákonodárce vědomě zřetel (např. pokud zákonodárce vsunul normu do stávajícího zákona nebo do jeho vnějšího uspořádání). Nelze ale opomenout, že zákonodárce je sice vyšší institucí, tvoří ho ale lidé a žádný člověk není neomylný. Proto ani zákonodárce nepostupuje vždy logicky, což mimochodem předvedl již samotný Justinián ve svých souhrnných sbírkách (Institucích, Digestech a Codexu).³⁰⁰ Zákonodárce mohl tyto části klidně i náhodně seřadit. Názorným příkladem je české zákonodárství v oblasti životního prostředí se svými přílepkami. 2) Dále spolu souvisí normy, které jsou součástí komplexu norem sestaveným pod jednotným aspektem jejich účelu, tj. tehdy, když předchází a následující předpisy, které jsou v souvislém, nepřerušeném pořadí, sledují ochranu určitého právního statku.³⁰¹ 3) (Říšský soud) kromě toho uznával potřebu chránit subjekt, který získal procesně právní postavení na základě jiného ustanovení stejného zákona než je norma, jejíž porušení způsobilo škodu danému subjektu.³⁰² Avšak je třeba zkoumat, zda mu tato pozice byla propůjčena k prosazení vlastních zájmů.

Zjišťování účelu z historického vývoje vzniku normy: Účel se zjišťuje pomocí historických pramenů. (Zejména se jedná o legislativní materiály, ke kterým patří protokoly ze schůze komisí, podklady k vypracování návrhu zákona, zprávy o zhotovení ministerského návrhu zákona, protokoly z porad zákonodárných sborů a jejich výborů, důvodové zprávy, memoranda atd., nikoliv však jiné dokumenty z historie jejího vzniku, např. předchozí judikatura nebo dřívější zákony³⁰³). I pro tento postup lze ze Schmiedelova díla vyčíst několik pravidel:³⁰⁴ 1) Poukazují historické pramenné zdroje soustavně a důrazně na určité zájmy, o kterých se při vzniku normy diskutovalo jako o podstatných zájmech, je třeba vycházet z toho, že chráněny mají být právě tyto zájmy a žádné jiné. 2) Má se za to, že předmětná norma nikdy nesledovala ochranu zájmů, o nichž nikde neexistuje ani zmínka, přestože se jejich ochrana může z objektivního hlediska jevit jako představitelná. 3) Dále je třeba

²⁹⁸ Savigny F.C. von, System des heutigen römischen Rechts. Band I, Veit & Comp. 1840, 223.

²⁹⁹ Viz zejména Breikreuz F., Das Kartellverbot als Schutzgesetz. Ein Beitrag zum Drittschutz im Kartellrecht, Dr. Kovač Verlag 2005, 35 atd.

³⁰⁰ Schmiedel, 192.

³⁰¹ Breikreuz, 35.

³⁰² Rozsudek RG ze dne 15. března 1912, RGZ 79, 85.

³⁰³ Výjimku z tohoto pravidla je nutné učinit, pokud je cílem nového zákona změna právní praxe, zejména pokud chce zákonodárce ukončit zavedenou soudní praxi. V tomto případě lze vyčíst, že jeho cílem není ponechat dosavadní stav.

³⁰⁴ Podle Breikreuz, 36 v rámci pojednání

vycházet z toho, že předmětná norma nesleduje ochranu zájmu, o kterém se sice během jejího vzniku diskutovalo, který ale nebyl ve znění normy zohledněn.

e) Ochranná působnost normy (Schutzbereich der Norm)

Ručí se pouze za škody, které spadají pod ochranný účel normy, za škody, kterým se norma snaží zabránit. Tyto škody patří do tzv. ochranné působnosti normy (*Schutzbereich*). Pokud škody nejsou podchyceny ochranným účelem, jedná se o nepřímé škody, které v zásadě nelze nahradit.³⁰⁵

Ochrannou působnost normy definoval Max Rümelin již na přelomu 19. a 20. století: „*Delikvent je povinný poskytnout náhradu pouze tomu, jehož ochranu porušená norma sleduje. Musí se jednat vyloženě o zásah do právního statku, k jehož ochraně je norma určena. Tím to ale zdaleka nekončí. Musí se jednat o zásah do právního statku postupem, kterému má příslušná ochranná norma zabránit, jinými slovy, musí při tom nastat riziko, na které je ochranná norma zaměřena.*“³⁰⁶

Tyto tři věty vymezují tři předpoklady, které musí být splněny, aby bylo možné aplikovat určitý ochranný zákon v konkrétním případě: Škody musí spadat do ochranné působnosti normy z hlediska osobního (i), z hlediska předmětu ochrany (ii) a z hlediska způsobu porušení normy, kdy se jedná o tzv. modální ochranu (způsobovou ochranu) (iii). Rozlišování ochranné působnosti normy na tři podskupiny zatím nikdo neodůvodnil, ani Max Rümelin ani jeho následovníci.³⁰⁷

i) Osobní ochranná působnost normy (persönlicher Schutzbereich)

Zkoumaná norma sice může splňovat podmínky ochranného zákona, ale nemusí to nutně znamenat, že by konkrétní poškozená osoba mohla z něj vyvodit nárok na náhradu její škody.³⁰⁸ Určení, zda poškozený patří do okruhu chráněných osob či nikoliv, je otázkou výkladu: Dotyčný může být přímo uvedený v normě nebo lze jeho příslušnost k okruhu chráněných osob vyvodit z kontextu. Podle judikatury rakouského Nejvyššího soudu se ochranná působnost normy omezuje pouze na osoby, které se ocitnou v nebezpečí „**oprávněně**“. Norma nechrání osoby, pokud se dostanou do nebezpečí neoprávněně, například tehdy, pokud se poškozený o své vůli vydá do nebezpečí, které je schopen

³⁰⁵ Koziol, *Haftpflichtrecht I*, 247, m.č. 8/19.

³⁰⁶ Rümelin, *AcP* 90, 309.

³⁰⁷ Schmiedel, 109.

³⁰⁸ Larenz, *Canaris*, 443.

předvídat.³⁰⁹ To však neznamená, že by jakákoliv neopatrnost poškozeného umožňovala škůdci zbavit se odpovědnosti.³¹⁰ Naopak je třeba zvážit všechny okolnosti případu.

ii) Věcná ochranná působnost normy (sachlicher Schutzbereich)

Zjistíme-li bezpečně, že poškozený patří do okruhu chráněných osob, je třeba zkoumat jako další předpoklad, zda do věcné ochranné působnosti normy patří i právní statek, na kterém vznikla škoda. Samotný poškozený může být sice zahrnut do osobní ochranné působnosti, přesto může být odpovědnost škůdce stále vyloučena, pokud zasažený právní statek není pod ochranou porušené normy. Na tomto místě je třeba zohlednit spíše zdrženlivý postoj vůči nahraditelnosti čistých ekonomických škod v judikatuře a v odborné literatuře, podle nichž se u majetku musí v zásadě jednat o právní statek, který norma chrání primárně a bezprostředně. V ostatních případech nelze na základě porušení této normy uplatňovat náhradu škody na zmíněném majetku. Tudíž odmítá německá judikatura uznat nároky na náhradu primárních ekonomických škod v případě porušení norem, které byly vydány za účelem ochrany života, zdraví a vlastnictví.³¹¹

iii) Modální, způsobová (funkcionální) ochranná působnost normy (modaler/funktionaler Schutzbereich)

Toto vymezení odpovědnosti zohledňuje skutečnost, že jednotlivé normy chování vydané k ochraně určitých statků chrání před zásahem do těchto statků jen tehdy, pokud tento zásah probíhá určitým způsobem popř. z určité strany.³¹² Týká se to mnoha správních norem, které mají chránit absolutní práva pouze před určitými zásahy, tj. pouze tehdy, kdy se projeví specifický druh nebezpečí. Koncepce ochranných norem ale nemůže sloužit k tomu, aby se do ochranné působnosti deliktního práva obecně zahrnovaly čisté ekonomické zájmy. Tudíž se mnoho ochranných zákonů z oblasti trestního práva vztahuje vždy pouze na určitý způsob provedení zásahu nebo porušení.³¹³ Platí to například i v oblasti soutěžního práva včetně čistých ekonomických škod vzniklých v jeho rámci. Vzhledem k tomu, že jim chybí hmotná podstata, nejsou tak lehce rozpoznatelné pro okolí. Bylo by neúnosným omezením osobní svobody, kdyby existovala povinnost brát obecně ohled na veškeré majetkové újmy, které by

³⁰⁹ Rozsudek OGH sp.zn. 2 Ob 192/70 ze dne 9. 7. 1970, SZ 43/132, 480.

³¹⁰ Rozsudek OGH sp.zn. 4 Ob 551/92 ze dne 24. 11. 1992.

³¹¹ Larenz, Canaris, 443.

³¹² Rozsudek OLG München ze dne 14. června 1986, VersR, 1983, 887, 888.

³¹³ MüKo/Wagner, § 823, 1899, m.č. 349.

mohly nastat. Kvůli omezení svobody je, mnohdy odsuzovaný, režim vymezení ochranné působnosti normy podle způsobu porušení práva třeba nastavovat velmi pečlivě. Podle Karolluse³¹⁴ je v zásadě nutné najít „rozumnou rovnováhu mezi svobodou jednání a ochranou třetích osob formou poskytnutí nároků na náhradu škody.“ Jde totiž o to, že by „samotná povinnost brát ohled na veškeré rozpoznatelné popř. známé pozice jiných osob vedla k přílišnému omezení svobody jednání a znemožňovala by rozumnou hospodářskou soutěž.“ Individuální volnost pohybu má přednost a typy jednání jsou sankcionovány pouze v případě, že k tomu existují zvláštní důvody.

2. Ochranná působnost normy v případě generálních klauzulí

Jak již bylo shora zmíněno, neexistuje důvod neaplikovat vymezení rozsahu odpovědnosti stanovením a použitím ochranného účelu i v případě všeobecných generálních klauzulí. Avšak je zapotřebí detailní analýzy porušené povinnosti, která stojí za normou, včetně detailní analýzy rozsahu ochrany vymezeného touto povinností, kterou škůdce porušil.³¹⁵

Je třeba rozlišovat mezi dvěma typy generálních klauzulí. První z nich fungují v systému, který chrání pouze určité právní statky, tzv. absolutní práva. U těchto generálních klauzulí se ochranná působnost normy podle chráněných osob kryje s okruhem subjektů právního statku. Každý z nich může požadovat náhradu škody od osoby, která mu protiprávně (a zároveň zaviněně) zasáhla do jeho právních statků. Věcná ochranná působnost normy je vymezena druhem poškozeného zájmu. Určení funkcionální ochranné působnosti normy by mohlo působit potíže, protože neexistují žádné **konkrétní příkazy nebo zákazy** chování. Nutno podotknout, že i odpovědnost na základě generální klauzule zaměřené na ochranu určitého statku vyžaduje, aby byla splněna protiprávnost. Na tomto místě se zkoumá, zda bylo právo porušeno způsobem, kvůli kterému existuje povinnost k pečlivému zacházení s věcí nebo k určitému způsobu chování.³¹⁶ Tyto povinnosti vyplývají z charakteru chráněných právních statků (např. v případě ochrany vlastnictví může povinnost k určitému způsobu chování spočívat v zákazu ničit cizí majetek [auto]; v případě ochrany zdraví/ života může tato povinnost spočívat v příkazu poskytnout pomoc lidem v nouzi [za určitých okolností, podle kvalifikace pomáhající osoby]).³¹⁷ V případě porušení kartelového práva nefigurují porušené právo obvykle na seznamu chráněných absolutních práv. Jak lze vidět později, jedná se většinou o čisté ekonomické škody a samotný majetek ve výčtu chráněných absolutních práv

³¹⁴ Karollus, 48.

³¹⁵ Lange, 45.

³¹⁶ MüKo/Wagner, § 823, 1875, 291.

³¹⁷ Koziol, Haftpflichtrecht I, 254, m.č. 8/34.

nefiguruje. Tudíž nemůže poškozený opřít svůj nárok o tuto generální klauzuli, když není naplněna její veškerá skutková podstata. Proto nelze zpravidla použít generální klauzuli, která se vztahuje na absolutní práva, resp. v zásadě ji nelze použít. V průběhu let byla totiž vyvinuta právní konstrukce, pomocí které je přece jenom možné zahrnout určité ekonomické škody pod generální klauzuli chránící absolutní práva. Jedná se o právo k zavedené a vykonávané živnosti (*Recht auf eingerichtetes und ausgeübtes Gewerbebetrieb*). (Viz exkurz k tomuto právu.) Ještě složitější je to v případě generálních klauzulí, které nedisponují předem definovaným okruhem chráněných právních statků a neposkytují jasné demarkační hranice ke zjišťování ochranné působnosti normy. U této druhé skupiny generálních klauzulí je nejprve třeba použít interpretaci, aby bylo lze zjistit okruh chráněných právních statků a stanovit ochrannou působnost normy. Prozatím k tomu není k dispozici žádná ze dvou dosud zmíněných metod vymezení, kterými si lze vypomoci (konceptí ochranného zákona nebo vymezením na základě absolutních práv) a je třeba najít jiná vodítka (např. účel normy nebo systematika práva atd.). Vyvstává otázka, zda soudy – vědomě či podvědomě – aplikují zjišťování ochranné působnosti i v těchto případech, nebo sahají k jiným prostředkům vymezení.

a) Věcná ochranná působnost normy

Dobrou ukázkou tohoto druhu normy je platné české právo, které se sice hlásí ke kořenům Všeobecného zákoníku občanského,³¹⁸ nicméně je mu cizí koncepce ochrany před zásahem do absolutních práv. Prvním krokem k vymezení ochranné působnosti normy je zjistit, co norma chápe pod pojmem škody. Ani v těchto právních systémech nelze uznat jakékoliv poškození za škodu, za níž lze požadovat náhradu. S největší pravděpodobností bude výsledkem obdoba zásahu do vlastnictví, určitých práv a zdraví. To není příliš uspokojivé. Zůstává stále velký prostor, který je třeba dále vymežit. Vyvstává otázka, zda je skutečně na místě učinit další krok – snažit se zjišťovat, které právní statky chtěl zákonodárce porušenou normou chránit, v jakém rozsahu je chtěl chránit a proti jakému druhu porušení. Nebylo by lepší zahrnout toto zjišťování do kauzálních souvislostí (v rámci otázky, zda byl škůdce schopen předvídat, že porušením zkoumané normy dojde k zásahu do určitého právního statku)?

b) Osobní ochranná působnost normy

³¹⁸ Viz např. Eliáš a kol./*Eliáš*, § 420, 797.

Osobní ochranná působnost by měla i v případě druhého typu generální klauzule zůstat omezena na nositele dotčených právních statků. To ale stejně jako v předchozím případě příliš nepomůže. Stejně jako v předchozím lze vycházet z předpokladu, že se jedná o osoby, které v rámci porušené normy podle jejího zaměření přicházejí jako dotčené osoby v úvahu. Vodítka ke zjištění, kterých osob se norma týká, mohou být buď obsaženy v samotné normě, nebo je třeba tato vodítka najít pomocí výkladu (teleologická, systematická metoda, metoda podle historie vzniku normy). Chybí-li toto vymezení, lze dospět k závěru, že protiprávní poškození zakládá nárok na náhradu škody pro každou osobu poškozenou nějakým způsobem³¹⁹ a nárok lze teprve vymežit v rámci zkoumání kauzálních souvislostí.

c) Funkcionální ochranná působnost normy

Právě zmiňované generální klauzule vyžadují protiprávnost. I v tomto případě je dopad funkcionální ochrany vymezen tím, jak je protiprávní jednání popsáno v normě. Např. český právní řád ve své generální klauzuli občanského zákoníku vymezuje protiprávnost porušením právních povinností. Tudiž musí existovat určitá právní norma, kterou škůdce porušil a jejíž porušení vedlo k předmětné škodě. Tím, jak se zjišťuje funkcionální ochranná působnost normy, se současně vymezí, zda v tomto případě existuje právní povinnost či nikoliv. Pokud se taková povinnost stanoví a neexistuje důvod, proč by tato povinnost neměla platit i pro škůdce, spadají do ochranné působnosti normy škody způsobené porušením právní povinnosti.

d) Exkurz: Právo k zavedené a vykonávané živnosti (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)

V souvislosti s generální klauzulí spojenou s ochranou právních statků je (zejména s ohledem na kartelové právo) na místě zmínit se o jiném aspektu: Jedná se o právo k zavedené a vykonávané živnosti (neboli právo k podniku) jako jiné absolutní právo ve smyslu § 823 odst. 1 BGB. Nicméně tento druh absolutního práva, kterému se ještě před německým říšským soudem dostalo uznání, nemá příliš velké pochopení. Úkolem této konstrukce je vlastně propašovat zadními vrátky při zvláštní konstelaci nárok na náhradu čistých ekonomických škod, přestože by tyto nároky měly být přisuzovány pouze výjimečně. Zastánci tohoto druhu ostatního práva svůj názor odůvodňují tím, že německý občanský zákoník nechrání

³¹⁹ Švestka, Spáčil, Škárová, Hulmák a kol./Škárová, § 420, 1203, m.č. 2.

podnikatele dostatečně před ekonomickými škodami.³²⁰ Kartelové škody představují takové ekonomické škody, a pokud by neexistovala speciální úprava umožňující jejich náhrady jiným způsobem, bylo by možno požadovat náhradu škody cestou porušení práva k zavedené a vykonávané živnosti. Pro ilustraci na tomto místě je vhodné krátce prověřit ochrannou působnost normy.

Věcná ochranná působnost normy: Při porušení práva k zavedené a vykonávané živnosti se jedná o porušení konkrétního výkonu živnosti. Dotčená osoba nemůže vést svůj podnik, jako by tak činila za normálních okolností. Tato ochrana se týká přímých zásahů do samotného provozu podniku, které se neomezují na práva nebo právní statky, které lze od provozu oddělit (jedná se o tzv. provozní zásahy, tj. o zásahy ve vztahu k provozu - betriebsbezogene Eingriffe).³²¹ Vztah k provozu by měl vyplynout z nasměrování zásahu, zda zásah do provozu odpovídá záměru škůdce.³²² Další omezení se zakládá na přístupu BGH, který trvá vždy na dodržování hodnotících zásad zákonodárce, podle kterých nelze poskytnout náhradu nepřímým poškozeným, tj. osobám poškozeným nepřímo (subjektům, jejichž škoda vznikla z důvodu, že škůdce způsobil škodu jinému subjektu (který je primárním neboli přímým poškozeným)).³²³

Osobní ochranná působnost normy: Jak již napovídá samotný název, omezuje se oblast použití na podnikatele, protože jiné osoby nedisponují žádným živnostenským provozem. Pojem podnikatele je zde chápán v širokém slova smyslu a vztahuje se jak na živnostníka, tak na svobodná povolání.³²⁴ Vyloučen je spotřebitel, který utrpěl škodu v důsledku porušení kartelového práva. Účelem shora uvedeného omezení odpovědnosti na provozní zásahy je totiž umožnit prostřednictvím tohoto nástroje třetím osobám uplatnění ekonomických škod na základě práva k zavedené a vykonávané živnosti.³²⁵ Proto jsou oprávněnými osobami pouze osoby, které byly protiprávním jednáním přímo poškozeny. V předmětném případě se jedná o osoby, do jejichž živnosti škodící jednání přímo zasáhlo. Tím jsou vyloučeni odběratelé, popř. subdodavatelé přímo poškozeného podnikatele.

Funkcionální ochranná působnost normy: Právo k zavedené a vykonávané živnosti představuje tzv. otevřenou skutkovou podstatu, při které není indikována protiprávnost ani v případě přímého zásahu do tohoto práva.³²⁶ Otázku protiprávnosti je tudíž nutné zkoumat

³²⁰ Looschelders D., Schuldrecht. Besonderer Teil, Vahlen 2011, 6. vyd., 423, m.č. 1247.

³²¹ Rozsudek BGH ze dne 19. 12. 1958, BGHZ 29, 65 – *Stromkabel*.

³²² Medicus D., Lorenz S., Schuldrecht II. Besonderer Teil, C.H.Beck 2010, 454, m.č. 1314.

³²³ MüKo/Wagner, § 823, 1829, m.č. 190; rozsudek BGH ze dne 10. 12. 2002, NJW 2003, 1040, 1040.

³²⁴ Palandt/Sprau, § 823, 1318, m.č. 124.

³²⁵ Looschelders, 424, m.č. 1249.

³²⁶ Looschelders, 424, m.č. 1250.

v rámci rozsáhlého hodnocení zájmů dotčených stran (poškozeného podnikatele a škůdce).³²⁷ Při tom je třeba zohlednit zejména základní práva a svobody (např. osobní svoboda, svobodná volba zaměstnání aj.) Jak již bylo zmíněno, vyžaduje se specifický zásah do provozu, do chodu činnosti, tj. protiprávní jednání musí být namířeno proti provozu jako takovému (tj. musí narušit specifické funkce provozu) a nesmí se týkat pouze právních pozic, které lze od provozu oddělit (tj. tehdy, když škoda může teoreticky vzniknout ve sféře kterékoliv osoby). Z toho lze samozřejmě vyvodit, že by kartelová dohoda o ceně nebo o rozdělení území mohla směřovat proti provozům jiných podnikatelů, kterým dohoda brání v prodeji vlastního zboží nebo snižuje jejich prodej a zvyšuje jim náklady na prodaný kus. (Jedná se o konkurenci na stejné úrovni nebo o prodejce odebírající zboží.) Případně nejsou tyto podnikatelé (např. odběratelé vstupního materiálu pro další výrobu) kvůli zvýšeným nákladům nebo nedostatku materiálu schopni tolik vyrábět. Není ale zdaleka jisté, zda normotvůrce skutečně zamýšlel zavést právo k zavedené a vykonávané živnosti v této podobě, když se vždy jedná o **možný** ušlý zisk. Dle mého názoru to tak normotvůrce nemyslel. Útokem nedotčeno zůstalo jmění podniku jako takové a v tomto konkrétním případě lze jen stěží hovořit o absolutním právu.

Široké přiznání tohoto práva by obcházelo záměr zákonodárce, který se rozhodl neuznávat plošně nároky na náhradu čistých ekonomických škod. Podle klasických pravidel lze čisté ekonomické škody nahradit jen za určitých předpokladů a pouze v případech, kdy je to nutné a kdy se s jejich uplatněním výslovně počítá. Ačkoliv se tato zásada zdá být věcně nespravedlivá a vedla některé soudce k vyvinutí práva k zavedené a vykonávané živnosti, neznamená to, že bychom se měli jejich řešením řídit. Poté, co Říšský soud vyvinul tuto konstrukci jiného práva, měl zákonodárce spoustu příležitostí k nalezení řešení této problematiky a v mnoha případech skutečně zjednal nápravu. Skutečnost, že tak neučinil obecně a vynechal určité případy, nemůže znamenat nic jiného než to, že zákonodárce nepovažuje za nutné tyto případy zohlednit. Kromě toho lze právo k zavedené a vykonávané živnosti použít pouze subsidiárně - podpůrně,³²⁸ a ani jiné právní základy nároku nenabízejí přesvědčivější řešení, jak jsme již viděli a ještě uvidíme.³²⁹ Dokonce zastánci tohoto „ostatního práva“ souhlasí s názorem, že se jedná o záchytnou skutkovou podstatu, kterou lze uplatnit pouze podpůrně.³³⁰ Zejména v oblasti soutěžního práva je třeba uplatňovat zvláštní

³²⁷ Rozsudek BGH ze dne 24. 1. 2006, NJW 2006, 830, 840 – *Kirch/Deutsche Bank AG v Breuer*.

³²⁸ Larenz, Canaris, 543.

³²⁹ *MüKo/Wagner*, § 823, 1829, m.č. 191.

³³⁰ Looschelders, 423, 1248.

pravidla hospodářské soutěže.³³¹ Proto bychom tento režim v pojednávané oblasti práva nepoužili ani v případě, že uznáme existenci práva k zavedené a vykonávané živnosti.

3. Zvláštní zákony

Zvláštními zákony lze nazvat normy, které jsou základem nároku pro náhradu škody a lze je ve vztahu ke shora uvedeným obecným základům nároku chápat jako speciální nároky *leges speciales*. Jedná se o normy, které spojují nárok na náhradu škody s porušením konkrétního ustanovení příkazujícího určité chování. Po bližším posouzení lze zjistit, že se zvláštní zákony chovají jako ochranný zákon, s tím drobným rozdílem, že podle teorie následuje ihned sankce.

Vzhledem ke skutečnosti, že se jedná o modifikaci ochranného zákona, postupuje se při zjišťování ochranného účelu obdobně. Samozřejmě, že je možné přeskočit fázi zkoumání, ve které se zjišťuje, zda se jedná o ochranný zákon či nikoliv. Tímto způsobem se dá přímo přejít k vymezení osobní, věcné a funkcionální ochranné působnosti normy. Vzhledem k tomu, že se jedná o normy z oblasti odpovědnostního práva, mohou tyto normy zahrnovat určité úlevy, např. vymezení osobní ochranné působnosti normy stanovením oprávněných osob.

E. Konkrétní aplikace na soutěžní právo EU

Důvodem tohoto dlouhého výkladu je připravit vhodnou půdu, aby bylo možné aplikovat uvedená pravidla pro zjišťování ochranného účelu i na základy nároků jednotlivých právních řádů. Tyto základy nároků v jednotlivých právních řádech jsme identifikovali v úvodní kapitole. Vzhledem k tomu, že každý základ nároku vždy patří do jedné ze tří shora uvedených skupin odpovědnostních klauzulí, budou jednotlivé druhy klauzulí projednány podle právních řádů odděleně, avšak v poněkud změněném pořadí podle právního řádu, jehož jsou součástí, tedy nejdřív německý právní řád jako zástupce zvláštního zákona, následně rakouský právní řád jako zástupce ochranného zákona a konečně český právní řád jako zástupce právního řádu s generální klauzulí.

Nejprve bychom je nutno se zamyslet nad tím, jaký je nebo by měl obecně být ochranný účel soutěžního práva, a dále konkrétně článků 101 a 102 SFEU. Fungující nenarušená soutěž funguje jako Darwinova teorie přirozeného výběru: přežít mají pouze zdravé podniky, které v sobě spojují takové vlastnosti, které podnik vedou k dalšímu rozvoji a současně nechávají

³³¹ Rozsudek BGH ze dne 22. 12. 1961, BGHZ 36, 252, 257.

spotřebitele se na tomto rozvoji určitým způsobem podílet. Kartelové právo primárně nechrání jednotlivce, nýbrž trh, tj. trh jako takový. Kartelové právo je takovým decentrálním ovládacím nástrojem pro spravedlivé přerozdělení příjmů na základě výkonu, pro složení nabídky podle spotřebitelských preferencí, optimální alokaci zdrojů, přizpůsobení výrobních faktorů ekonomickým okolnostem a prosazení technického pokroku a pro, neméně důležité, zajištění individuální svobody jednání.³³² Vedle (nebo lépe prostřednictvím) ochrany trhu chrání článek 101 a článek 102 SFEU i obecně blahobyt spotřebitelů, což lze vyčíst z článku 101 odst. 3 SFEU. Vedle toho by však posuzovaná norma měla chránit i individuální zájmy. Těmi jsou v soutěžním právu: přístup na trh pro konkurenty, svoboda výběru trhu pro odběratele (ale i pro konkurenty) a ekonomická svoboda jednání.³³³ Přitom byl vysloven názor, že čl. 101/102 SFEU nemají vůbec primárně za účel chránit individuální zájmy: „*Primárním účelem čl. [102] je prevence narušení hospodářské soutěže v zájmu spotřebitelů spíše než ochrana jednotlivých[!] soutěžitelů.*“³³⁴

To je onen ochranný účel, na jehož základě se zjišťuje ochranná působnost normy. Vzhledem k tomu, že je ochranným účelem fungující trh, lze dospět k názoru, že by mělo být oprávněno pokud možno co nejvíce osob. Jejich velký počet zaručuje, že se případný narušitel práva zalekne a nedopustí se nedovoleného jednání. To ale není pravda. Nikdo totiž nepočítá s odhalením. Někteří se dokonce domnívají, že by poskytnutím nároků na náhradu příliš velkému počtu subjektů mohlo hospodářskou soutěž dokonce znemožnit.³³⁵ Kromě toho nelze zaměňovat odstrašovací funkci normy s její ochrannou působností. Ochranná působnost normy určuje, co má být skutečně chráněno. Poskytnutí velkého množství oprávnění k nárokům by bylo politickým nástrojem, což také právo samozřejmě ve skutečnosti je, ale norma v podobě základu nároku na náhradu škody by neměla sloužit k plnění momentálních potřeb politiky.

Účel zákona není statickou veličinou, v průběhu doby se účel zákona může měnit a s ním i ochranná působnost normy.³³⁶ To, jak tedy bude ochranná působnost vymezena, neznamená, že za padesát let bude chápána a vymežována ve stejném rozsahu.

³³² Gloy W., Loschelder M., Erdmann W., Handbuch des Kartellrechts, C.H.Beck 2010, 4. vyd./Gloy, 63, m.č. 18-19.

³³³ Meeßen, 181.

³³⁴ Stanovisko Generálního advokáta Jacobse č. C-7/97 ze dne 28. 5. 1998 ve věci *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG a Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, ECR [1998] I-7791, odst. 37.

³³⁵ Monti G., EC Competition Law, Cambridge University Press 2007, 429.

³³⁶ Deutsch, 94, m.č. 139.

1. „Předběžná otázka“: Význam pojmu „každý“ v judikatuře Soudního dvora

Než bude přistoupeno k jednotlivým základům nároku, je třeba se na tomto místě a ve světle již řečeného znovu zabývat pojmem „každý“, jehož charakter utvořil Soudní dvůr ve svém rozsudku ve věci *Courage*. Zejména jde o to, že ve světle již řečeného ve skutečnosti nemůže být míněn kdokoliv. Dokonce i pro neodborníka musí být evidentní, že pod pojmem „každý“ mohou být míněny pouze určité poškozené osoby (splňující určité předpoklady). Prvním vymezením je omezení subjektů na ty subjekty, resp. osoby, které mohou potenciálně být poškozeny porušením soutěžní normy.³³⁷ Nicméně i toto vymezení je velmi široké, neboť tím může být v podstatě každý. V souvislosti s tím je nutno podotknout, že v anglické verzi, která je autentickou verzí, je použito „*any individual*“ (kterýkoli) a ne „*every individual*“ (každý). I Soudní dvůr zde tedy musel vidět prostor pro další bližší vymezení oprávněných. Prvním krokem vymezení Norberta Reicha bylo interpretování „*any individual*“ jako „*every individual in a particular market*“,³³⁸ tedy vymezení podle trhů. Následně je však nutno určit, kterých trhů se to dotýká: trhu, na kterém k protisoutěžnímu jednání došlo, navazujících trhů či dalších trhů?

I tento pojem je třeba prověřit s ohledem na osobní ochrannou působnost normy, přestože zazněl i názor, že Soudní dvůr vydal rozhodnutí *Courage* právě pro to, aby postup zkoumání osobní ochranné působnosti čl. 101 a 102 SFEU zamítl.³³⁹

Nejdříve je zapotřebí zjistit, zda unijní právo aplikaci ochranného účelu normy vůbec připouští. V této souvislosti je nutno podotknout, že Soudní dvůr v minulosti sám ve své judikatuře použil úvahy pocházející právě ze zkoumání ochranného účelu normy. Tudíž mu tyto úvahy nejsou cizí. V případě *Walter Rechberger*³⁴⁰ použil Soudní dvůr vymezení ochranného účelu normy jako prostředek k omezení odpovědnosti, přičemž zjišťoval, kvalitativně jakou ochranu vlastně porušená norma provádí a od takto zjištěného ochranného účelu pak odvíjel rozsah odpovědnosti. Není tedy vyloučeno, aby při aplikaci práva Evropské unie byl používán ochranný účel normy jako prostředek vymezení rozsahu odpovědnosti za protiprávní jednání. To však zatím nevypovídá nic o tom, zda aplikace tohoto nástroje není v konkrétním případě evropského soutěžního práva vyloučena.

Někteří němečtí akademici, zejména Bulst, uvádějí, že aplikace ochranného účelu normy není zapotřebí. Ke zmírnění problematické situace nepřesně vymezeného rozsahu odpovědnosti

³³⁷ Bechtold R., *Kartellgesetz. Kommentar*, C.H.Beck, Mnichov 2010, 6. vyd./*Bechtold*, § 33, 299, m.č. 10.

³³⁸ Reich N., *The “Courage” Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?*, *CMLRev* 2005, 35, 41.

³³⁹ Bulst, 260.

³⁴⁰ Např. rozsudek Soudního dvora č. C-140/97 ze dne 15. června 1999 ve věci *Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister a další v Republik Österreich*, ECR [1999] I-3499 (*Walter Rechberger*).

uvádějí, že telos/účel normy není jedinou vlastností, na jejímž základě lze docílit vymezení odpovědnosti. Bezmezná odpovědnost lze zabránit rovněž použitím „závazných požadavků vymezení odpovědnosti – např. na základě kritéria přimosti“.³⁴¹ V čem ale konkrétně tato kritéria spočívají, již uvedeno není. Nicméně se lze domnívat (podle použitých termínů), že toto omezení bude ve svém důsledku postaveno na obdobných úvahách jako ochranný účel. Kolem teleologického omezení bude jen těžko obcházet. Kromě toho se dále uvádí jako příklad, že bez náhrady mohou zůstat „*finanční ztráty akcionářů nebo zaměstnanců poškozených podniků, aniž by tím byla porušena zásada efektivity*“.³⁴² Zkoumání ochranného účelu se stejně nelze vyhnout, pokud se základ nároku opírá o ochranný zákon, resp. normu odkazující na ochranný zákon, jako je tomu např. u rakouského § 1311 ABGB.

K podpoře názoru, že „každý“ ve skutečnosti neznámá doslova každý, lze z mého pohledu uvést dva zásadní argumenty: argument opřený o § 1295 ABGB a argument opřený o mimořádnou situaci, ve které se nacházel žalobce (Crehan) v případě *Courage*, který rozhodoval Soudní dvůr při vyslovení pravidla, že nárokovat náhradu škody může každý.

To, že pojem „každý“ ve skutečnosti neznámá kohokoliv, přiznává i rakouské právo, které sice v § 1295 Všeobecného zákoníku občanského přiděluje náhradu každému, avšak je třeba vykládat toto ustanovení úzce.³⁴³ Judikatura se pokusila spojit s pojmem trochu jinou funkci: „[...] *Spíše toto slovo znamená, že náhradu může požadovat poškozená osoba, která utrpěla škodu způsobem uvedeném v těchto ustanoveních zákona, pouze od přímého škůdce, který stojí přímo proti němu*“.³⁴⁴ Je tedy dle mého názoru docela možné, že Soudní dvůr pojem každý – stejně jako rakouský Nejvyšší soudní dvůr – viděl spíše v této funkci. Tak by zjišťování ochranného účelu a subjektů, jimž nárok náleží, nebylo vyloučeno.

Druhý zmíněný argument staví na mimořádném kontextu případu *Courage*, ve kterém na náhradu škody žaloval bývalý člen kartelu. V zásadě by byl tudíž jeho nárok vyloučen. Dotčený podnik (Crehan) stál však ve velmi zvláštním postavení závislosti na žalovaném členovi kartelu. Nebylo by tak z právněpolitického pohledu spravedlivé upřít tomuto podniku nárok na náhradu škody. Podle mého názoru tedy Soudní dvůr záměrně použil větu „...*nemohl-li by se každý domáhat...*“ za účelem odůvodnění uznání nároku na náhradu škody Crehanovi. V obdobné situaci se Soudní dvůr nacházel i v případě rozhodování o druhém deliktním případě – případě *Manfredi*. V tomto případě odůvodnil „...*nemohl-li by se každý...*“ argumentem uznání nároku spotřebitelů, jejichž nárok byl v době rozhodování

³⁴¹ Bulst, 261.

³⁴² Eilmansberger T., Schadenersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil *Courage/Crehan*, *ecolex* 1/2002, 28, 30.

³⁴³ Rummel/*Reischauer*, § 1295, 215, m.č. 7.

³⁴⁴ Rozsudek OGH sp.zn. 1 Ob 290/49 ze dne 8. 2. 1950, SZ 23/23, 62.

v mnoha členských státech mimořádně sporný. Koncept „každého“ lze tedy chápat též jako pouhé vyloučení aplikace doktríny *in pari delicto*, totiž doktríny, že strana, která se spolupodílela na nezákonném ujednání (a je tudíž *in pari delicto*), se nemůže dovolávat náhrady škody.³⁴⁵

Je tedy spíše pravděpodobné, že účelem „každého“ v rozsudku ve věci *Courage* bylo spíše zdůraznit, že nelze „*a priori* vyloučit žádnou skupinu poškozených,“ přičemž závisí na další aplikaci vypracování podrobných kritérií přičitatelnosti škody.³⁴⁶ Na základě uvedených argumentů lze dále zastávat názor, že svou judikaturou Soudní dvůr v žádném případě nechtěl vyloučit aplikaci ochranného účelu normy na evropské soutěžní právo. Tento názor však není nesporný.

Některé německé soudy (Landgericht Mannheim a Landgericht Mainz) nejdříve zastávaly krátkou dobu názor, že rozhodnutí ve věci *Courage* lze aplikovat pouze ve vztahu mezi účastníky porušení práva hospodářské soutěže a lze ho použít pouze na vertikální dohody. Tudíž se netýká jiných poškozených osob, zejména se netýká přímých protějšků na trhu ve vztahu k cenovému kartelu.³⁴⁷ Jiní zastávali názor, že ochranná působnost normy obsažené v čl. 101 SFEU (tehdy ještě článku 81 SES) zahrnuje pouze přímou tržní protistranu. Odůvodňovali to tím, že vyloučení hospodářské soutěže nedovoluje právě této skupině subjektů vyjednat si svobodně své smlouvy s využitím cenové soutěže.³⁴⁸ Ale ani tato interpretace slov Soudního dvora není udržitelná ve světle bodů 26-28, kdy Soudní dvůr hovoří o praktické účinnosti hospodářské soutěže v rámci EU. Skutečnost, že pojem „každý“ byl skutečně pojatý široce (a zahrnoval rovněž nejen odběratele (či subdodavatele) v podnikatelském prostředí, nýbrž i samotné spotřebitele) se později s konečnou platností potvrdila v rozsudku ve věci *Manfredi*, kdy se jednalo právě o nároky tržní protistrany (zde se jednalo o nároky spotřebitelů.) Pojem „každý“ se jako termín Soudního dvora vztahuje i na konkurenci na stejné tržní úrovni.³⁴⁹ Rozsudek ve věci *Manfredi* měl údajně dokonce doložit, že oprávnění k nároku mají v zásadě i osoby, které byly poškozeny nepřímo (např. následní odběratelé).³⁵⁰ Podle tohoto názoru se Soudní dvůr v rozsudku ve věci *Manfredi* sice zabýval pouze nároky přímých odběratelů (spotřebitelů ve přímém styku s účastníkem kartelu), rozhodnutí ale údajně obsahuje zřetelnou oporu k přiznání nároků na náhradu i nepřímo

³⁴⁵ Reich, CMLRev 2005, 35, 40.

³⁴⁶ Meeßen, 166.

³⁴⁷ Viz např. rozsudek LG Mannheim ze dne 11. 7. 2003, GRUR 2004, 182 a LG Mainz ze dne 15. 1. 2004 NJW-RR 2004, 478 – *BASF*.

³⁴⁸ Např. Köhler H., Kartellverbot und Schadensersatz, GRUR 2004, 99, 100.

³⁴⁹ Viz rozsudek Soudního dvora č. C-253/00 ze dne 13. 9. 17. 9. 2002 ve věci *Antonio Muñoz y Cia SA and Superior Fruiticola SA v Frumar Ltd and Redbridge Produce Marketing Ltd.*, ECR [2002] I-7289 (*Muñoz*), bod odůvodnění 30.

³⁵⁰ Bulst F.W., Komentář k rozsudku Soudního dvora ve věci *Manfredi*, ZEuP 2008, 178, 187.

poškozeným osobám.³⁵¹ Nicméně to výslovně z uvedeného rozhodnutí nevyplývá. Nepřímými poškozenými jsou subjekty, které byly poškozeny v druhé řadě, tj. bez přímého vztahu ke škůdci. Jejich škoda vznikne přenesením škody, kterou na ně přenesl dál přímý poškozený, který je v nějakém přímém vztahu jak s poškozeným, tak se škůdcem. Jako příklad lze uvést cenový kartel mezi výrobci televizních přijímačů. Maloobchodník nakupuje své zboží u výrobce sdruženého v kartelu. Zde nakoupí za předraženou kartelovou cenu televizory a rozhodne se neprodávat je konečným odběratelům za dosavadní cenu, nýbrž ji zvýšit. Koneční odběratelé nakupují tudíž za předraženou cenu, kterou by jim obchodník býval neúčtoval, pokud by neexistovala cenová dohoda mezi účastníky kartelu.

Jak Spolková republika Německo, tak Evropská komise(!) se pokoušely tento očividně bezmezný okruh oprávněných osob vymezit, když soudu navrhly vsunout kritérium „právně relevantního zájmu“: „*Podle názoru Spolkové republiky Německo a Evropské komise je nutné vykládat článek 81 smlouvy o založení ES tak, že tento článek dává třetím osobám s právně významným zájmem možnost uplatnit neúčinnost zakázaného kartelu nebo jednání a umožňuje jim požadovat náhradu škody, pokud je kartel nebo jednání v rozporu s některým ustanovením komunitárního práva a škoda vznikla v příčinné souvislosti se zakázaným kartelem popř. jednáním.*“³⁵² Bohužel se tím Soudní dvůr neřídil.

Souhrnně lze konstatovat, že v zadání komunitárního práva do dnešního dne neexistuje jasnost ohledně subjektivního dosahu civilně-právních sankcí.³⁵³ Zejména to platí pro rozhodnutí ve věci *Manfredi*, které dává národním právním řádům výslovně prostor k řešení bližších detailů (bod odůvodnění 64).

2. Německá právní úprava

Základem nároku je ustanovení § 33 odst. 3, první věty GWB: „*Kdo se úmyslně nebo z nedbalosti dopustí protiprávního jednání podle odstavce 1, je povinen nahradit škodu.*“³⁵⁴ Toto ustanovení patří do skupiny zvláštních zákonů. V současné podobě byla tato norma zavedena 7. novelou GWB. Předchozí norma byla klasickou koncepcí ochranného zákona po vzoru § 823 odst. 2 BGB, která však byla původně zamýšlena pouze pro německé kartelové

³⁵¹ EuGH, 13. 7. 2006 - C 295-298/04 (s poznámkami Emmericha), JuS 2006, 1125, 1128.

³⁵² Rozsudek Soudního dvora č. C-295/04 až C-298/04 ve věci *Manfredi*, bod odůvodnění 55.

³⁵³ Viz rovněž Roth W.-F., *Das Kartellrechtsrecht nach der 7. GWB-Novelle*, in: Baums T., Lutter M., Schmidt K., Wertenbruch J. (eds.), *Festschrift für Ulrich Huber*, Mohr Siebeck Verlag 2006, 1133, 1149.

³⁵⁴ Odst. 1, první věta: „*Kdo poruší předpis tohoto zákona, článek 81 nebo 82 SES [čl. 101 a 102 SFEU] nebo kdo poruší nařízení kartelového úřadu,...*“

právo, a to nejdříve pouze ve prospěch konkurence.³⁵⁵ Evropské kartelové právo se řešilo prostřednictvím § 823 odst. 2 BGB.

Novelou se zákonodárce od této koncepce odchýlil. Vzhledem k tomu, že soudy zmíněné ustanovení před novelou vykládaly příliš přísně, vzdal se zákonodárce v novele výslovně dosavadního požadavku dokazování, že došlo k porušení ochranného zákona.³⁵⁶ Skutečnost, že se zákonodárce rozhodl v neprospěch požadavku ochranného zákona, neznamena, že by ochranný účel nehrál žádnou roli při určování oprávněnosti nároku. Důvodem formálního vzdání se zkoumání ochranného účelu kartelové normy je spíše záměr zákonodárce upustit po rozsudku *Courage* od dosavadní vysoce restriktivní judikatury.³⁵⁷ Navíc se lze u některých autorů dočíst, že přijetím 7. novely GWB byl odstraněn ze zákona požadavek na ochranu normu (*Schutzgesetzterfordernis*),³⁵⁸ to však neznamena, že byl odstraněn i požadavek na ochranný účel (*Schutzzweck*), a jak bylo výše dokázáno, zkoumání ochranného účelu normy není vázáno na aplikaci ochranné normy ve smyslu § 823 odst. 2 BGB a § 33 GWB před 7. novelou. Navíc názor, že zákonodárce 7. novelou GWB vyloučil aplikaci ochranného účelu normy není jediným. Jiní akademici zastávají výslovně názor, že aplikace ochranného účelu v soutěžním právu rozhodně překonána nebyla.³⁵⁹ Bechtold zase jen o odstavec dále, poté co kázal odstranění *Schutzgesetzterfordernis*, dodává, že podle **účelu zákona** by měl každý, komu by mohla být způsobena újma, mít možnost se proti tomu bránit.³⁶⁰ To jen potvrzuje skutečnost, že zkoumání účelu normy po 7. novele GWB se nezbaví ani ti akademici, kteří zastávají názor, že ochranný účel normy byl ze soutěžního deliktního práva odstraněn. Oproti tomu vidí někteří nebezpečí u zkoumání ochranného účelu v příliš libovolném rozhodování a v příliš restriktivním výkladu základu nároku.³⁶¹ K tomu dodávají, že oprávněnost nároku není jediným atributem, s jehož pomocí lze docílit omezení rozsahu odpovědnosti. Podle nich se dá zabránit bezmezné odpovědnosti rovněž v rámci zkoumání příčinné souvislosti. Dle mého názoru však ke zkoumání příčinné souvislosti soudem nemusí u některých osob (tedy těch, které nejsou oprávněné k náhradě škody) už ani dojít, pokud se předem vyberou pouze ty oprávněné osoby, které projdou sítí ochranné působnosti normy. Ačkoliv se otázka vymezení ochranného účelu u kartelových zákazů jeví jako dávno překonaná, je dle mého názoru třeba nadále řešit tuto základní otázku.

³⁵⁵ Rozsudek BGH ze dne 4. 4. 1975, BGHZ 64, 232 – *Krankenhaus-Zusatzversicherung*: „Zákon proti omezování hospodářské soutěže neslouží pouze k ochraně hospodářské soutěže jako takové, nýbrž sleduje rovněž ochranu soutěžitelů dodržujících zákon.“

³⁵⁶ Votteler M. *Der Schadensersatzanspruch im EG-Kartellrecht*, Verlag Dr. Kovač 2008, 64.

³⁵⁷ Langen, *Bunte/Bornkamm*, 965, m.č. 22.

³⁵⁸ Bechtold/*Bechtold*, § 33, 299, m.č. 9; WuW, Sonderheft 167.

³⁵⁹ Meeßen, 258.

³⁶⁰ Bechtold/*Bechtold*, § 33, 299, m.č. 10.

³⁶¹ Jedním z mnoha autorů je F.W. Bulst, viz Bulst, 252 an.

Na základě 7. novely by v budoucnu měla každá „dotčená osoba“ (*betroffene Person*) mít možnost uplatnit svůj nárok na náhradu škody. Dotčenou osobou je ten, jehož „ekonomické zájmy jsou nepříznivě zasaženy“.³⁶² Tato ale v žádném případě neznamená, že by zákonodárce upustil od vymezení ochranné působnosti normy. Dokonce se k ní spíše obloukem vrací. Kritérium dotčenosti (*Betroffenheit*) není dle mého názoru ničím jiným nežli osobním vymezením ochranné působnosti normy. To je patrné již ze skutečnosti, že výslovně uvádí, komu nárok náleží, a trvá na dodržování kritéria dotčené osoby.³⁶³ Obsah pojmu dotčená osoba je zákonem určen pro negatorní žaloby (§ 33 odst. 1 věta 3 GWB). Odstavec 3 věta první § 33 GWB, který nárok zakládá, pak vyplývá, že nárok na náhradu škody se omezuje pouze na subjekty uvedené v odstavci 1 větě 3,³⁶⁴ tedy v zásadě určuje rozsah odpovědnosti.

Původně vládní návrh ještě stavěl na konceptu ochranného účelu, ale již ten se výslovně odklonil od původní judikatury postavené na cílenosti jednání (tj. proti komu jednání bylo namířeno): výslovně stanovil, že cílenost jednání nesmí být kritériem pro vymezení omezení okruhu oprávněných k náhradě škody. Vzhledem k záměru projevit vůli k tomuto odklonu se však nakonec rozhodl pro výše zmíněné kritérium dotčenosti. Hlavním důvodem pro změnu zákona a odklon od původní restriktivní judikatury byly obavy z toho, že není konformní s evropským právem.³⁶⁵ Oprávnění k náhradě škody mají podle nové úpravy i ti, kdo nebyli poškozeni cíleně, stačí pokud odběratelé zaplatí z důvodu kartelu vyšší cenu, ačkoli účelem kartelu bylo vytěsnit/omezit konkurenci.

Pojem dotčenosti je však též nutno vykládat určitým způsobem. Dotčení musí být podle zákona postižení v jejich hospodářských zájmech. Zákonem (§ 33 odst. 1 věta 3 GWB³⁶⁶) požadované kritérium „dotčení“ jako soutěžitele nebo dalšího účastníka trhu odkazuje na to, že by při poškození mělo současně dojít k omezení soutěžní svobody,³⁶⁷ stanoví tedy určitý ochranný účel této normy. Samotný vznik nějaké majetkové škody nestačí ke vzniku nároku. Z tohoto důvodu by bylo vhodné i nadále v německém právu při přiznávání nároku na náhradu škody způsobené porušením soutěžního práva aplikovat kritéria učení o ochranném účelu normy.

Změnu ve formulaci lze chápat pouze jako určitý odklon od původní judikatury, která byla možná příliš benevolentní vůči subjektům porušujícím soutěžní právo.³⁶⁸ Zákonodárce jistě

³⁶² Rozsudek BGH ze dne 24. 6. 2003, BGHZ 155, 214, 217 atd. – *HABET/Lekkerland*.

³⁶³ Ministerský návrh hovořil o **přímém** zasažení: Určující je „konkrétní, tzn. zejména přímá dotčenost.“ Begr. des RefE, Fassung vom 17. Dezember 2003, 51 (Důvodová zpráva ministerského návrhu, znění ze dne 17. prosince 2003, 51).

³⁶⁴ Emmerich V., *Kartellrecht*, C.H.Beck 2008, 11. vyd., 532, m.č. 5.

³⁶⁵ Rittner F., Kulka M., *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C.F. Müller 2008, 7. vyd., 479, m.č. 133.

³⁶⁶ „*Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.*“

³⁶⁷ Loewenheim U., Meessen K.M., Riesenkampf A., *Kartellrecht II.*, C.H.Beck 2006/*Rehbinder*, § 33, 639, m.č. 8.

³⁶⁸ Emmerich, *Kartellrecht*, 532, m.č. 6.

zamýšlel zpřísnění odpovědnosti ve vztahu k dřívější úpravě, ale nelze říci, že by tím měl vyloučit zcela aplikaci ochranného účelu normy. Je pravda, že německé soudy ochrannou působnost soutěžní normy vykládaly příliš úzce. To však není chybou vlastní normy. Již Hermann Lange varoval před příliš úzkým vymezením ochranné působnosti normy, když upozorňoval, že zejména v případech „těžké vytýkatelnosti (*schwere Vorwerfbarkeit*) se příliš úzké vymezení ochranné působnosti normy zdá být přílišnou tvrdostí vůči poškozenému, který pak musí část své újmy nést sám.“³⁶⁹ Nebylo a není tedy dle mého nutno rozloučit se s aplikací ochranné působnosti normy, nýbrž stačí pouze řídit se „směrnici“ vyslovenou již před několika desetiletími a vymežit ochrannou působnost porušené normy v rozumných mezích. Skutečnost, že ke změně přístupu k vymezení ochranné působnosti kartelového práva není třeba změna formulace zákona a již vůbec ne opuštění ochranného účelu normy, potvrzuje i rozsudek BGH ve věci samopropisného papíru.³⁷⁰ Jedná se sice o případ rozhodnutý v červnu roku 2011, nicméně to byl tzv. starý případ, tedy případ, kdy nárok na náhradu škody vznikl před 7. novelou GWB. Vzhledem k tomu, že se jednalo o porušení evropského soutěžního práva, nebylo možno aplikovat § 33 GWB, nýbrž bylo nutno aplikovat § 823 odst. 2 BGB, tedy základní normu ochranného účelu. Ignoruje dřívější judikaturu konstatoval BGH, že „*okruh osob chráněných čl. 101 odst. 1 SFEU se neomezuje na ty odběratele, proti nimž je protisoutěžní jednání přímo namířeno.*“ Není tedy třeba převracet celý systém.

Proklamované opuštění může též být způsobeno posunem od kompenzační funkce nároku na náhradu škody v obecné rovině k preventivní funkci v soutěžní oblasti. V tom možná mají někteří němečtí právníci pravdu, že by se neměl aplikovat ochranný účel normy, protože svou vůlí odstrašovat rozbili limity a dali nárok na náhradu škody i nepřímým poškozeným, kteří jsou v obecném právu odpovědní za škodu vyloučení. To je ale chyba, jedná se o politické rozhodnutí spojeném s jediným cílem odstrašit, které zapomíná, resp. potlačuje primární funkci deliktního práva a to je funkce kompenzační.

a) Osobní ochranná působnost normy (persönlicher Schutzbereich)

Podle judikatury BGH³⁷¹ chrání soutěžní právo jako celek v první řadě soutěž jako instituci v zájmu veřejnosti. Soutěžní právo je podle něj primárně nástrojem decentralizovaného řízení hospodářství. Současně však konstatoval, že tato skutečnost nevyklučuje, aby soutěžní právo v jednotlivých svých normách chránilo i individuální zájmy.

³⁶⁹ Lange H., AcP 156, 114, 129.

³⁷⁰ Rozsudek BGH sp.zn. KZR 75/10 ze dne 28. 6. 2011 – *Selbstdurchschreibepapier (ORWI)*.

³⁷¹ Např. rozsudek BGH ze dne 22. 10. 1977, WuW/E BGH 1299, 1300 – *Strombezugspreis*.

Jak bylo již doloženo výše, každý ve smyslu judikatury *Courage* není kdokoliv. Na tom nic nemění skutečnost, že na základě judikatury Evropského soudního dvora došlo k významnému rozšíření okruhu oprávněných osob. Jak je již zřejmé z předchozího pojednání, lze typy oprávněných osob, které přicházejí v úvahu, rozdělit do několika skupin. Nejprve lze rozlišovat mezi přímými a nepřímými poškozenými, tj. podle toho, zda se předmětné jednání dotklo přímo poškozené osoby, nebo zda poškozená osoba utrpěla škodu prostřednictvím „zprostředkujícího“ jednání primárně poškozené osoby. Mezi přímými poškozenými lze rozlišovat mezi účastníky trhu na stejné ekonomické úrovni a účastníky trhu na jiném (předchozím nebo následujícím) ekonomickém stupni – na opačné straně tržního mechanismu. Tuto druhou skupinu tržních protějšků lze dále rozdělit na spotřebitele a podnikatele, kteří zboží potřebují ke své podnikatelské činnosti. Obdobně se dá skupina nepřímo poškozených osob rozdělit na podnikatele a spotřebitele. Nastává otázka, který okruh osob je možné zahrnout do ochranné působnosti normy. Pro každou z uvedených skupin platí jiné argumenty odůvodňující, proč by měla nebo neměla být chráněna.

Změna paradigmatu vymezení okruhu osob oprávněných k náhradě škody přinesená 7. novelou GWB stojí na následujících představách tvůrců zákona: 1) funkcionalizace jednotlivce k vymáhání soutěžního práva; 2) ochrany hodnot poškozeného; 3) praktikabilita rozšíření okruhu oprávněných; 4) možný přínos oprávněného k vymáhání a prevenci.³⁷² Za rozsahem okruhu oprávněných k náhradě škody tedy nestojí přímá vůle zákonodárce tyto osoby chránit, nýbrž instrumentalizace těchto oprávněných k plnění úkolů státu – ochrany soutěže a trhu. Pokud však stát soutěž a trh chrání v zájmu těch samých osob, na které svůj úkol v podobě nároku na náhradu škody přenáší, lze tímto okruhem přiznat i vůli zákonodárce k ochraně těchto osob, a tudíž že tyto osoby spadají do ochranné působnosti porušené soutěžní normy.

i) „Předběžná otázka“: Přímý poškozený v. nepřímý poškozený

Při vymezení osob spadajících do osobní ochranné působnosti je třeba si nejprve uvědomit rozlišování mezi přímo poškozenými a nepřímo poškozenými subjekty. Přímým poškozeným subjektem v soutěžním právu je každý podnikatel, resp. spotřebitel, který se nachází se škůdcem v konkrétním soutěžním vztahu, tj. *„pokud mezi výhodami, které se někdo snaží získat určitým opatřením pro svůj podnik nebo podnik někoho třetího, a nevýhodami, které někdo na základě tohoto opatření utrpí, existuje pupeční šňůra v tom smyslu, že vlastní*

³⁷² Loewenheim, Meessen, Riesenkampf/Rehbinder, § 33, 640, m.č. 10.

soutěžní postavení (nebo soutěžní postavení někoho třetího) může být podporováno a postavení druhého může být poškozeno.³⁷³ Konkrétní soutěžní vztah je dán vždy, když obě strany (tedy škůdce i poškozený) prodávají zboží stejného druhu, resp. poskytují služby stejného druhu a prodávají je, resp. poskytují stejnému okruhu konečných spotřebitelů.³⁷⁴ Konkrétní soutěžní vztah nevznikne teprve momentem, kdy je subjekt vytýkaným soutěžním jednáním přímo poškozen, nýbrž již v tom momentě, kdy je vytýkaným soutěžním jednáním dotčen, tj. když může být při odbytu svého zboží omezován či rušen.³⁷⁵ Konkrétní soutěžní vztah nevyžaduje, aby oba soutěžitelé (poškozený a škůdce) pocházeli ze stejné branže,³⁷⁶ může dokonce existovat i mezi dvěma podniky, které jsou aktivní na rozdílných hospodářských úrovních.³⁷⁷ Přímost nebo nepřímost poškození přitom nesouvisí s tím, proti komu bylo protisoutěžní jednání namířeno. Pokud tedy bylo mířeno proti odběratelům (např. jejich diskriminace), neznamená to, že by přímými poškozenými nemohli být též konkurenti škůdce, pokud se jeho jednání negativně projeví i na tom samém trhu. Mezi nepřímým odběratelem/poškozeným a původcem škody však žádný konkrétní soutěžní vztah není, pouze zprostředkovaný.

Mezi přímo poškozené v soutěžním právu spadají tedy: konkurenti škůdce, jejich přímí odběratelé (podnikatelé i spotřebitelé) a přímí dodavatelé. Nepřímými poškozenými jsou: nepřímí odběratelé (podnikatelé i spotřebitelé) a nepřímí dodavatelé (kterých se však poškození z důvodu porušení soutěžního práva mohou týkat mnohem méně častěji nežli nepřímých odběratelů). Otázkou však je, jestli všechny tyto kategorie spadají mezi subjekty oprávněné k náhradě škody.

ii) Konkurence

Konkurence, tedy soutěžitelé jsou první subjekty, které by měly spadat do ochranné působnosti čl. 101/102 SFEU, neboť zákazy v nich obsažené byly stanoveny primárně na ochranu trhu, na kterém se pohybují právě soutěžitelé subjektu porušujícího soutěžní právo, a tudíž lze předpokládat, že protisoutěžním jednáním budou dotčeni primárně právě konkurenti tohoto subjektu. Nárok na náhradu škody u konkurence vidí i Soudní dvůr, i když ten vychází primárně z idejí preventivní funkce deliktního nároku: „Aktivní legitimace [konkurence] posiluje prosaditelnost práva EU. Doplňuje činnost orgánů, které jsou v členských státech

³⁷³ Rozsudek BGH ze dne 6. 12. 2001, GRUR 2002, 985, 986 – *WISO mwN*.

³⁷⁴ Rozsudek BGH, GRUR 2001, 2058 – *Immobilienpreisangaben*.

³⁷⁵ Rozsudek BGH ze dne 21. 6. 2001, GRUR 2002, 75, 76 – „*sooo...billig*”.

³⁷⁶ Rozsudek BGH ze dne 7. 12. 1989, GRUR 1990, 375 – *Steuersparmodel*.

³⁷⁷ Rozsudek BGH ze dne 29. 9. 1988, GRUR 1989, 110 – *Synthesiser*.

*odpovědné za provádění dohledu nad dodržováním těchto norem, a tím se podílí na zamezování těžko odhalitelných praktik, které mohou narušit soutěž. Z tohoto pohledu jsou žaloby konkurence před vnitrostátními soudy zvláště vhodné pro zajištění poctivé soutěže a transparentnosti trhu v Evropské unii.*³⁷⁸

Před zavedením 7. novely GWB nebylo jasné, kdo je oprávněnou osobou a kdo ne. Nesporná však byla vždy oprávněnost nároku osob, které konkurují účastníkům kartelu.³⁷⁹ Kartelové právo bylo totiž chápáno tak, že chrání subjekty před zabráněním vstupu na trh.³⁸⁰ Z toho vyplývá, že oprávněnými osobami byly každopádně rovněž konkurenti, kteří byli vyloučeni ze vstupu na trh. Při tom nehrálo žádnou roli, zda došlo k omezení přístupu na trh před nebo po uzavření sporné kartelové dohody.³⁸¹ Poté však stále zbývala relativně velká skupina potenciálních žalobců s tím, že ne každý nárok jako takový byl přiměřený. Proto vyvinuly soudy další omezující kritérium. Konkurenti museli být porušením kartelového práva dotčeni **v právně relevantní míře**. Pojem „právně relativní míra zasažení“ chápaly soudy jako stav porušení, kdy hrozil zásah do práv konkurentů.³⁸² Nárok na náhradu škody byl vyloučen v případě, kdy sdružení schválilo za své členy pro ně závazné profesní předpisy, které omezovaly hospodářskou soutěž,³⁸³ nebo tehdy, když např. vznikl kartel v rozporu s kartelovým právem, který ale nevylučoval třetí osoby z trhu.³⁸⁴

Účelem 7. novely GWB bylo vnést více světla do otázky postavení oprávněných osob, a proto novela konkurenci poskytla výslovný ochranný nástroj. Základem je nové znění ustanovení §33 odst. 1, třetí věty GWB: „Dotčenou osobou je osoba, která je jako konkurence nebo jako jiný účastník trhu protiprávním jednáním omezená nebo jinak negativně ovlivněná.“ Nicméně samotný zákon proti omezování hospodářské soutěže neposkytuje žádnou definici pojmu konkurenta ani jiného účastníka trhu.

Chceme-li mít přesto trochu více jasno, máme možnost podívat se do zákona proti nekalé soutěži z roku 2004 (dUWG), který má velmi blízko k zákonu proti omezování hospodářské soutěže. Je věcně velmi blízký a byl schválen přibližně ve stejné době. Lze vycházet z předpokladu: Pokud zákonodárce v tematicky velmi blízkých zákonech použil stejné pojmy, měl v obou případech to samé na mysli a v pozdějším zákoně chápal pojmy stejně jako v předchozím zákoně.

³⁷⁸ Rozsudek Soudního dvora č. C-253/00 *Muñoz*.

³⁷⁹ Viz např. Mestmäcker E.-J., Schweizer H., *Europäisches Wettbewerbsrecht*, C.H.Beck 2004, 2. vyd., 523, m.č. 34; Glöckner J., *Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts – Der Zweck heiligt die Mittel nicht; er bestimmt sie!*, WRP 5/2007, 490, 491.

³⁸⁰ Immenga, Mestmäcker/*Emmerich*, § 33, 1020, m.č. 13.

³⁸¹ Rozsudek BGH ze dne 10. 10. 1978, BB 1979, 642, 643.

³⁸² Rozsudek BGH ze dne 10. 12. 1985, NJW 1986, 1877 – *Abwehrblatt*.

³⁸³ Rozsudek OLG Stuttgart ze dne 4. 11. 1988, WuW/E OLG 4326.

³⁸⁴ Rozsudek BGH ze dne 10. 12. 1985, NJW 1986, 1877 – *Abwehrblatt*.

Podle ustanovení § 2 odst. 1 číslice 3 dUWG jsou za konkurenty považovány podniky, které nabízejí nebo poptávají zboží popř. služby a jsou v této funkci v konkrétním konkurenčním poměru vůči jednomu nebo více podnikům. Dále dUWG obsahuje i definici podnikatele, která je formulována po vzoru definice ustanovení § 14 odst. 1 BGB. Podle této definice je podnikatelem jakákoliv fyzická nebo právnická osoba, která vyvíjí obchodní činnost a svou obchodní činnost vyvíjí v rámci své živnostenské, řemeslné nebo profesní činnosti, a kromě toho je podnikatelem každý, kdo jedná jménem, nebo z pověření shora uvedené podnikající osoby (§ 2 odst. 1, číslice 6 dUWG).

Jak již bylo řečeno, není důvod vycházet u pojmu konkurenta podle zákona proti omezování hospodářské soutěže z jiného pojetí tohoto termínu: Konkurentem je podle toho každý podnik fakticky soutěžící na územně a věcně významném trhu s podniky, které se podílejí na porušení kartelového práva, a to i v případě, že tyto podniky patří do odlišného odvětví nebo k odlišné úrovni distribučního řetězce.³⁸⁵ Územně významný trh zahrnuje území, kde zúčastněné podniky vystupují jako osoby poskytující nebo poptávající zboží či služby, kde panují dostatečně stejnorodé tržní podmínky, a toto území se liší od sousedních území zejména významně odlišným tržním prostředím.³⁸⁶ Územně významným trhem dle druhu výrobku může být obec, región, stát, skupina států, Evropa nebo celý svět. Ke věcně stejnému trhu lze přiřadit výrobky, které se natolik podobají svými vlastnostmi, ekonomickým účelem použití a cenovou hladinou, že je rozumný spotřebitel na základě spravedlivého uvážení vzájemně srovnává jako zaměnitelné výrobky vhodné k pokrytí určité potřeby.³⁸⁷ V zásadě si konkurují osoby, které mají stejný okruh dodavatelů popř. odběratelů. To mohou být výrobci dodávající své zboží distributorům, nebo i drobní prodejci, kteří prodávají zboží přímo spotřebitelům. Existují i případy, kdy se výrobce nebo distributor neomezí na jednu distribuční úroveň, nýbrž prodává své zboží i přímo spotřebitelům. V tomto případě konkuruje výrobce distributorovi a naopak.

GWB doplňuje tyto předpoklady o další kritérium: Jednání porušující kartelové právo musí mít na konkurenty omezující nebo negativní účinek. Vzhledem k záměru zákonodárce rozšířit ve velké míře možnosti uplatnění nároku na náhradu škody,³⁸⁸ lze vycházet z domněnky, že počítal při vytváření tohoto kritéria se širokým výkladem. Shora uvedený omezující negativní účinek se dostavil v případě, že jednání porušující kartelové právo došlo k protizákonnému zásahu do právního postavení třetích osob.³⁸⁹ K tomu stačí jakékoliv zhoršení jejich

³⁸⁵ Immenga, Mestmäcker/*Emmerich*, § 33, 1024, m.č. 25.

³⁸⁶ Mäger T. (ed.), *Europäisches Kartellrecht*, Nomos 2006/*Mäger*, 33, m.č. 131.

³⁸⁷ Kling M., Thomas S., *Kartellrecht*, Verlag Vahlen 2007, 500, m.č. 41.

³⁸⁸ Begr. des RegE (důvodová zpráva vládního návrhu 7. novely GWB), 35.

³⁸⁹ Immenga, Mestmäcker/*Emmerich*, § 33, 1025, m.č. 26.

legitimních šancí na trhu, kdy jsou tyto šance horší oproti situaci v soutěžním prostředí, zejména tehdy, kdy je jim zabráněno vstoupit na trh. Zpravidla se omezující negativní účinek kryje s porušením kartelového práva.

V zásadě nelze proti obecnému nároku konkurentů soutěžitele, který soutěžní právo EU porušil, nic namítat. Jedná se o subjekty, které se pohybují na trhu, který je porušeným zákazem přímo chráněn, i když proti nim nebyl útok ani nepřímě namířen. Při posuzování jednání soutěžitele, který porušil soutěžní právo se zejména posuzuje vliv, který toto jednání mělo na trh, na kterém působí. Zákodárce tedy vycházel z toho, že jednání porušující zákaz protisoutěžního jednání bude mít zejména vliv na trh, na kterém se soutěžitel porušující soutěžní právo pohybuje. Z toho dle mého názoru jednoznačně vyplývá, že čl. 101/102 SFEU obsahují zájem být nepřímě chránit konkurenty.

iii) Účastníci kartelu

Na stejné ekonomické úrovni se mohou nacházet i účastníci kartelu. Z objektivního hlediska se jedná o konkurenty, kteří dobrovolně vyloučili hospodářskou soutěž mezi sebou. Jedná se o podskupinu, která si zaslouží jiný přístup. Zvláštní přístup si zaslouží z toho důvodu, že tyto subjekty samy nesou podstatnou zodpovědnost za omezení/ohrožení soutěže.

Mohou však nastat situace, kdy dokonce i jednotliví účastníci mohou za určitých okolností patřit k poškozeným oprávněným osobám. To potvrdilo Rozhodnutí ve věci *Courage*. Dříve jim byla ochrana v zásadě odepírána, zejména tehdy, pokud tyto nároky směřovaly k nepřímému prosazení plnění kartelové dohody (zejména při poskytnutí nároku na náhradu škody místo plnění). Odůvodňovalo se to ustanovením článku 101 odst. 2 SFEU, které nejen že vede k neplatnosti, nýbrž vylučuje i jakoukoliv nepřímou povinnost k plnění smlouvy.³⁹⁰ Nicméně byly uznávány výjimky, např. v případech, kdy bylo ve sdružení osob proti vůli poškozených učiněno nepřijatelné kartelové rozhodnutí.³⁹¹ Dále byly myslitelné např. nároky z předmluvní odpovědnosti *culpa in contrahendo* (např. kvůli porušení informační povinnosti ohledně kartelového deliktu).

Rozsudek ve věci *Courage* sice trochu zmírnilo zásadní odepření nároků, avšak s určitými omezeními. Nelze opomenout, že Bernard Crehan (jako smluvní odběratel piva společnosti *Courage Ltd.*) sice podepsal kartelovou smlouvu, která ale měla podobu sdružené nájemní (pachtovní) smlouvy spojené s povinností odebírat pivo. Z rozhodnutí lze vyčíst dvě omezující podmínky: Za prvé nesmí dojít k bezdůvodnému obohacení oprávněné osoby

³⁹⁰ Mestmäcker, Schweizer, 521, m.č. 31.

³⁹¹ Rozsudek LG Mannheim ze dne 18. prosince 1964, WuW/E LG/AG 259, 263.

(jedná se o obecné pravidlo) a za druhé nesmí být oprávněná osoba významně (spolu-) odpovědná za deformaci hospodářské soutěže (Také v tomto případě je uplatňováno obecné pravidlo, které zní: Z vlastního protiprávního jednání nesmí mít nikdo užitek).³⁹²

I k tomuto zkoumání poskytuje Soudní dvůr národním soudům vhodná hodnotící kritéria: „Uvedenému soudu zvláště přísluší zabývat se tím, zda se strana, která tvrdí, že uzavřením smlouvy způsobilé omezovat nebo narušovat působení hospodářské soutěže utrpěla škodu, nacházela vzhledem ke druhé straně v jednoznačně slabším postavení, takže její volnost vyjednávat ujednání uvedené smlouvy, jakož i její způsobilost vyhnout se škodě nebo omezit její dosah, zejména včasným využitím všech jí dostupných právních prostředků, byly vážně oslabeny nebo dokonce vyloučeny.“³⁹³ Jednoduše řečeno, výjimka platí, pokud byl poškozený subjekt donucen hospodářským tlakem k účasti na kartelové dohodě.

Bezprostředně po vydání rozsudku v Německu nadále přetrvával názor, že je třeba zamítnout nároky účastníka nedovoleného kartelu na náhradu škody, kterou utrpěl z plnění kartelu z důvodu, že jsou tyto nároky neslučitelné s primární ochranou třetích osob ve smyslu tehdejšího článku 81 SES. Tento přístup se ale změnil se zavedením 7. novely GWB, kterou formuloval zákonodárce podle zadání Soudního dvora: „V budoucnu již nebude možné jako doposud vyloučit účastníky kartelu z ochranné působnosti zákazu kartelů.“³⁹⁴ Konstatuje, že otázku významné odpovědnosti je v německém právu třeba řešit v rámci zkoumání spoluodpovědnosti podle ustanovení § 254 odst. 1 BGB. V rámci tohoto zkoumání se zejména hodnotí, zda poškozenému byla za soutěžní omezení nabídnuta adekvátní protihodnota. Dostal-li adekvátní protihodnotu, pak nese relevantní spoluzodpovědnost za soutěžní omezení, a tudíž není hoden ochrany.³⁹⁵

Je otázkou, zda Soudní dvůr postupoval správně, když účastníkům kartelu dal možnost, žalovat na náhradu škody způsobenou porušením kartelového práva. Z odstavce 2 čl. 101 SFEU nařizujícího neplatnost zakázané dohody sice lze usuzovat na skutečnost, že účastníci by mohli patřit do ochranné působnosti normy. Nařízená neplatnost chrání účastníky, kteří zakázanou dohodu nechtějí plnit před jejím vymáháním. Nicméně články 101/102 SFEU mají chránit především svobodnou soutěž, pokud byla dohoda uzavřena, nelze hovořit o svobodné soutěži, tudíž ani účastníci kartelové dohody nepatří do svobodné soutěže. Jejich vyloučení by neznamenal konečné zamítnutí jejich nároku na náhradu škody. Vzhledem k tomu, že v mnoha případech se u poškozených skutečně jedná o

³⁹² Viz např. Weyer H., Anmerkung zum Courage-Urteil, GRURInt. 2002, 57.

³⁹³ Rozsudek Soudního dvora č. C-453/99 *Courage*, bod 33.

³⁹⁴ Regierungsentwurf, Drucksache (vládní návrh 7. novely GWB) 15/3640, strana 53.

³⁹⁵ Loewenheim, Meessen, Riesenkampf/*Rehbinder*, § 33, 645, m.č. 23.

slabší podléhající stranu, lze využít mechanismů, které chrání takovéto subjekty, např. nároky z oblasti jednání proti dobrým mravům.

iv) Podnikatel jako přímý odběratel/dodavatel (unmittelbare Marktgegenseite)

Jedná se stejně jako u výše popsaných subjektů o kategorii přímo poškozeného. Podnikatel je v tomto případě přímo poškozeným, pokud se od poškozeného a škůdce vycházející nabídka a poptávka (příčemž pro zařazení do této kategorie není rozhodující, kdo tvoří stranu nabídky a kdo stranu poptávky) na trhu střetávají a poškozený může být vytýkaným jednáním škůdce omezován nebo rušen.³⁹⁶

Pozice druhé tržní strany (kterou je odběratel nebo dodavatel předmětné osoby) zůstávala do doby zavedení 7. novely GWB sporná. Oprávněnost nároku byla těmto osobám přiznávána ve většině případů pouze tehdy, pokud poškozující jednání směřovalo cíleně proti nim s úmyslem zhoršit jejich podmínky nebo jim zabránit ve vstupu na trh.³⁹⁷ BGH v jednom rozhodnutí z roku 1979 předpokládal výslovně cílené jednání, jednání zaměřené na určitý cíl: „*Nelze totiž konstatovat, že došlo k bojkotu nebo k porušení čl. 85 Smlouvy o založení ES s následkem povinnosti uhradit škodu, pokud není sporné opatření zaměřeno na zhoršení tržní pozice určitého soutěžitele.*“³⁹⁸ K tomuto cílenému jednání patří např. zmíněný bojkot nebo sjednocení poptávajících s cílem stlačit cenu dolů.³⁹⁹ Faktem je, že dochází spíše zřídka ke kartelovému ujednání s úmyslem poškodit konkrétní podnik (s výjimkou bojkotů, diskriminačních jednání apod.). Jde spíše o to zvýšit zisk na úkor jiných nespécifikovaných podniků. Vyžadované omezení na cílené poškození vede v důsledku k tomu, že se jednotlivý účastník kartelu o to méně bude muset obávat zaplacení náhrady škody, čím rozsáhleji je kartelové ujednání pojato.⁴⁰⁰ Je jen těžko vysvětlitelné, proč by neměly být chráněny právě nejvíce dotčené osoby.

Již před 7. novelou GWB byla otázka cíleného poškození sporná, a již rozsudek BGH z pozdější doby ve věci rodinného časopisu *Familienzeitschrift* konstatoval, že „*je nárok na náhradu škody vždy možný, pokud v kartelové dohodě existují ujednání směřující cíleně proti určitým odběratelům.*“ Ze slov, které BGH zvolil, lze odvodit, že by i podle staré právní úpravy za určitých okolností přisoudil nárok na náhradu škody i v případech, kdy poškozující

³⁹⁶ Viz např. Rozsudek BGH, GRUR 2002, 75, 76 – „*sooo...billig*“.

³⁹⁷ Rozsudek BGH ze dne 25. 1. 1982, BGHZ 86, 324, 330 – *Familienzeitschrift*.

³⁹⁸ Rozsudek BGH ze dne 23. 10. 1979, NJW 1980, 1224, 1225 – *Liefersperre/BMW-Importe*. Zásadní rozhodnutí s principy ve věci cílených kartelových ujednání padlo ale již v roce 1975: rozsudek BGH ze dne 4. 4. 1975, BGHZ 64, 232, 237 – *Krankenhauszusatzversicherung*.

³⁹⁹ *Pacta de non licitando* (tzv. negativní dohoda o nabídkách) – viz např. rozsudek OLG Frankfurt ze dne 26. 1. 1989, WuW/E OLG 4475, 4477.

⁴⁰⁰ RegE (vládní návrh), 53.

protiprávní jednání, které je v rozporu s kartelovým právem, nesměřuje přímo proti poškozené osobě. To vyložil Vrchní zemský soud (OLG) Düsseldorf ve svém rozhodnutí *Global One*, že tuto větu nelze chápat „ve smyslu finálního jednání“ v neprospěch účastníka trhu, nýbrž „ve smyslu konkrétního soutěžního vztahu, který je požadován i jinde“.⁴⁰¹ Znamená to, že oprávněnými osobami nejsou libovolné třetí osoby, nýbrž odběratelé kartelu, aniž by kartelové ujednání muselo nutně směřovat proti nim. Kromě toho OLG Düsseldorf konstatoval, že je ochrana druhé tržní strany v právu ES samozřejmostí. Tím by ale došlo ke zmírnění kritéria cíleného jednání.

Přes stálou kritiku v odborné literatuře⁴⁰² se s rozsudkem ve věci *Courage* na setrvačnosti německých soudů příliš nezměnilo. O této skutečnosti svědčí již zmíněné rozsudky zemských soudů LG Mannheim⁴⁰³ a LG Mainz,⁴⁰⁴ které byly vydány v době po rozsudku ve věci *Courage* a potvrdil je OLG v Karlsruhe.⁴⁰⁵ Rozsudky se týkají proslulého vitamínového kartelu. Odůvodnění obou zemských soudů trvajících na dodržování tohoto kritéria se zakládá na obavách, že by upuštěním od tohoto kritéria došlo ke vzniku nepřehledného počtu oprávněných osob a jejich počet by závisel na náhodě. Nicméně velký počet poškozených osob je typickým a předvídatelným příznakem hromadných deliktů, ke kterým často dochází právě při porušení kartelového práva, zejména v případě cenových kartelů.⁴⁰⁶ Tato judikatura nebyla udržitelná a terčem kritiky již z důvodu, že poskytovala účastníkům kartelu téměř neospravedlnitelný bonus z páchání hromadných škod. Tato judikatura ve svém odůvodnění přehlíží skutečnost, že se na protistraně tržního mechanismu mohou jako poškození vyskytovat rovněž pouze jednotlivci nebo ojedinělé osoby, jimž s poukazem na jejich nepřehlednost obecně odepírá nárok na náhradu škody. Je otázkou, jak by se soudy zachovaly, kdyby jako tržní protějšek figuroval pouze malý okruh poškozených jednotlivců. Zamítly by nárok i v tomto případě s poukazem na nesplnění podmínky cíleného jednání namířeného proti nim? Jak by své rozhodnutí odůvodnily? Odůvodnily by své rozhodnutí abstraktní, potenciální nepřehledností, která by mohla vzniknout v jiných případech?

Problému bonusu ze způsobení hromadné škody se nezbavíme ani tehdy, pokud soudy nárok přisoudí poškozeným jednotlivcům. Nelze zcela pochopit, proč by poškozený měl nést škodu jen proto, že není jediným poškozeným, a nebo, proč by najednou škůdce nebyl odpovědný

⁴⁰¹ Rozsudek OLG Düsseldorf ze dne 16. 6. 1998, WuW/E OLG 143, 146 – *Global One*.

⁴⁰² Viz např. Langen, Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht. Band I, Luchterhand, Neuwied 2001, 9. vyd./*Bornkamm*, § 33, m.č. 22.

⁴⁰³ Rozsudek LG Mannheim ze dne 11. 7. 2003, GRUR 2004, 182.

⁴⁰⁴ Rozsudek LG Mainz ze dne 15. 1. 2004, NJW-RR 2004, 478.

⁴⁰⁵ Rozsudek OLG Karlsruhe ze dne 28. 1. 2004, NJW 2004, 2243.

⁴⁰⁶ Bulst F.W., Private Kartellrechtsdurchsetzung durch die Marktgegenseite – deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH, NJW 2004, 2201, 2202.

z důvodu, že poškodil velký počet osob, a tím způsobil nakumulování velké škody.⁴⁰⁷ Proč by si jednotlivá poškozená osoba neměla zasloužit ochranu v případě, že bylo současně poškozeno mnoho dalších osob? Pokud bychom ponechali tento směr judikatury, mohlo by to vést k tomu, že by proti horizontálním cenovým kartelům fakticky neexistovaly nároky na náhradu škody. Tento druh kartelů totiž obvykle neškodí konkurenci, která by ale podle dosavadní judikatury jako jediná mohla mít teoretický nárok na náhradu škody. Tento druh kartelů většinou na úrovni členů kartelu nic nemění. Účinky se projeví teprve na úrovni odběratelů.

Obrat nastal teprve 7. novelou GWB, kdy vláda ve svém návrhu výslovně připouští nároky odběratelů a dodavatelů na náhradu škody i v případě, že protiprávní jednání není cíleně zaměřeno proti nim.⁴⁰⁸ Od této formulace německý Spolkový sněm (*Bundestag*) upustil z důvodu, že oprávnění této skupiny již vyplývá ze samotné judikatury Soudního dvora.⁴⁰⁹

Odběratelé a dodavatelé jsou zahrnuti v pojmu ostatních účastníků trhu ve smyslu ustanovení § 33 odst. 1, třetí věty GWB. Stejně jako v případě konkurentů neposkytuje zákonodárce žádnou definici účastníků trhu. Stejně jako u konkurentů lze si i v tomto případě vypomoci definicí účastníka trhu ve smyslu věcně a časově souvisejícího německého zákona proti nekalé soutěži (dUWG). Podle ustanovení § 2 odst. 1. čísl. 2 dUWG jsou za účastníky trhu považovány kromě konkurentů a spotřebitelů všechny osoby, jejichž činností je nabízet nebo poptávat zboží popř. služby. Pouze toto rozsáhlé pojetí zmíněného pojmu vyhovuje zadání rozsudku ve věci *Courage*, podle něhož je oprávněnou osobou kdokoliv, avšak s omezením, že porušením kartelového práva jsou skutečně zasažena jeho práva. K tomu postačí ale jakékoliv zhoršení šancí na trhu oproti situaci, která by nastala v tržním prostředí, tj. bez porušení kartelového práva.⁴¹⁰

Ochranyhodnost přímých odběratelů/dodavatelů je dnes dle mého názoru dnes již nesporná. Nesporné je též, že kritérium cílenosti bylo nutno opustit. Nicméně lze uvažovat, zejména v takových případech, kdy potenciálních oprávněných je mnoho, o tom, že by bylo přeci jen možné nějaké zúžující kritérium zavést. Nicméně nikoliv konkrétní (tedy cílenost na konkrétní subjekty), nýbrž abstraktní, např. na základě typu porušení soutěžního práva.

v) Spotřebitel jako přímý odběratel (unmittelbare Marktgegenseite)

⁴⁰⁷ K problematice bonusu hromadné škody viz rovněž Karollus, 351 an.

⁴⁰⁸ RegE, (vládní návrh) 11 a 35. Vládní znění nového § 33 odst. 1, třetí věty GWB: „Články 81 a 82 SES ve spojení s předpisy První a Druhé části slouží k ochraně jiných účastníků trhu i v případě, že protiprávní jednání není zaměřeno proti nim.“

⁴⁰⁹ Ausschussbericht (zpráva z výboru k 7. novele GWB), 16 a 49.

⁴¹⁰ Immenga, Mestmäcker/Emmerich, § 33, 1025, m.č. 27.

Skupinu, která zahrnuje odběratele obecně, lze dále rozdělit na další jednotky, jejichž nároky mají různou oprávněnost. V této části posuzovaná podskupina je, co se týče oprávněnosti jejího nároku, o něco méně privilegovaná než předchozí podskupina, ale stále ještě ne natolik sporná jako příští podskupina bodu v). Jedná se o podskupinu spotřebitelů, kteří jsou v přímém styku s účastníky kartelu.

Samozřejmě je na místě otázka, proč má být tato podskupina řešena jinak než ostatní odběratelé/ dodavatelé. Prvním argumentem je, že je to zvykem. Tento argument ale není zcela přesvědčivý. Většinou totiž nezáleží na tom, zda je dotyčný podnikatel nebo spotřebitel. Pro nasměrování ochrany je obvykle rozhodující, jakou roli hraje poškozený na trhu, zda je konkurentem nebo odběratelem narušitele práva.⁴¹¹ Dotčené osoby, které jsou přímými tržními protihrači, jsou chráněny bez ohledu na to, zda se jedná o podnikatele nebo o spotřebitele.

V rozsudku ve věci *Générale-Sucrière*⁴¹² potvrdil Soudní dvůr, že unijní soutěžní právo necílí pouze na ochranu bezproblémového fungování vnitřního trhu, nýbrž i na přinesení výhod spotřebitelům. Pro zahrnutí spotřebitelů do ochranné působnosti evropského soutěžního práva mluví též systematický výklad čl. 101 SFEU, tedy výklad z kontextu celého ustanovení.⁴¹³ Jeho odstavec 3 povoluje kartelové dohody za podmínky přiměřeného podílu spotřebitelů na výhodách. Kontextuální výklad sice obsahuje omezení, že ne každý, kdo je v legální normě uveden, je též automaticky chráněn, zde je však zcela zřejmé, že se u odstavců 1 a 3 článku 101 SFEU jedná o přímo související normy vytvořené s jednotným účelovým zaměřením, a že evropský zákonodárce, když normu formuloval, zamýšlel chránit spotřebitele určitým způsobem.

Dnes je po vydání rozsudku ve věci *Courage* a zejména po vydání rozsudku ve věci *Manfredi* nesporné, že spotřebitelé mají nárok na náhradu škody, která jim vznikla porušením ustanovení čl. 101 a 102 SFEU. Nicméně existuje dle mého mínění nepatrný rozdíl, který souvisí s vlastní funkcí kartelového práva, s historickým postavením spotřebitele v kartelovém právu a tudíž i s jeho ochranou prostřednictvím zákona proti omezování hospodářské soutěže. Kartelové právo nebylo původně koncipováno ani formulováno k bezprostřední ochraně spotřebitelů. Samozřejmě, že jeho působení chránilo spotřebitele. Nicméně byla ochrana spotřebitelů jeho účinkem, nikoliv však jeho účelem. Poněkud zdrženlivý postoj vůči zpřístupnění nároků podle GWB pro spotřebitele lze vypozařovat z vývoje oprávněnosti nároku spotřebitelských svazů. Z dosavadního znění tohoto zákona a

⁴¹¹ Afferni G., Bulst F.W., Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche von Verbrauchern, ZEuP 2005, 143, 153.

⁴¹² Rozsudek Soudního dvora č. 41, 43 a 44-73/77 ze dne 9. 3. 1977 ve věci *Société anonyme Générale sucrière a další v Komise a dalším*, ECR [1977] 445 (*Générale-Sucrière*).

⁴¹³ Lettl T., Kartellrecht, C.H.Beck 2007, 2. vyd., 369, m.č. 52.

dokonce ze starší verze vládního návrhu novely bylo vyškrtáno původně plánované oprávnění spotřebitelských svazů v podobě, jakou nalezneme v zákoně proti nekalé soutěži (§ 8 odst. 3, číslice 3 dUWG).⁴¹⁴ Není zřejmé, s jakým odůvodněním zákonodárce současně s tím, jak přiznal spotřebitelům nárok na náhradu škody, odejmul spotřebitelským svazům jejich dosavadní nároky. Jediným odůvodněním pro odejmutí jejich nároků je dle mého mínění záměr zákonodárce chránit v zákoně podniky (jejichž sdružením byla práva podnikatelských svazů ponechána) před spotřebiteli. V důvodové zprávě k 7. novele GWB ale zákonodárce jasně stanovil, že chce nárok na náhradu škody poskytnout i spotřebitelům, přičemž vycházel z domněnky, že jim tento nárok náležel již před novelou.⁴¹⁵ Ne každý sdílel tento názor. Vyskytovaly se komentáře, podle nichž došlo 7. novelou GWB k doplnění okruhu oprávněných osob o spotřebitele, a tím i k podstatnému rozšíření této skupiny.⁴¹⁶ Každopádně ale zákonodárce udělal tečku za nejasným právním postavením spotřebitelů.

Tudíž náleží nárok na náhradu škody i (konečným) spotřebitelům – stejně jako podnikatelům, pokud plní tyto skupiny roli přímého odběratele bez ohledu na to, zda vystupují na mezistupni nebo jako koneční odběratelé. Tento nárok je nesporný v případě, že ke kartelovému ujednání došlo na posledním distribučním stupni, kdy jsou spotřebitelé přímo konfrontováni s účastníky kartelu.⁴¹⁷ (K jiné konstelaci viz níže.)

Co se týče postavení spotřebitele jako účastníka trhu, lze poukázat na to, co bylo řečeno výše (v kapitole iii)). K určení okruhu spotřebitelů poslouží definice § 13 BGB: „*Spotřebitelem je fyzická osoba, která uzavírá právní úkon, jehož účel nelze přičíst jejímu živnostenskému podnikání ani její jiné samostatné profesní činnosti.*“ Tuto podmínku je třeba samozřejmě doplnit o kritérium skutečného zásahu do práv spotřebitele. (Viz výše.)

Uznáme-li obecně, že ochrany hodní jsou i nepřímí odběratelé-podnikatelé, nelze to zamítnout ani spotřebitelům. Spadají do ochranné působnosti čl. 101/102 SFEU stejně tak jako podnikatelé-soutěžitelé. Jednak se jedná o subjekty, které jsou finálními beneficienty nenarušené soutěže, jednak norma přímo zmiňuje, že zakázaná dohoda může být ospravedlnitelná, pokud přináší prospěch pro spotřebitele. To znamená, že jejím záměrem je mj. chránit též spotřebitele, tudíž spadají dle mého pod ochranu čl. 101/102 SFEU stejně jako výše zmínění podnikatelé-přímí odběratelé.

vi) Nepřímí odběratelé/(dodavatelé) (mittelbare Marktgegenseite)

⁴¹⁴ Lettl T., Die Auswirkungen der 7. GWB-Novelle auf die Kreditwirtschaft, WM 2005, 1585, 1591.

⁴¹⁵ RegE (vládní návrh) 53.

⁴¹⁶ Viz např. Lettl, WM 2005, 1591.

⁴¹⁷ Immenga, Mestmäcker, 1023, m.č. 22.

Situace nepřímých účastníků trhu na nižších stupních tržního řetězce byla před a dokonce i po zavedení 7. novely GWB velmi nejasná, neboť ani zmíněná novela se k této otázce výslovně nevyjadřuje. Lze však konstatovat, že BGH není obecným nárokům nepřímých poškozených na náhradu škody příliš nakloněný.⁴¹⁸ Důvodem této opatrnosti je skutečnost, že v právním řádu neexistuje komplexní právní ochrana škod, které vznikají nepřímým poškozeným. (Jejich škody nespádají pod ochranu absolutních práv podle § 823 odst. 1 BGB.) V zásadě se jedná o ekonomické škody a tento druh škod nechce BGH primárně chránit. *Pure economic loss* (čistá ekonomická újma) je vůbec v německé geografické oblasti chráněna ve velmi omezeném měřítku. V zásadě je nahrazována jen u porušení smluvních závazků a u odpovědnosti za porušení ochranné normy (*Schutzgesetzhaftung*). Nacházíme se ale v kartelovém právu, které se vyznačuje právě ochranou majetku, a kde neplatí vyloučení těchto nároků z jeho strany.

Paradigmatem (vzorem) vztahů na trhu je vícestupňový odbyt výrobků, který se většinou odehrává na úrovních výrobce, distribuce, prodeje konečným zákazníkům. Pokud by byl u všech subjektů v těchto jednotlivých fázích normativně potvrzen vznik újmy, znamenalo by to, že nárok na náhradu škody mají všichni odběratelé, ačkoli jim – kromě toho posledního – ve skutečnosti žádná škoda nevznikla. Pokud by zde nebylo omezení dotčených osob, mohlo by být vícero oprávněných poškozených, kteří (z pohledu škůdce) utrpěli stejnou škodu. Škůdce by tak byl nucen nahradit jednu škodu vícekrát. Je tedy nutno odpovědnost nějakým způsobem omezit. Je-li však zastáván názor, že poškozenými mohou být i subjekty na dalších úrovních, je třeba zajistit, aby škůdce nehradil jednu škodu vícekrát. Pohybujeme se v civilním právu, nikoli v trestním. Rozhoduje se tedy o alokaci škody a ne o postihu škůdce.

Nepřímí odběratelé mohou být zcela jistě poškozeni kartely na předchozích úrovních odbytového řetězce. Platí to zejména v případě, kdy se škoda přeúčtováním vyšších cen přesune dál do nižších pater a dostane se až k nim. Na tomto místě je třeba objasnit, zda v případě kartelu na úrovni výrobců existuje potřeba chránit nejen přímé odběratele v podobě distributorů, nýbrž i následné účastníky trhu ve spodních patrech včetně konečných prodejců a spotřebitelů.

Z legislativních podkladů bohužel nevyplývá jednoznačná odpověď na tuto otázku formou výslovného konstatování, že je tato skupina oprávněna k nároku. Materiály k 7. novele se totiž k otázce nároku nepřímých odběratelů nevyjadřují vůbec. Avšak ve světle projednávání novely v Bundestagu by snad bylo možno záměr přiznat nárok na náhradu škody nepřímým odběratelům vyčíst.⁴¹⁹ Ovšemže lze ochranu těchto osob lépe odůvodnit díky 7. novele GWB,

⁴¹⁸ Rozsudek BGH ze dne 19. 6. 1952, BGHZ 7, 30, 34; rozsudek BGH ze dne 10. 12. 2002, NJW 2003, 1040, 1041.

⁴¹⁹ Lutz M., *Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle*, WuW 2005, 718, 727.

kteřá nevyžaduje cílený zásah a sleduje v jejím novém znění záměr zohlednit dalekosáhlou judikaturu Soudního dvora na téma náhrady škody pro „každého“.⁴²⁰ Podle některých totiž rozsudek ve Soudního dvora *Manfredi* obsahuje jasné vodítko pro akceptaci nároku nepřímých odběratelů, pokud prokážou kauzální vztah.⁴²¹ V návrhu novely a příslušné důvodové zprávě nelze přehlédnout poněkud trapnou snahu vlády nedotýkat se zněním zákona proti omezování hospodářské soutěže věty s „náhradou pro každého“. Skutečnost, že do ochranné sítě spadají pravděpodobně i následní odběratelé, lze odvodit z důvodové zprávy: „K okruhu oprávněných osob mohou patřit [...] i koneční spotřebitelé. Platí to zejména tehdy, kdy ke kartelovému ujednání dojde na posledním stupni distribučního řetězce.“ Slovo „zejména“ napovídá, že by zákonodárce mohl za určitých okolností chtít připustit možnost, že by nároky vznesli spotřebitelé, kteří jsou poškozeni kartelovou dohodou na vyšším stupni tržního řetězce. K tomuto výkladu se v zásadě přiklání i antimonopolní komise SRN.⁴²² V odborné literatuře, kde se o této otázce diskutovalo, zaznívají protichůdné názory.⁴²³ Nicméně se taková možnost otevřela 7. novelou GWB. Na tom nic nemění opačná interpretace tohoto textu v některých zahraničních publikacích.⁴²⁴

Sama 7. novela sice možnost otevřela, ale sama nepodala jasnou odpověď. Jejím účelem však dozajista nebylo bezmezně otevřít okruh oprávněných poškozených,⁴²⁵ jak se někteří autoři domnívají, nýbrž přizpůsobení formulace okruhu oprávněných osob unijnímu zadání.⁴²⁶ Úprava obsažená v odstavci 3 § 33 GWB se týká pouze definice pojmu škoda (jejího přenesení), nicméně už se nevyjadřuje k tomu, zda další poškození mohou na základě tohoto přenesení nárokovat náhrady škody. Po novele tedy i nadále zůstaly dva tábory. Jedni zastávali názor na základě legislativních materiálů⁴²⁷, že zákonodárce ctil, z důvodu nepřipustnosti mnohonásobné odpovědnosti/povinnosti k náhradě škůdce, klasické pravidlo zákazu odpovědnosti za přenesenou škodu nepřímým poškozeným (tj. pokud by nebyla připuštěna možnost tzv. námitky *passing-on* (k ní viz níže) – a v literatuře tomu nasvědčovalo mnoho, svědčilo by to odmítnutí nároku na náhradu škody nepřímým odběratelům⁴²⁸); zatímco druzí zastávali názor, že zmínkou o přenesení škody zákonodárce uznal nárok na náhradu škody nepřímých poškozených v oblasti soutěžního práva.⁴²⁹

⁴²⁰ Afferni, Bulst, ZEuP 2005, 154.

⁴²¹ Emmerich, JuS 2006, 1125, 1128.

⁴²² Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB - Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, 36, m.č. 65.

⁴²³ Viz Bundeskartellamt, Private Kartellrechtsdurchsetzung Stand, Probleme, Perspektiven – Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005, 8.

⁴²⁴ Monti, 433.

⁴²⁵ Tak to vidí např. Bulst, 113.

⁴²⁶ Meeßen, 171.

⁴²⁷ Begr. 2005, 35; Ausschussbericht 2005, 48.

⁴²⁸ Rittner, Kulka, 137, m.č. 480.

⁴²⁹ Viz např. Reich, CMLRev, 2005, 35, 45 an.; Lettl ZHR 167/2003, 476, 487 an.

Zastánci omezení pouze na přímé poškozené vidí odůvodnění takového vymezení po 7. novele GWB ve třech argumentech: 1) zákonné ztížení *passing-on defence* (k ní viz samostatná kapitola k přenesení škody); 2) ustanovení § 33 odst. 3 věte 3 GWB stanoví, že pro vypočtení výše škody lze zohlednit podíl na zisku, přičemž zisk bylo možno vytvořit pouze jednou – lze ho tedy rovněž započíst pouze jednou; a 3) přiměřenost.⁴³⁰

Mezi zastánci oprávněnosti nepřímých poškozených se pak nachází skupina, která z okruhu oprávněných-nepřímých poškozených vylučuje ty nepřímé odběratele, kteří z předraženého produktu vytváří zcela nový produkt, nebo kteří se pohybují na zcela odlišném věcně relevantním trhu. Rehbindler například při takovémto vymezení okruhu chráněných poškozených vychází přímo z formulace § 33 odst. 1 GWB, když připomíná, že u oprávněných se musí jednat o účastníky trhu (*Marktteilnehmer*), z čehož vyvozuje, že se musí jednat o stejný, resp. obdobný věcně relevantní trh.⁴³¹

Také soudy se zabývaly problematikou nepřímých odběratelů. OLG Düsseldorf se na toto téma vyjádřil v nezávazné části v rámci *obiter dictum* svého rozhodnutí ve věci *Global One*.⁴³² V tomto rozhodnutí vydaném v době před novelou se soud vyslovil zásadně proti poskytnutí nároků na náhradu škody odběratelům spodních pater tržního řetězce. OLG Düsseldorf svůj názor odůvodnil konstatováním, že v těchto případech chybí soutěžní vztah a tudíž nevznikají žádné nároky. Přestože zmíněné rozhodnutí bylo vydáno v době před rozsudkem ve věci *Courage*, zůstává část odborné literatury nadále věrná této interpretaci i v době po vydání rozsudku ve věci *Courage*.⁴³³ Tato nechuť je očividně živená strachem před zahlcením uplatněnými nároky. V roce 2010 vydal OLG Karlsruhe⁴³⁴ rozhodnutí, v němž zamítl nárok nepřímých odběratelů s odůvodněním, že je třeba zamezit „*nepřiměřené zátěži účastníka kartelu žalobami na náhradu škody*.“ OLG Karlsruhe zastával názor, že je třeba omezit okruh oprávněných osob (vedle konkurentů) na přímé odběratele na trhu. (Za to soud zamítl i obhajobu *passing-on defence*, že žalobce přenesl škodu dál).

Spor na téma nepřímých odběratelů ukončil teprve BGH v roce 2011⁴³⁵ v případě kartelu výrobců samopropisného papíru, kdy připustil nárok nepřímých odběratelů (společnosti ORWI) na náhradu škody. (Jedná se o rozhodnutí ve stejném řízení jako před OLG Karlsruhe). Své rozhodnutí odůvodnil tím, že se nepříznivé účinky (cenového) kartelu

⁴³⁰ Koch J., Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche mittelbar betroffener Marktteilnehmer nach § 33 GWB n.F., WuW 2005, 1210 an.; Bechtold/Bechtold, § 33, 300, m.č. 11.

⁴³¹ Loewenheim, Meessen, Riesenkampf/Rehbindler, § 33, 642, m.č. 15.

⁴³² Rozsudek OLG Düsseldorf ze dne 16.6.1998, WuW/E DE-R 143, 148 – *Global One*.

⁴³³ Viz Afferni, Bulst, 153 nebo Mestmäcker, Schweizer 523, 35. Ohledně doby před vydáním rozsudku ve věci *Courage* viz Immenga U., Mestmäcker E.-J., EG-Wettbewerbsrecht. Band 1, C.H.Beck, München 1997/Schmidt, Art. 85 Abs. 2 GWB, m.č. 81.

⁴³⁴ Rozsudek OLG Karlsruhe sp.zn. 6 U 118/05 (Kart.) ze dne 11. 6. 2010 – *Selbstdurchschreibepapier (ORWI)*.

⁴³⁵ Rozsudek BGH KZR 75/10, ze dne 28. 6. 2011 – *Selbstdurchschreibepapier (ORWI)*.

nemusí nutně projevit u přímých odběratelů účastníků kartelu. Tito přímí odběratelé mají možnost předat cenové navýšení dál. Proto se často projevuje u osob na nižších stupních řetězce, **na jejichž náklady** je nedovolené jednání v rozporu s kartelovým právem v konečném důsledku praktikováno. Pokud potvrdíme existenci nároku na náhradu škody nepřímých účastníků trhu, je s tím velmi úzce spojena i otázka námitky přenesení škody na další účastníky (*passing-on defence*).

K popsanému případu samopropisného papíru je nutno podotknout, že se jednalo o tzv. starý případ, tedy případ, kdy nárok na náhradu škody vznikl ještě před 7. novelou GWB a byl tedy posuzován podle dřívějšího práva, tj. vzhledem k tomu, že se jednalo o porušení tehdejšího čl. 85 SEHS, základem nároku nebyl § 33 odst. 3 GWB, nýbrž § 823 odst. 2 BGB. Přes toto východisko uznal BGH nárok nepřímých poškozených na náhradu škody a obiter dictum konstatoval, že toto platí i pro budoucí nároky podle § 33 odst. 3 GWB po 7. novele.

Pokud připustíme tuto oprávněnost nároku, vystavujeme se na základě ustanovení § 33 odst. 3 druhé věty nebezpečí vzniku vícenásobného nároku na náhradu škody. (Podle tohoto ustanovení existence škody není vyloučena z důvodu, že zakoupené předražené zboží nebo předražené služby byly po zakoupení prodány dál.) To viděl BGH i ve svém rozhodnutí z roku 2011, a proto připustil námitku obhajoby *passing-on defence*, že došlo k přenesení škody. K této problematice viz samostatná podkapitola o námitce *passing-on defence* (C). Skutečnost, že zákon hovoří o přenesení škody,⁴³⁶ nemusí nutně vést k závěru, že mají nárok i ti, na něž byla škoda přenesena,⁴³⁷ když navíc přesun škody nebrání osobám přesouvajícím škodu v uplatnění její náhrady.

Uznání nároků nepřímých odběratelů není dle mého názoru správné a ani není nezbytně nutné pro dodržení unijního zadání. Soudní dvůr to dle mého názoru nevyžaduje. Otázka, zda jsou hodni ochrany, není jen z pohledu obecného pravidla nenahrazovat škody nepřímých poškozených sporná, nýbrž i z pohledu ochranné působnosti článků 101/102 SFEU. Účelem v nich obsaženého zákazu je chránit trh, na kterém se škůdci pohybují a na který přímo zasahují, tj. které mohou ovlivnit. Vliv jednání na trhy nesousedící s trhem, na kterém k porušení zákazu došlo, je příliš nejistý. Jejich pozice trochu odpovídá pravidelně používanému příkladu ze světa motorismu: Pravidlo, že na křižovatce, pokud semafor ukazuje červenou, je nutno zastavit, chrání bezproblémový provoz na křižovatce. Pokud tedy dojde k nehodě 500 m za křižovatkou, k níž by v případě, že by řidič zůstal stát na červenou, nedošlo, avšak jinak k nehodě došlo bez žádného dalšího zaviněného porušení práva, nebude

⁴³⁶ A on o něm vlastně ani přímo nehovoří, pouze se zabývá dalším zcizení zboží, resp. služby.

⁴³⁷ Koch, WuW 2005, 1210.

řidič odpovídat za škody vzniklé na základě nehody, neboť pravidlo o semaforech nemělo za účel chránit provoz o 500 m za křižovatkou.

vii) Jednotlivé způsoby jednání, proti němuž jsou jednotliví poškození chráněni

O způsobech jednání, proti němuž má kartelové právo poskytovat konkrétním poškozeným ochranu, byla již několikrát zmínka a ani účelem této práce není pojednání o tom, jak narušovat hospodářskou soutěž. Proto bude tato část kratší. Jednu okolnost je třeba mít na paměti: Skutečnost, že některé způsoby jednání jsou zavrženíhodné i vůči nechráněným osobám, neznamena, že je tyto osoby třeba za každou cenu zahrnout do ochranné působnosti předpisů z oblasti kartelového práva. Tyto osoby mohou totiž své nároky na náhradu škody uspokojit i jinde než v kartelovém právu (např. na základě zákona proti nekalé soutěži – dUWG). To nemá nic společného s již překonaným požadavkem cíleného jednání (*Zielgerichtetheit*), kdy je podstatné, kam určité jednání konkrétně směřuje. Zde se ale řeší okruh subjektů, jichž se může určitý způsob jednání dotknout.

Podle ustanovení § 33 zákona proti omezování hospodářské soutěže GWB směřuje nárok proti osobě, která zaviněně „*porušila [...] článek 81 nebo článek 82 SES [článek 101 popř. článek 102 SFEU] ...*“. Článek 101 zakazuje horizontální a vertikální dohody, článek 102 zakazuje jednostranná opatření. Jak již bylo zmíněno výše, není každá norma určena k tomu, aby chránila kohokoliv, a škoda by měla poškozenému vzniknout právě z toho jednání, na jehož potírání byla norma koncipována, aby chránila okruh osob, ke kterému patří i poškozený. Nestačí pouze konstatovat, že došlo k porušení kartelového práva. Nutné je zjistit, koho má zákaz určitého způsobu jednání chránit.

K typickým zakázaným **horizontálním kartelům** patří nejen dohody o určování cen, ale i rozdělení trhu, exportní kartely, tzv. bid rigging (*Submissionskartelle*, dohody o účastech na výběrových řízeních/veřejných zakázkách např. výběrové řízení formou zdánlivých nabídek ve prospěch jiného podnikatele – spojují v sobě vlastně dva druhy kartelových dohod: určování cen a rozdělení trhu), a dále omezení výroby a distribuce. Tato jednání směřují primárně proti druhé straně na trhu. Díky nim si účastníci kartelu zajistí odbyt svých výrobků a poté zavedou vyšší prodejní ceny z důvodu chybějící nebo slabé konkurence. Další ukázkou chování omezujícího tržní protějšek jsou nákupní sdružení, v nichž si účastníci kartelu koordinovaným nákupem vynutí výhodnější cenové a jiné podmínky. Jejich chování má nejen vliv na jejich obchodní partnery, nýbrž působí i na stejné úrovni tržního řetězce. Účastníci kartelu svým chováním totiž získávají nespravedlivé výhody vůči konkurenci. Očividně slouží

tento zákaz k tomu, aby chránil jak druhou tržní stranu, tak konkurenci na stejné straně. Zjevně k ochraně odběratelů byl naopak vyvinut další zákaz, zákaz omezování výroby, jehož výsledkem bude zejména zvýšení cen. Jedná se o tzv. kartelové outsidersy, kteří jsou kolektivně bojkotováni nebo je vyvíjen tlak na jejich dodavatele či zákazníky, aby jim nedodávali nebo od nich nekupovali žádné zboží. Jako pomůcka ke zjištění, zda zákaz určitého chování má sloužit k ochraně konkurence, se nabízí tato otázka: Hodí se konkrétní chování nebo jednání k tomu, aby zafixovalo trh na stejném stupni řetězce, nebo ne? Naproti tomu další jednání, rozdělení trhu, neztěžuje novým konkurentům přístup na trh a netýká se ani stávající konkurence a jejich šancí uspět s jejich nabídkou nebo poptávkou.⁴³⁸ Tento druh kartelu tudíž nepatří do ochranné působnosti zákazu ve vztahu ke konkurenci.

Okruh oprávněných osob u **vertikálních dohod** je nutno vymezit poněkud širše než u dohod horizontálních. Smluvní strany se často nacházejí ve vztahu závislosti. Budou tedy klasickým případem ochrany účastníka kartelové dohody. Ostatně dohoda mezi Courage a Crehan byla právě vertikální dohodou. Dalším důvodem je skutečnost, že typickým příkladem vertikálních dohod je určování cen, které se často dotýká nejen přímo následujícího trhu, ale i trhů dalších. V tomto případě by se ale nejednalo o nepřímé poškozené vzhledem k tomu, že dohodou o cenách, která je určena i dalším stupňům tržního řetězce, by tito nepřímí odběratelé byli dotčeni přímo.

Dotčeni jsou zejména zákazníci cenově zavázaných podniků, které respektují určené ceny. Jak BGH konstatoval ve svém rozhodnutí 4117⁴³⁹, měl by zákaz těchto dohod sloužit i k ochraně konkurentů podniku, který určuje ceny. Avšak se tato ochrana zjevně nevztahuje na podniky, které se nacházejí na stejné úrovni jako cenově zavázané podniky. Tyto podniky vůbec nejsou dotčeny skutečností, že jiné podniky na stejné distribuční úrovni prodávají výrobky stejného druhu za vyšší ceny. Ba právě naopak, mohou mít z toho prospěch. Nelze namítnout, jak to dělá tato konkurenční skupina, že má značka tohoto výrobku exkluzivní pověst, vyjma případů, kdy se jedná o selektivní distribuční systém. K vertikálním dohodám patří kromě určování cen zejména zákaz vývozu (popř. paralelního dovozu) a jiné podmínky se stejným účinkem (ustanovení o vedlejších plnění, např. záruka nebo clientský servis, nebo omezení množství výrobků dodávaných množstevně zavázaným podnikům na rozsah, který lze prodat na domácím trhu, aby nic nezbylo pro vývoz). V tomto případě by měla být ochrana rozsáhlejší. Vlivem těchto podmínek mohou zákazníci zavázaných podniků platit potenciálně vyšší ceny nebo být znevýhodněni při vedlejších plnění. Konkurenti podniku určujícího tyto podmínky mohou svou ochranu opřít o stejný argument jako v případě rozhodnutí 4117, a

⁴³⁸ Breitreuz, 156.

⁴³⁹ Rozsudek BGH ze dne 8. 10. 1958, BGHZ 28, 208, 222.

ochranu uplatnit mohou dokonce i konkurenti zavázaných podniků. Toto jednání totiž vede k potlačování a zfalšování konkurence na jednotlivých trzích. Co se selektivních distribučních systémů týče, tento druh jednání negativně působí zejména na vyloučené podniky. Především omezuje svobodu podnikání nezohledněných podniků ochotných prodávat. Nemohou totiž využívat všech existujících distribučních kanálů, neboť některé jim jsou pomocí selektivních distribučních systémů uzavřeny. Zákaz selektivních distribučních systémů slouží v tomto případě primárně k jejich ochraně. I v tomto případě lze použít argumenty rozhodnutí 4117 a je možné i poukázat na navýšení nákladů na straně zákazníků.

Co se **zneužití postavení na trhu** týče, lze omezení oprávněnosti nároku i na tomto místě jednoduše vyvodit z účelu normy, tj. z jejího účelu pro konstelaci příkladů uvedených v článku 102 druhé věty SFEU.⁴⁴⁰ Zákaz zneužívání svého postavení k vykořisťování („*přímým nebo nepřímým vynucováním nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen popř. jiných nerovných obchodních podmínek*“) byl zaveden na ochranu druhé tržní strany. Zákaz tzv. sdružených nabídek („*v podmiňování uzavření smluv s tím, že druhá strana přijme další plnění, které ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisí*“) byl přijat jak k ochranně druhé tržní strany, tak k ochraně konkurentů (podnik, který zneužívá svého postavení, se snaží posílit svou pozici na trhu). Zákaz diskriminace („*uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži*“) chrání opět v první řadě oběť nerovného zacházení – typickou obětí je protějščí účastník na trhu. Zákaz omezování výroby („*omezování výroby, odbytu, nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů*“) má přednostně spotřebitele v hledáčku.

Při uplatnění porušení pravidel hospodářské soutěže EU je třeba mít na paměti podmínku mezistátního charakteru. Tato podmínka je splněna, pokud by poškozující jednání mohlo ovlivnit obchod mezi členskými státy. Tento případ může nastat tehdy, když dojde k narušení trhu, nejen v celé EU nebo v několika členských státech, nýbrž i v jednom členském státě nebo dokonce i v jednom jeho regionu.⁴⁴¹

Na závěr je třeba konstatovat, že ne veškeré skutkové podstaty jsou zaměřené na ochranu spotřebitelů. Již méně to platí pro nepřímo dotčené odběratele/dodavatele. S ohledem na předchozí zkoumání ochranné působnosti normy, kdy ve všech třech krocích vyšlo najevo, že existují pochybnosti, zda se ochranná působnost normy vztahuje i na tuto skupinu, neměla by tato skupina vůbec patřit do ochranné působnosti nebo pouze za předpokladu splnění určitých dodatečných kritérií.

⁴⁴⁰ Langen, Bunte/Bornkamm, § 33, 976, m.č. 58.

⁴⁴¹ Mäger/Mäger, 17, m.č. 67.

b) Vymezení ochranné působnosti normy podle předmětu (sachlicher Schutzbereich)

Jak již lze odvodit z výše uvedeného, nepatří právní statky chráněné kartelovým právem ke všeobecně obsáhle chráněným právům. To ale neznamená, že by si tato práva obecně, tj. v zásadě nezasloužila všeobecnou ochranu. Zákon výslovně neurčuje druhy škod, před nimiž chce dotčené osoby chránit. Ani rozhodování soudů ve spojitosti s rozsudky ve věcech *Courage/Manfredi* nevypovídá o tom, které škody mají být nahrazeny. Pouze lakonicky stanoví, že každý může uplatnit náhradu škody a „v případě, že chybí příslušné pravidlo komunitárního práva, je úkolem vnitrostátního práva jednotlivého členského státu stanovit podrobnosti pro výkon tohoto práva včetně detailů týkajících se aplikace pojmu příčinné souvislosti.“⁴⁴² Z toho vyplývá, že je určení věcné ochranné působnosti záležitostí národního práva, s tím jediným omezením, že žadatel nesmí být v případě porušení práva EU na tom hůře než žadatel, který uplatňuje porušení národního práva. Samozřejmě lze argumentovat tím, že je z důvodu obecné formulace zahrnut jakýkoliv druh (ekonomické) škody. To by ale nevedlo k žádným rozumným výsledkům. Tuto obecnou formulaci je třeba dále vymežit a nebo alespoň stanovit, že se jedná pouze o majetkové škody. Druhy škod by měly být teoreticky odvoditelné z funkce zákona v celkovém právním řádu. Především to jsou čisté ekonomické škody (*pure economic loss, reine Vermögensschäden*). Jejich náhrada je zpravidla odmítána, přičemž se připouští pouze v určitých odůvodněných případech, avšak v současné době jsou zde tendence spíše okruh těchto případů rozšiřovat.⁴⁴³ V zásadě lze nahradit tyto škody pouze tehdy, pokud zákon jejich náhradu připouští nebo s ní implicitně počítá. Teoreticky lze najít i jiné opěrné body pro vymezení zájmu, který si zaslouží ochranu podle kartelového práva.

i) Ekonomické škody (Vermögensschäden)

Je složité poskytnout exaktní definici čistých ekonomických škod.⁴⁴⁴ Koziol se úspěšně ujal jejich definice: O ekonomických škodách se hovoří v případě, „že se jedná o znevýhodňující změny na majetku, které byly způsobeny, aniž by došlo k narušení absolutně chráněných právních statků, tj. zejména nedošlo k zásahu do osobnostních, věcných práv ani práv

⁴⁴² Manfredi, bod odůvodnění 64.

⁴⁴³ Tichý L., České deliktní právo ve světle vývojových tendencí, in: Tichý L. (ed.), Vývoj práva deliktní odpovědnosti za škodu v České republice, Rakousku a Evropě, Univerzita Karlova 2005, 52, 58.

⁴⁴⁴ Některé právní řády tento druh škod neuznávají ani jako právní kategorii, dokonce tyto škody ani nevymezují v podobě samostatné skupiny. Blíže k tomu viz Palmer V.V., Bussani M., Pure Economic Loss. New Horizons v Comparative Law, Routledge-Cavendish 2009, 10.

duševního vlastnictví.⁴⁴⁵ Máme dvě možnosti, jak ekonomické škody konkrétně vymezit: Lze je vymezit tím, že se jedná o škody, které vzniknou nezávisle na úmrtí, ublížení na zdraví nebo na poškození věcného majetku. Za druhé tyto škody lze charakterizovat tím, že nastanou bez narušení právně chráněného zájmu.⁴⁴⁶ Příkladem je, když jiná osoba svým jednáním způsobí, že poškozený kvůli tomu musí za určitou věc vydat více finančních prostředků, než by bez poškozujícího jednání vydal. Jiným příkladem je výrobce, který nemůže pokračovat ve výrobě z důvodu chybějícího materiálu. Nebo opět jiný příklad, když podnikatel nemůže své výrobky prodávat vůbec nebo pouze v menším množství.⁴⁴⁷ Je zřejmé, že se jedná o typické škody z porušení kartelového práva. Vzhledem k tomu, že GWB přiděluje nárok na náhradu škody v případě jeho porušení, lze z toho vyvodit, že přidělený nárok zahrnuje náhradu čistých ekonomických škod, které jsou pro jeho porušení nejcharakterističtější. Shora uvedené příklady lze shrnout pod pojmem ušlý zisk, přestože ušlý zisk není jediným druhem ekonomických škod. Následující příklady lze považovat za ekonomické škody, jejichž náhrada se poskytuje v rámci kartelového práva:

1. Pokud je bráněno **konkurentům** vstoupit na trh, může u nich dojít ke ztrátám na zisku. Jejich škoda pak spočívá v teoretickém zisku, který by podnik měl, kdyby býval mohl vyvíjet svou činnost na tomto konkrétním trhu. To samé platí i v případech, kdy poškozený podnik, který již působí na trhu, je ve své činnosti na tomto trhu omezován nebo je jeho činnost ztěžována ze strany podniků, které se účastní kartelu nebo mají dominantní postavení na trhu. Při tom je potřeba vždy sledovat směr, který poškozujícího jednání sleduje.

Zákaz kartelů rozdělujících trh (např. území, výrobky, zákazníky nebo objemy) nebyl zaveden k tomu, aby chránil konkurenty před újmou. Pokud u nich újma nastane, tak tato újma se zakázaným chováním zjevně nespojuje. Rozdělení trhu jako takové není nepřátelským chováním vůči konkurenci. Pokud se tak děje s úmyslem uškodit někomu jinému, směřuje tento úmysl proti protějším účastníkům na trhu. Nenastanou-li další okolnosti navíc, není trh tímto chováním natolik zafixován nebo izolován, že by ostatní podniky měly ztížený přístup na jednotlivý trh nebo by vlivem tohoto chování došlo ke znevýhodnění pozice stávajících konkurentů na trhu (v jejich odbytových nebo nákupních příležitostech).⁴⁴⁸

Ani smluvní strany vertikálních kartelů nesledují v první řadě záměr škodit konkurentům. Záměrem vertikálního kartelu je zpravidla působit na dalším stupni distribučního řetězce,

⁴⁴⁵ Koziol, Grundfragen, 192, m.č. 6/47.

⁴⁴⁶ Van Boom W.H., Pure Economic Loss: A Comparative Perspective, in: Van Boom W.H., Koziol H., Witting C.A., Pure Economic Loss, Springer Verlag 2004, 3, m.č. 5.

⁴⁴⁷ Viz rovněž Palmer, Bussani, 18.

⁴⁴⁸ Breitreuz, 156.

např. navýšením nákupních cen pro zúčastněné odběratele. To by mohlo být naopak výhodné pro konkurenta, který není vázán kartelovou dohodou. Uměle navýšené ceny spíše nahrávají konkurentům ve vztahu vůči svým odběratelům. Nicméně BGH konstatuje ve svém rozhodnutí 4711, že tím podnik může získat „*konkurenční náskok oproti svým konkurentům dodržujícím zákon.*“⁴⁴⁹ Účelem kartelového práva je chránit konkurenty před konkurenční výhodou některých z nich z určování cen. Skutečně může být určování cen pro podnik, který tak jedná, dlouhodobě výhodné. Oproti jiným podnikům jednajícím v souladu se zákonem si tento podnik může mnohem rychleji vytvořit pověst exkluzivní značky,⁴⁵⁰ a je schopen odlákat zákazníky svých konkurentů, kteří utrpí pokles zisku.

Porušení kartelového práva může dokonce vést k tomu, že se podnikatel, který je již zavedený na trhu, stáhne svou účast z deformovaného trhu. V tomto případě se náhrada vztahuje i na ušlý zisk v důsledku nepokračování účasti na trhu.⁴⁵¹

Ekonomická škoda nemusí ale zdaleka spočívat pouze v ušlém zisku. Konkurentům mohou vzniknout finanční škody v podobě nákladů, které podnik zbytečně vynaložil pro vstup na nový trh s nadějí, že se mu podaří proniknout a získat nový zdroj zisku, kterým by tyto vstupní náklady pokryl. Škoda může spočívat i ve ztrátě hodnoty podniku v důsledku jeho neúspěšného pokusu zavést svůj výrobek na nový trh.

Všechny tyto škody vznikly omezením vstupu podniku na trh a jeho volného působení na trhu. Vzhledem k tomu, že úkolem kartelového práva je chránit před těmito způsoby omezení, spadají veškeré zmíněné škody do ochranné působnosti.

2. I v případě, že **druhá strana na trhu dál zpracovává/prodává odebrané zboží/služby**, se nám jako potenciální škoda vybaví ušlý zisk. I zde může mít ušlý zisk různý původ. V případě horizontálních cenových ujednání spočívá ušlý zisk v první řadě ve vyšší nákupní ceně za výrobek. Zvýšená nákupní cena má další dopad. Odběratel si nemůže dovolit odebírat stejné množství jako dřív, nevyrabí a neprodává tolik jako dřív. Při předražení zboží má odběratel, který jej dále zpracovává, dvě možnosti: Může ponechat své původní ceny na úkor ziskového rozpětí, nebo může nechat promítnout dražší vstupy do cen za své výrobky. (Viz problematika přenesení škody ve zvláštní kapitole.) To může vést k větší zdrženlivosti jeho zákazníků s tím důsledkem, že mu snížené prodejní objemy v odpovídající míře sníží i zisk. Nebo dokonce může své zákazníky ztratit. Mohou přejít k jiným prodávajícím, kteří u škůdce nenakupují nebo přes navýšení cen vstupů své ceny drží na nižší úrovni. Podobná konstelace vzniká i u

⁴⁴⁹ Rozsudek BGH ze dne 8. 10. 1958, BGHZ 28, 208, 222 - 4177.

⁴⁵⁰ Langen, Bunte/*Bornkamm*, § 33, 974, m.č. 49.

⁴⁵¹ Bulst, NJW 2004, 2201, 2202.

zneužívání dominantního postavení na trhu, když podnik své dominantní postavení na úkor předchozích nebo následných stupňů tržního řetězce zneužije k tomu, že prosazuje např. příliš nízké nákupní ceny (problém koncentrace poptávky na straně obchodu vůči průmyslu) nebo že vyžaduje v rámci monopolu předražené spotřebitelské ceny (ve vztahu průmyslu vůči spotřebiteli.)

K typickému chování účastníků kartelu nebo monopolistů patří odmítnutí dodávek odběratelům, popř. bojkotování odběratelů a subdodavatelů. V případě bojkotování odběratelů nemohou odběratelé vyrábět nebo prodávat dál a nedocílí žádný zisk. Pokud mají tu možnost, mohou změnit svůj sortiment a nabízet jiné výrobky, které mohou být drahé nebo méně vhodné. Subdodavatelé, kteří jsou bojkotováni, nejsou schopni své výrobky prodávat dál, nebo v omezené míře pouze některým nezúčastněným podnikům. Ani v tomto případě nelze popřít, že došlo k poklesu zisku.

Bornkamm považuje výklady v odborné literatuře a judikatuře⁴⁵² za nepřesné, pokud je v nich uváděno, že majetková újma spočívá v ušlém zisku.⁴⁵³ Podle jeho názoru škoda nastává už dříve, v okamžiku, kdy se odběratel zaváže, že bude odebírat výrobky za „kartelovou“ cenu, protože již v tomto okamžiku je vlivem kartelu jeho majetek zatížený příliš vysokým závazkem. Pokud bychom spatřovali majetkovou újmu pouze v ušlém zisku, vztahovala by se náhrada škody pouze na ušlý zisk, nikoliv na celou majetkovou újmu. Právě tato majetková újma se dá kompenzovat i později – přenesením škody (viz samostatná kapitola). Je pochopitelné, proč se při určování rozsahu škody vychází z ušlého zisku. Rozsah škody se dá jednodušeji určit teoretickou cestou, tzv. diferenční metodou, podle níž se skutečný výdělek poškozeného odečte od teoretického výdělku, který by poškozený mohl docílit, kdyby ke škodné události nedošlo. Podle mého názoru spočívá jednoduchost stávající metody v tom, že podle ní je zapotřebí pouze jedna hypotetická hodnota, zatímco metoda Bornkamma vyžaduje dvě hypotetické hodnoty.

Rovněž vertikální kartely mohou způsobit přímým tržním protějškům, kteří se nezúčastní kartelu, ekonomickou škodu. V případě sjednaného výhradního odběru u určitého subdodavatele může dojít na straně nezúčastněných subdodavatelů k omezení jejich odbytových možností. Dochází totiž zčásti k výpadku jejich potenciálních zákazníků. V případě stanoveného způsobu distribuce jsou z odběru vyloučeni nezúčastnění potenciální odběratelé, pokud odmítnou převzít kartelové závazky, což má stejné účinky jako vyloučení určitých osob z dodávek. Tento stav může znevýhodňovat následné odběratele tj. druhou tržní

⁴⁵² Viz např. FKK/*Roth*, § 33, m.č. 145; Köhler, GRUR 2004, 99, 102, popř. judikatura ve věci vitamínového kartelu: Rozsudek OLG Karlsruhe ze dne 28. 1. 2004, WuW/E 1229, 1230.

⁴⁵³ Langen, Bunte/*Bornkamm*, § 33, 989, m.č. 112.

stranu ve vztahu k účastníkovi kartelu, který převzal kartelové závazky. Vertikální kartely jsou zpravidla doprovázeny přehnaně vysokými cenami uvnitř kartelu a tyto ceny jsou předávány dál.

3. Majetková újma vzniká i u spotřebitelů jako tržního protějšku. Jejich újma spočívá typicky v tom, že jsou nuceni vydat za své spotřební zboží víc než při nenarušené hospodářské soutěži (za předpokladu, že se spotřebitelé rozhodnou pořídit si zboží za vyšší cenu). Avšak je na místě otázka, zda je skutečně úkolem kartelového práva chránit spotřebitele před nákupem předraženého zboží. Dejme tomu, že účelem kartelového práva je zajistit nenarušený a funkční trh – jak lze vyčíst z rozsudku ve věci *Courage*. Potom se jeví jako problematické nahrazovat spotřebiteli v rámci této normy újmu v podobě potenciálně předražené ceny, když jednání porušující kartelovému právu nebyl zaměřený proti němu (např. v případě omezení jiných podnikatelů). Jde o to, že spotřebitel je vždy konečným článkem řetězce, u kterého se kartel projeví. To nemá vést k domněnce, že se jedná o opětovné zavedení kritéria cíleného jednání, kdy se vyžadovalo, aby opatření směřovalo proti konkrétním osobám. V tomto případě se totiž jedná o obecnou skupinu. Na straně spotřebitelů vznikla kolaterální škoda, což je hodné politování, ale nic víc. Obvykle ale bývají tyto škody u jednotlivých spotřebitelů velmi nízké. Kumulaci větší finanční částky se dalo zabránit zakotvením nároku spotřebitelských sdružení na odčerpání zisku. Jiná situace nastane v případě protiprávního jednání směřujícího přímo proti spotřebitelům (mimo jiné na základě cenových ujednání nebo vynucením vyšších cen ze strany podniků ovládajících trh). Tento druh jednání je zaměřený proti majetku spotřebitelů a, pokud jednání odporuje zákonu, bude účelem tohoto zákona chránit právě před těmito škodami.

4. Ekonomická škoda nepřímých odběratelů spočívá rovněž v příliš vysoké nákupní ceně. Cenové navýšení je ale mnohem hůře prokazatelné, protože bylo předáno dál přes několik úrovní a bylo ovlivněno i jinými faktory, které se vymykají kontrole podniků. S každým dalším odbytovým stupněm dochází ke stále většímu tříštění a rozdělení škody do zanedbatelných částek, tudíž opadává zájem uplatnit její náhradu. Tyto přirozené vlivy vyvažují to, že je vyloučena oprávněnost nároků nepřímých odběratelů.⁴⁵⁴

Avšak je na místě otázka, zda lze skutečně hovořit o ekonomické škodě, která vznikla porušením kartelového práva. Na trhu panují velmi nejisté poměry. Vznikající situace nebývají výsledkem izolovaného působení jednotlivce. Chování účastníků kartelu je jen

⁴⁵⁴ Langen, Bunte/*Bornkamm*, § 33, 994, m.č. 131.

jedním z mnoha dalších faktorů ovlivňujících situaci na trhu. Působícími faktory jsou např. politika, události na vedlejších trzích a na globálním trhu, počasí, psychika davu a jednotlivých účastníků trhu atd. Neměli bychom spíše než o ekonomické škodě hovořit o ztrátě šance, angl. *loss of chance*?⁴⁵⁵ Přiznávám, že se jedná o sporný jev. Problém spočívá v tom, že nejsou splněny předpoklady odpovědnosti, když nelze přesně určit výši škody. S jistotou lze v těchto případech tvrdit, že byla **zmařena šance** získat určitou výhodu. Existuje pouze málo případů, kdy byl tento druh škody přisouzen. Přece jen se pohybujeme ve světě hypotéz. Právnický ale většinou nejistota na trhu nezajímá a při určování rozsahu náhrady škody se chovají, jako kdyby tyto aspekty nejistoty vůbec neexistovaly. Je to vůbec správné?

ii) Narušování svobody jednání

Dalším opěrným bodem by mohlo být narušení svobody jednání. Podle judikatury BGH je dalším úkolem soutěže úkol na poli společenském, jedná se o zajištění individuální svobody jednání pro všechny účastníky trhu a omezení hospodářské moci.⁴⁵⁶ Soutěž na trhu je tady z toho důvodu, aby se každý účastník trhu mohl na trhu jako podnikatel nebo spotřebitel svobodně pohybovat.

Již článek 2 odst. 1 německé ústavy (*Grundgesetz*) obsahuje právo obecné svobody jednání. Mimo jiné chrání toto ustanovení hospodářskou činnost a svobodu podnikání.⁴⁵⁷ Samozřejmě, že se jedná v první řadě o nároky vůči státu, avšak stát tyto nároky realizoval a mimo jiné je zapracoval i do zákona proti omezování hospodářské soutěže. Skutečnost, že je svoboda jednání účastníků trhu považována za konstitutivní prvek soutěžního řádu zakotveného v GWB, je patrná již z úvodu důvodové zprávy vládního návrhu tohoto zákona, podle níž má GWB „zajistit svobodnou soutěž a odstranit ekonomickou moc všude tam, kde ekonomická moc narušuje účinnost hospodářské soutěže včetně působení hospodářské soutěže na zvyšování produktivity“.⁴⁵⁸ Dále důvodová zpráva uvádí jako výslovný cíl zákona „zajištění volného přístupu na trh pro nové podniky“.⁴⁵⁹ Stejným způsobem pokračuje německý zákonodárce i v důvodové zprávě k 2. novele zákona proti omezování hospodářské soutěže a nazývá zajištění svobody jednání jednou z funkcí hospodářské soutěže: „V tržním

⁴⁵⁵ Jedná se o ztrátu možnosti těžit z pozitivní události nebo o ztrátu možnosti vyrovnat se negativní událostí.

⁴⁵⁶ BGH, WuW/E BGH, 1299, 1300 – Strombezugspreis – 20.(?) 10. 1977.

⁴⁵⁷ Jarass H.D., Pieroth B., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, C.H.Beck, Mnichov 2007/Jarass, Art. 2, 60, m.č. 4a

⁴⁵⁸ Begründung zum GWB (důvodová zpráva k zákonu proti omezování hospodářské soutěže), BT-Drucks II/1158, 21.

⁴⁵⁹ Begründung zum GWB, BT-Drucks II/1158, 22.

*hospodářství má dispoziční volnost přednost do té míry, dokud nevede využívání této svobody k podmanění trhu, a tím k odstranění hospodářské soutěže a svobody druhých.*⁴⁶⁰ Svoboda jednání podniků působících na trhu byla nejen centrální, charakterizující a ve velké míře určující pohnutkou k postupnému vytváření a vývoji zákona proti omezování hospodářské soutěže, nýbrž dokázala přečkat i veškeré změny a úpravy ideálu soutěžní politiky a jeho přizpůsobení ekonomické realitě.⁴⁶¹

Podobný názor lze podsunout i evropskému zákonodárci. Evropský zákonodárce sice hovoří o soutěžních omezeních tj. o omezování hospodářské soutěže jako o samostatné entitě bez spojitosti s účastníky trhu, přesto lze pod tento pojem zařadit zákaz omezení svobody jednání účastníků trhu. Vlastně se jedná o zákaz narušení práva účastníků trhu na seburčení v podobě svobodného přístupu na trh, svobodné volby smluvních partnerů, svobodného uzavírání obchodů včetně svobodné formulace obchodních podmínek.⁴⁶² Tímto bychom přihlédli ke stanovisku Bornkamma, podle něhož je třeba nahradit nejen pouze ušlý zisk.

Tento přístup ale nelze uplatnit na spotřebitele, u kterých se jen stěží dá hovořit o omezení svobody jednání. Jejich volba nakupovat nebo nenakupovat totiž není narušena vůbec nebo pouze nepřímo, když vychází z jejich ekonomických úvah.

iii) Otázka nepřímých škod

Stejně, jako existují nepřímí poškození, existuje i nepřímá škoda. Jedná se o dva různé nezaměnitelné pojmy. Zatímco problematika nepřímého poškozeného je otázkou okruhu osob s potenciálními nároky a otázkou jejich postavení v kauzálním řetězci, jedná se u nepřímých škod o související škody, které má jedna a tatáž osoba. Škůdce zavíní tzv. primární škodu (např. zničí vozidlo) a teprve tato primární škoda vyvolá u poškozeného další škody (v tomto případě náklady na opravu).

Mezi akademiky se však nacházejí i tací, kteří jsou pro vzdání se rozlišování mezi přímou a nepřímou škodou.⁴⁶³ Jako argumenty pro tento postoj uvádějí zejména: problémy s vytyčováním hranice mezi nimi v konkrétních případech; skutečnost, že již primární (přímá) škoda může být zcela neobvyklou a zcela nepravděpodobnou; a skutečnost, že nepřiznání náhrady škody za nepřímou (sekundární) škodu může být v konkrétním případě nespravedlivé. Nicméně i odpůrci přísného rozlišování mezi přímou a nepřímou škodou uznávají, že skutečnost, že škoda vznikla přímo či jako sekundární následek primární škody,

⁴⁶⁰ BT-Drucks 265/71, 16.

⁴⁶¹ Breitzkreuz, 80.

⁴⁶² Langen, Bunte, Art. 81, 105, m.č. 80.

⁴⁶³ Viz zejm. Lange H., AcP 156, 114, 121.

má určité konkrétní dopady na kvalitu odpovědnosti škůdce. Přiznávají, že v případě přímé škoda má spíše povinnost vzniklou škodu nahradit, zatímco v případě nepřímé škody, čím je tato vzdálenější, tím více slábne povinnost ji nahradit.⁴⁶⁴

V oblasti kartelového práva připadají jako nepřímé škody v úvahu např. náklady na opětovné vybudování podniku, náklady na získání nových zákazníků atd. V zásadě lze požadovat i náhradu nepřímých škod,⁴⁶⁵ pokud ale tyto škody nevypadnou z povinné náhrady v rámci zkoumání příčinné souvislosti a zavinění včetně jiné přičitatelnosti (např. zkoumání ochranné působnosti normy)⁴⁶⁶. Nastává otázka, zda by měly být tyto škody nahrazeny v rámci kartelového práva, tj. zda spadají rovněž pod ochranu ustanovení čl. 101/102 SFEU. K vyřešení této otázky je třeba mít na paměti zvláštní okolnosti v prostředí kartelového práva a trhu. Je třeba se ptát, zda by poškozený tyto náklady býval nevynaložil bez ohledu na protiprávní jednání, a zda je nutné mu je odejmout, tj. zda tyto škody ve své podobě spadají do ochranné působnosti zkoumané normy. K této otázce ještě neexistuje judikatura nejvyšších soudů a můžeme si jen domýšlet, jak by v tomto případě rozhodoval BGH. Ve světle jeho judikatury, která je v kartelovém právu velmi příznivá pro poškozené osoby, si lze představit, že by mohl být v této otázce spíše vstřícný.

c) Funkcionální (modální) působnost ochrany

Nelze však opomenout, že zdání může někdy klamat a ve skutečnosti nemusí být dohoda, která se tak jeví, zakázaná. Záměrné paralelní chování několika málo firem působících v určitém odvětví (oligopol) může být pouze přízpůsobením se tržnímu prostředí, kdy tyto podniky jdou s dobou, a nemusí se vůbec jednat o zakázané „jednání ve vzájemné shodě“ ve smyslu ustanovení čl. 101 odst. 1 SFEU. Dokonce může dojít i k ujednání mezi těmito společnostmi. Přesto může být jejich dohoda legální, např. tehdy, pokud spadá pod výjimku čl. 101 odst. 3 SFEU⁴⁶⁷. Touto problematikou se zabývá zkoumání modální (způsobové) ochranné působnosti normy.

Při zjišťování modální ochranné působnosti normy jde o to, stanovit, před jakým rizikem má norma chránit. Narušení právního statku/zájmů musí být realizováno právě tím způsobem,

⁴⁶⁴ Lange H., AcP 156, 114, 122.

⁴⁶⁵ Deutsch, Ahrens, 196, 424.

⁴⁶⁶ Schwarz G.C., Wandt M., Gesetzliche Schuldverhältnisse, Verlag Vahlen 2011, 4. vyd., 472, m.č. 54.

⁴⁶⁷ Jedná se o dohody, které přispívají ke zlepšení výroby nebo distribuce výrobků anebo k podpoře technického či hospodářského pokroku, přičemž vyhrazení spotřebitelům přiměřený podíl na výhodách z toho vyplývajících, a které a) neukládají příslušným podnikům omezení, jež nejsou k dosažení těchto cílů nezbytná; b) neumožňují těmto podnikům vyloučit hospodářskou soutěž ve vztahu k podstatné části výrobků tímto dotčených.

kterému měla příslušná norma zabránit.⁴⁶⁸ Převážně jde o to, stanovit, kterému ze shora zjištěných konkrétních způsobů chování měla předmětná norma skutečně zabránit, které způsoby chování jsou skutečně zakázané podle ustanovení čl. 101/102 SFEU. Podle důvodů vyloučení chování z aplikace normy se dají rozlišovat tyto následující skupiny vyňaté z modální ochranné působnosti normy: (i) způsoby chování, na které se norma nevztahuje, neboť není splněn požadavek mezistátního charakteru jednání. (To však neznamená, že by bylo chování nepostižitelné podle národního práva. Způsobená škoda může v tomto případě spadat do ochranné působnosti národní normy); (ii) Způsoby chování, na které se norma nevztahuje, protože jsou z ekonomického hlediska natolik bezvýznamné, že v žádném případě nemohou ohrozit hospodářskou soutěž; (iii) ujednání, která spadají pod režim ancillary restraints; (iv) způsoby chování, které spadají pod (individuální nebo blokovou) výjimku ustanovení čl. 101 odst. 3 SFEU.

i) Kritérium „mezi členskými státy“ (mezistátní klauzule)

Podmínku vyžadující mezistátní charakter protiprávního jednání lze najít jak v ustanovení čl. 101 odst. 1, tak v ustanovení čl. 102 SFEU. Podle této podmínky se **zákaz podle těchto ustanovení** vztahuje pouze na jednání, která „*by mohla ovlivnit obchod mezi členskými státy*“. Komise a unijní soudy v dosavadní praxi tuto podmínku vykládaly dosud spíše extenzivně, a tudíž se zřídka stávalo, že by nebyl potvrzen předpoklad narušení obchodu mezi členskými státy. Ze začátku tato praxe sloužila integrační politice, dnes sleduje cíle soutěžní politiky.⁴⁶⁹ Komise nevyvinula žádný vzorec, podle kterého by se dalo určit, kdy je podle této podmínky dán mezistátní charakter a kdy ne. Pravidlo, které Komise aplikuje, je pokaždé jiné podle toho, zda se jedná o obchodování v rámci několika členských států, v jednom státě nebo regionu, nebo zda je dotčeno obchodování se třetími státy nebo ve třetích zemích. Dále Komise rozlišuje mezi různými druhy omezení hospodářské soutěže. Dohody, které se týkají více členských států, jsou „*skoro vždy ve své podstatě*“ schopny ovlivnit obchod mezi členskými státy. Dohody, které se týkají pouze jednoho členského státu, vyžadují podrobnější zkoumání. U těchto dohod se předpokládá, že došlo k omezení obchodu, pokud vedou k izolaci vnitrostátního trhu.

Ustanovení hovoří o způsobilosti jednání, že by mohlo ovlivnit obchod mezi členskými státy. Nemusí nutně dojít ke skutečnému vlivu. K tomu se vyjadřuje i Komise ve svých pokynech k pojmu vlivu na obchod, kde stanoví tuto klasickou formuli: „*Vliv na obchod mají dohody*

⁴⁶⁸ Brüggemeier, Haftungsrecht, 537.

⁴⁶⁹ FKK/Roth, čl. 81 odst. 1, m.č. 303.

nebo jednání, které mohou „přímo nebo nepřímo, skutečně nebo potenciálně“ ovlivnit oběh zboží mezi členskými státy.⁴⁷⁰

ii) Znatelný dopad

Narušení obchodu dohodami musí být kromě toho citelné.⁴⁷¹ Jedná se o kvantitativní prvek. Komise ve svých pokynech k pojmu ovlivnění obchodu podle článků 81 a 82 Smlouvy⁴⁷² stanovila prahové hodnoty: V případě horizontálních dohod se prahová hodnota nachází u cca. pětiprocentního podílu na trhu s celkovým obratem všech účastníků ve výši 40 miliónů EUR, v případě vertikálních dohod je prahovou hodnotou cca. pětiprocentní podíl na trhu s celkovým obratem dodavatelů ve výši 40 miliónů EUR. Tato čísla jsou ale závazná pouze pro Komisi, neplatí pro národní kartelové úřady nebo pro národní a evropské soudy. Může se klidně stát, že národní civilní soud, který se bude zabývat nároky na náhradu škody, dospěje k odlišnému názoru. V praxi tento „samotářský“ postoj není příliš pravděpodobný, a když už, tak na úrovni nejvyšších soudů. Kromě toho lze předpokládat, že žaloby budou zřídka podávány jako žaloby „stand alone“, tj. nezávisle na rozhodnutí soutěžních úřadů. Tudiž nebude ve většině případů nutné řešit otázku mezistátního charakteru, která bude v době podání objasněna soutěžním úřadem (Komisí).

iii) Doplnková omezení (*ancillary restraints*)

Dalším příkladem vyloučení z modální ochranné působnosti normy jsou doplnková omezení tzv. *ancillary restraints*. Jedná se o výjimku ze zákazu podle ustanovení čl. 101 odst. 1 SFEU. *Ancillary restraints* jsou podmínky vázané v zásadě na nezávadné smlouvy, které hospodářskou soutěž omezují navenek nebo mezi smluvními stranami. Předmětem těchto nezávadných hlavních smluv bývá obvykle spojení (*sale of business* nebo *joint venture*), může se ale i jednat o povolenou smlouvu o spolupráci nebo o povolenou kartelovou dohodu. Většinou se jedná o zákaz konkurence, o povinnost dodávat nebo odebírat zboží atd. Zákaz konkurence může zahrnovat rozdělení trhu nebo omezení výroby a teoreticky by patřil k typickým příkladům narušení trhu. Přesto jsou tyto dohody za určitých okolností dovolené,

⁴⁷⁰ Sdělení Komise Pokyny k pojmu ovlivnění obchodu podle článků 81 a 82. Smlouvy o ES (2004/C 101/07), 36 atd.

⁴⁷¹ Rozsudek Soudního dvora č. 22/71 ze dne 25. 11. 1971 ve věci *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export*, ECR [1971] 949 (*Béguelin Import*), body 16 a 18.

⁴⁷² Sdělení Komise Pokyny k pojmu ovlivnění obchodu podle článků 81 a 82. Smlouvy o ES (2004/C 101/07).

a to již od doby vydání Rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Remia*⁴⁷³, popř. ve věci *Pronuptia*.⁴⁷⁴ Tyto okolnosti jsou dány, tj. náležitosti podle Soudního dvora jsou splněny v případě, že je „smluvní podmínka přímo spojená s hlavní smlouvou a nutná z hlediska jejího provedení.“ Tento druh omezení zákazu podle ustanovení čl. 101 odst. 1 SFEU lze rovněž najít v předpisech EU vydaných Komisí nebo příslušných dokumentech soft-law⁴⁷⁵ a stal se součástí stálé rozhodovací praxe Komise.⁴⁷⁶

Podmínky, které patří do doplňkových omezení, nesmí – podle sdělení Komise – s ohledem na dobu platnosti, územní a věcnou platnost ani ohledně dotčených osob „překročit míru nutnou k dosažení tohoto cíle.“⁴⁷⁷ Sdělení Komise určuje dále, co překračuje nutnou míru. Pokud podmínka tyto náležitosti splňuje, není protiprávní a zákaz podle ustanovení čl. 101 odst. 1 SFEU není určený k tomu, aby poskytoval ochranu před touto podmínkou. Proto nespádají újmy vyvolané touto klauzulí do ochranné působnosti normy čl. 101 SFEU a nelze požadovat za ně náhradu.

iv) Vynětí jednání ze zákazu - výjimka (Freistellung/Exemption)

Kromě shora uvedeného lze jednání škůdce vyjmout ze zákazu podle ustanovení čl. 101 odst. 1 SFEU a z jeho ochranné působnosti v případě, že je jeho jednání osvobozeno podle pravidel unijního práva. Stěžejním bodem tohoto osvobození je čl. 101 odst. 3 SFEU. Podle tohoto ustanovení jsou určité způsoby chování povolené, pokud současně splňují tyto čtyři podmínky: (1) spotřebitelům vyhražují přiměřený podíl na výhodách z toho vyplývajících; (2) přispívají ke zlepšení výroby nebo distribuce výrobků anebo k podpoře technického či hospodářského pokroku; (3) neukládají příslušným podnikům omezení, jež nejsou k dosažení cílů uvedených v bodech (1) a (2) nezbytná; (4) neumožňují těmto podnikům vyloučit hospodářskou soutěž ve vztahu k podstatné části výrobků tímto dotčených. Komise vydala různá nařízení k udělení blokových výjimek, jejichž účelem je zjednodušení tohoto pravidla. Vzhledem k tomu, že od nabytí účinnosti nařízení č. 1 není zapotřebí výslovného udělení výjimky Komisí pro určitý druh jednání, nýbrž platí zákonná výjimka, nemůže poškozený předem vědět, zda dané jednání spadá do ochranné působnosti normy

⁴⁷³ Ohledně fúzí: Rozsudek Soudního dvora č. 42/84 ze dne 11. července 1985 ve věci *Remia BV a další v Komise*, ECR [1985] 2545 (*Remia*), 19.

⁴⁷⁴ Ohledně ostatních obchodních transakcí (zejména distribučních smluv – v tomto případě se jednalo o smlouvu o licencovaném podnikání formou franšizy): Rozhodnutí Soudního dvora č. 161/1984 ze dne 28. 1. 1986 ve věci *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECR [1986] 353 (*Pronuptia*), body 16-17.

⁴⁷⁵ Nařízení 139/2004 v čl. 6 odst. 1 b); Sdělení Komise o omezeních přímo souvisejících se spojováním a pro ně nezbytných (2005/C 56/03); Sdělení Komise – Pokyny pro aplikaci čl. 81 odst. 3 Smlouvy (2004/C 101/08).

⁴⁷⁶ Např. rozhodnutí Komise č. M.5793 ze dne 12. 5. 2010 ve věci *Dalkia CZ/NWR Energy*.

⁴⁷⁷ Sdělení Komise k spojování (bod 19).

čl. 101 odst. 1 SFEU. Pokud neexistují předchozí rozhodnutí kartelového úřadu, bude objasnění otázky výjimky záležitostí soudu, který bude příslušný k projednání civilní žaloby na náhradu škody.

v) *Úřední prominutí/vynětí*

Ve skutečnosti se nejedná o samostatný důvod vyjmutí jednání z ochranné působnosti normy. Není totiž žádný další důvod, proč by mělo být určité jednání vyloučeno z ochranné působnosti normy. Přesto je třeba se o tomto bodě zmínit. Může se stát, že dojde k odlišnému názoru na protiprávnost jednání mezi národním soudem/úřadem na straně jedné a Komisí na straně druhé. To, co národní orgány považují za protiprávní, může Komise považovat za nezávadné.

Poté, co vstoupilo v platnost nařízení č. 1/2003, se vychází z toho, že jednání podniku na trhu je povoleno, pokud je nezakáže soutěžní úřad.⁴⁷⁸ Došlo ke zrušení negativních osvědčení a udělování výjimek podle nařízení č. 17 a shora uvedený nástroj úředního prominutí není určený k tomu, aby je nahrazoval. Udělení výjimek může jen zčásti nahradit pozitivní rozhodnutí, které je zakotveno v čl. 10 nařízení č. 1/2003 a na rozdíl od udělení výjimek neexistuje nárok na podání návrhu, a tudíž ani nárok podniků na pozitivní rozhodnutí. Podniky mohou pouze podat podnětu k vydání úředního prominutí. Záleží ale čistě na Komisi a jejím svobodném uvážení, zda vydá nebo nevydá rozhodnutí o nepoužití článků 101 a 102 SFEU. Kromě toho slouží vydání těchto rozhodnutí nikoliv zájmům jednotlivých podniků jako dřív, nýbrž veřejným zájmům. Existence veřejného zájmu je jediným předpokladem tohoto rozhodnutí, které Komise především využívá ke sjednocení praxe rozhodování národních kartelových úřadů.⁴⁷⁹ Tato nejednotnost rozhodovací praxe může vzniknout zejména u nových forem dohod, ke kterým ještě neexistuje žádná judikatura nebo ustálená praxe. Komise zasáhne vždy v případě, že národní úřady zakázaly nebo hodlají zakázat určitý druh chování, které Komise nepovažuje za protiprávní.

Tudíž může nastat případ, kdy národní úřad prohlásil něco za protiprávní a poškozený hodlá uplatnit náhradu škody, avšak Komise považuje chování za nezávadné. Ani v tomto případě nespadá škoda do ochranné působnosti normy podle článků 101/102 SFEU a nelze požadovat její náhradu na základě tohoto ustanovení.

⁴⁷⁸ Loewenheim, Meessen, Riesenkauff/*Anweiler*, Art. 10 Kartellverfahrensverordnung, 789, m.č. 1 an.

⁴⁷⁹ 14. bod odůvodnění Nařízení 1/2003.

Shora uvedené případy vedou k tomu, že zkoumané jednání, které splňuje jednu z uvedených podmínek, nespadá do modální ochranné oblasti podle článků 101/102 SFEU. V těchto případech nemá dotčená osoba žádný nárok na náhradu škody z porušení článků 101/102 SFEU, přestože je tato osoba považována za chráněnou osobu, které vznikla škoda na právním statku, který si rovněž zaslouží ochranu. Skutečnost, že poškozený nemá nárok z porušení čl. 101/102 SFEU, však nemusí nutně znamenat, že nemá žádný nárok na náhradu škody. I z porušení vnitrostátních soutěžních norem mu může vzniknout nárok, pokud byla aplikace čl. 101/102 SFEU vyloučena např. z důvodu nesplnění kritéria přeshraničnosti. To však již není tématem této práce.

3. Právní úprava v Rakousku

Na rozdíl od německého práva neobsahuje rakouský právní řád žádné výslovné ustanovení k určení nároku na náhradu škody u osoby poškozené porušením kartelového práva. Převládající nauka sice připouští, že zákazy čl. 101, popř. čl. 102 SFEU mohou mít charakter ochranného zákona ve smyslu § 1311 ABGB, avšak tato skutečnost není uznávána s takovou otevřeností jako v Německu. Stále se ozývají námitky, že veškeré předpisy kartelového práva slouží k zamezení narušení hospodářské soutěže, kterou ve veřejném zájmu chrání jako instituci,⁴⁸⁰ a ochranou této instituce dochází k naplnění veškerého ochranného účelu. (Toto tvrzení se opírá o argument, že kritérium mezi členskými státy vylučuje individuální ochranu, neboť z něj vyplývá, že kartelové právo slouží velkým cílům Evropské unie.⁴⁸¹) Další námitky se netýkají obsahu normy, nýbrž jejího účinku. Poukazují na potíže, popř. na nemožnost zjistit výši škody a na nedozírný rozsah odpovědnosti.⁴⁸² Případné potíže zjistit škodu by dle mého názoru neměly mít vliv na přiznání vlastnosti ochranného zákona. Pokud bychom tyto argumenty připustili, museli bychom odepřít i jiným poškozeným jejich nároky. Na druhé straně bychom si mohli usnadnit život, pokud odepřeme určitým, na první pohled složitějším, typům škodných událostí jejich pokrytí ochranným zákonem. Na argument nedozírného rozšíření a rozvětvení nároků na náhradu škody lze odpovědět společně s Karollusem, který uvádí, že tento argument nepovažuje za důvod k vyloučení nároků na náhradu škody u norem, které fakticky chrání předem nevymezenitelný počet nositelů absolutních práv.⁴⁸³ Možná bude uplatnění nároků na základě těchto norem vázáno na splnění přísnějších podmínek, pokud ale

⁴⁸⁰ Gehmacher F., Hauck D., Madl R., Schadenersatz bei Kartellverstoß – Zur Lombard-Club Entscheidung der Kommission, , *ecolex* 2002, 564, 566.

⁴⁸¹ Stillfried G., Stockenhuber P., Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 85 EG-V, *WBI* 1995, 301, 307.

⁴⁸² Stillfried, Stockenhuber, *WBI* 1995, 309.

⁴⁸³ Karollus, 351.

Ize dokázat, že tyto normy slouží obecně k individuální ochraně, lze předpokládat, že se jedná o ochranné zákony. Tuto vlastnost lze předpokládat u předpisů kartelového práva, kterým se obecně přiznává minimálně vlastnost ochrany volného vstupu druhých podnikatelů na trh.

I dnes, v době po vydání rozsudku ve věci *Courage*, nahlíží rakouské soudy na nároky na náhradu škody uplatněné na základě porušení kartelového práva s určitou skepsí – s odůvodněním, že „*přednostním posláním právního řádu je efektivní obnova hospodářské soutěže, nikoliv peněžní kompenzace jejího narušení, která může sloužit pouze jako náhražka.*“⁴⁸⁴ To ale neznamená, že by v Rakousku nedošlo k žádnému podání žalob na náhradu škody na základě kartelového práva. První pokus byl v roce 2002 poté, co Komise odhalila kartel rakouských bank s názvem *Lombard Club*. Tento kartel existoval již od roku 1950. Avšak k podání žaloby nedošlo kvůli nedostatku důkazů na straně žalujících, když Komise odmítla poskytnout své dokumenty.⁴⁸⁵ V roce 2007 byl vydán první rozsudek ve věci kartelu mezi štýrsko-hradeckými autoškolami tzv. *Grazer Fahrschulen-Kartell*.⁴⁸⁶ V rozsudku se sice jednalo o porušení národního kartelového práva, nicméně měla žaloba na náhradu škody úspěch. Již od začátku roku 2010 stále projednává Obchodní soud ve Vídni žaloby podané proti kartelu výrobců výtahů a eskalátorů ve známém tzv. výtahovém kartelu (*escalator and elevator cartel, Fahrstuhl-Kartell*) z důvodu porušení kartelového práva.

Přes nízký počet podaných žalob panuje v Rakousku na rozdíl od Německa spokojenost s řešením prostřednictvím ustanovení § 1311 věty druhé, druhé alternativy ABGB a stávající nástroje jsou považovány za postačující. Rakouský zákonodárce na rozdíl od německého nepociťoval v době po vydání rozsudku ve věci *Courage* potřebu změnit úpravu nároků na náhradu škody. Samozřejmě má ale rozsudek ve věci *Courage* vliv na výklad práva při vymezení ochranné působnosti normy.

I v tomto případě jde o to, provést stejnou zkoušku. Mnohé, co bylo řečeno o německém právu, by se na tomto místě dalo opakovat. Proto zde uvedu pouze shrnutí podstatných bodů včetně odlišností. Obecně lze říct, že Rakousko přijalo judikaturu z rozsudku ve věci *Courage* spíše poklidně.

a) Osobní ochranná působnost normy (persönlicher Schutzbereich)

i) Přímí poškození

⁴⁸⁴ Rozsudek OGH sp.zn. 16 Ok 13/08 ze dne 12. 1. 2009, bod odůvodnění 3.18.

⁴⁸⁵ Rozhodnutí Komise ze dne 11. června 2002, Úřední věstník 2004, L 56, 1.

⁴⁸⁶ Rozsudek BG Graz sp.zn. 4 C 463/06h ze dne 16. 3. 2007, potvrzeno rozsudkem LG Graz sp.zn. 17 R 91/07p ze dne 17. 8. 2007 – *Grazer Fahrschulen*.

Vzhledem k tomu, že zatím neexistuje téměř žádná judikatura k této problematice, nezbývá než vyčkat, jak rakouské soudy nakonec vymezí okruh oprávněných osob. Přesto se lze orientovat podle obecných pravidel, zásad, judikatury rakouských soudů a Soudního dvora. Ustanovení § 1311 věty druhé, druhé alternativy ABGB nařizuje každému, kdo poruší ochranný zákon, aby ručil za veškerou újmu, která by jinak nenastala. Slovo „každý“ ovšem nelze brát doslovně stejně jako v případě ustanovení § 1295 ABGB.⁴⁸⁷ I do těchto klauzulí zasahuje ochranný účel porušené ochranné normy. Tudíž škůdce v žádném případě neručí za jakoukoliv újmu, nýbrž pouze za škodu, které se norma snaží zabránit.

Před vydáním rozsudku ve věci *Courage*: Podle judikatury se účel předpisu omezuje pouze na ochranu osob, které se ocitnou v nebezpečí oprávněně.⁴⁸⁸ Neoprávněně se poškozený ocitne v nebezpečí tehdy, pokud mohl zdroj nebezpečí poznat a vystavil se nebezpečí svévolně. V tomto případě nemá žádný nárok. Obdobně se dá toto ustanovení použít i na škody z porušení kartelového práva. Nebezpečí ale nespočívá v akutním ohrožení věcí materiální povahy, nýbrž se vztahuje na situaci, kdy může eventuálně dojít ke zvýšení nákladů a snížení zisku. Často se však stává, že je riziko této újmy pro poškozeného předvídatelné. Dokonce samotný poškozený ví, že bude muset platit víc peněz a ví proč. Přesto tak jedná, takže vznikne škoda. Bývá ale často v takové ekonomické pozici ve vzájemně propojených ekonomických vztazích, že sám nemůže rozhodovat o tom, jaké vztahy a s kým je naváže. Situace spotřebitele může být ale odlišná. Má spíš možnost vybrat si výrobky, které koupí a které ne. Často mu ale chybí přístup k informacím a ocitá se v nebezpečí, aniž by si to uvědomil.

Před vydáním rozsudku ve věci *Courage* byla rakouská úprava, co se osobní ochranné působnosti normy týče, stejně restriktivní jako německá úprava, ne-li restriktivnější. Marně bychom ale hledali podmínku, která by se vyrovnala německé podmínce „cíleného jednání“. Rozsah osobní ochranné působnosti normy určitého ustanovení v případě ustanovení § 1311 věty druhé, druhé alternativy ABGB by neměl záviset na tom, zda narušitelé ochranného zákona měli v úmyslu cíleně poškodit určitou osobu nebo ne. Pro určování potenciálních oprávněných osob směrodatná byla formulace ustanovení článků 101/102 SFEU (tehdy článků 85/86 SES).⁴⁸⁹ Ustanovení písmen d) a e) článku 101 hovoří výslovně o obchodních partnerech a proto byli obchodní partneři každopádně považováni za oprávněné osoby. Vynucování nebo určování cen směřuje i proti obchodním partnerům. Do ochranné

⁴⁸⁷ Schwimann/*Harrer*, § 1311 287, m.č. 11. Viz rovněž Koziol, *Haftpflichtrecht* II, 109.

⁴⁸⁸ Rozsudek OGH sp.zn. 2 Ob 192/70 ze dne 9. 7. 1970, SZ 43, 132, 479, 480.

⁴⁸⁹ Stillfried, Stockenhuber, WBI 1995, 308.

působnosti normy byly zahrnuti i konkurenti, přičemž je udivující, že bylo třeba zvlášť zdůraznit, že se ochranná působnost normy vztahuje **rovněž na tuto skupinu**, nejen na tržní protějšek. Jak se v Německu právem usoudilo, jsou právě konkurenti tou skupinou, na které záleží hospodářská soutěž. Jejich volný přístup na trh a volný pohyb na trhu v rámci právních předpisů činí z trhu funkční konkurenční prostředí, které je tou institucí, na jejíž ochraně kartelovému právu záleží. Až na druhém místě jsou zájmy druhé tržní strany.

Na rozdíl od německého práva byly nároky účastníků kartelu na náhradu škody kategoricky odmítány. To bylo správně odůvodňováno tím, že by přiznání jejich nároků směřovalo k obcházení unijně právního zákazu utváření kartelů.⁴⁹⁰ K eventuálně nutné ochraně účastníků slouží zejména nicotnost, neplatnost kartelu podle ustanovení odst. 2 čl. 101 SFEU. Účastník kartelu mohl mnohem jednodušeji zabránit vzniku škody na své straně tím, že jednoduše zrušil smlouvu. Za další nesmíme zapomenout obecný právní princip, podle něhož skutková podstata deliktu není určena k ochraně osob, které se na deliktu podílely.

Co se věcné ochranné působnosti normy týče, vycházelo se samozřejmě z předpokladu, že zákaz sleduje ochranu škod, které typicky vznikají jeho porušením. Jedná se o ekonomické škody, jejichž náhrada je i podle rakouského práva vázána na splnění určitých podmínek (např. na podmínku porušení ochranného zákona, který má zabránit vzniku těchto škod).

Po vydání rozsudku ve věci *Courage*: Na tomto pozadí znamenal rozsudek Soudního dvora ve věci *Courage* velký přelom, zejména v tom ohledu, že „klausule o nároku každého na náhradu škody“ jakoby upustila od kritéria ochranného účelu. Uvedené rozhodnutí bylo pojato tak, že kritérium ochranného účelu nelze doplňovat národním právem a prosazení unijně právně zakotveného nároku cestou národního práva se nesmí odvíjet od toho, zda se na škodu a poškozeného vztahuje osobní a věcná ochranná působnost kartelových předpisů EU.⁴⁹¹ Tento názor se v odborné literatuře setkal s odporem.⁴⁹² Nezhlednění ochranného účelu by bylo velkou chybou. A už vůbec nemohou být základem tohoto postupu znepokojující úvahy, že je roztáhlý základ nároku jedinou možností, jak posílit dodržování evropských soutěžních pravidel.

Proto ani v době po rozsudku ve věci *Courage* neopustilo Rakousko koncepci ochranného účelu, tj. přesvědčení, že nahraditelné jsou pouze ty škody, v nichž se manifestují přesně ta rizika a ten chybný vývoj, kterým se čl. 101 SFEU zabránit. Koncepce ale nabyla nové dimenze. Podle ní bylo nutné vycházet z předpokladu, že v případech, kdy je svoboda

⁴⁹⁰ Stillfried, Stockenhuber, WBI 1995, 308.

⁴⁹¹ Eilmansberger, *ecolex* 2002, 28, 29.

⁴⁹² Viz např. Gehmacher, Hauck, Madl, *ecolex* 2002, 564, 566 nebo Eilmansberger, *ecolex* 2002, 28, 29.

podniku chráněná nejen v jeho zájmu, nýbrž i v zájmu jiných osob na fungujícím trhu, vzniká v důsledku zeslabení hospodářské soutěže odpovědnost i za omezení těchto druhých osob. (U poskytovatelů se zájem na fungujícím trhu projevuje např. v požadavku mít dostatečný počet nevázaných obchodních partnerů, odběratelé potřebují mít jako zprostředkovatelé obchodu svobodu volného sjednávání cenových podmínek. Jejich chráněný zájem je narušený, pokud mají tyto osoby v důsledku zeslabení hospodářské soutěže ztížený přístup na trh nebo musí platit příliš vysoké ceny.)⁴⁹³

Oddělení odpovědnosti za škodu od ochranného účelu zákazu s sebou přináší riziko, že se do rozsahu odpovědnosti dostane mnoho dalších škod, které jsou v příčinné souvislosti s pochybným jednáním, ale nikterak nesouvisí *ratiem legis*, a tudíž by neměly být považovány za škody z porušení kartelového práva. Tyto škody nespádají do ochranné působnosti normy, a tudíž nelze požadovat jejich náhradu. Takový případ nastane např., když se dva podniky spojí a ve vzájemné spolupráci vyvinou z hlediska technologie nový výrobek. Účastníci takového kartelu mají sice zisky v podobě zvýšené efektivity a jejich konkurenti, jejichž výrobky nemohou konkurovat, mají propad v obratu, avšak za to nelze účastníky kartelu trestat. Co se ale stane, když účastníci kartelu své zisky využijí k posílení své pozice na trhu?

Rozsudek ve věci *Courage* nejenže otřásl koncepcí ochranného účelu, ale zároveň zatočil s odmítavým postojem vůči poskytování náhrad škody účastníkům kartelu. Nyní se musí i Rakousko umět vypořádat s faktem, že lze jen stěží odůvodnit rozšíření působnosti ochranného zákona i na tuto skupinu osob.

Jen tak pro zajímavost, i v době po vydání rozsudku ve věci *Courage* převládala v Rakousku skepse vůči oprávněnosti nároku spotřebitelů a částečně byl zastáván názor, že ani z tohoto rozhodnutí nelze odvodit, že by účelem článku 101 SFEU byla rovněž ochrana spotřebitelů.⁴⁹⁴ Z toho je zřetelně patrné, že postavení spotřebitele v kartelovém právu je výsledkem posledního vývoje a s původním určením kartelového práva příliš nesouvisí. Nicméně za určitých předpokladů se myšlenka zapojení spotřebitele do ochranného účelu kartelového práva ani před tím nejevila jako úplně scestná. Avšak jednotliví autoři⁴⁹⁵ předpoklady rozšíření ochranného účelu opírali o výklad *Bornkamma* v komentáři *Langen/Bunte* (Spotřebitelé připadají jako oprávněné osoby v úvahu, pokud se jedná o kartelové ujednání posledního stupně a zákazníci zaplatili nadměrnou kupní cenu oproti ceně ve volné hospodářské soutěži.⁴⁹⁶) Někteří autoři přiznávali spotřebitelům oprávnění uplatnit škodu

⁴⁹³ Eilmansberger, *ecolex* 2002, 28, 30.

⁴⁹⁴ Wessely K., *Kritikpunkte an der Kartellrechtsreform*, MR 2001, 212.

⁴⁹⁵ Gehmacher, Hauck, Madl, *ecolex* 2002, 566; rovněž Karollus M.M., *Schadenersatz wegen EG-Kartellverstoßes auch für Verbraucher*, *ecolex* 2006, 797, 798.

⁴⁹⁶ Langen, *Bunte/Bornkamm*, § 33 *GWB*, m.č. 14.

pouze v případě cenových kartelů. Toto podle nich jediné oprávnění spotřebitelů vyplývá údajně z článku 101 odst. 3 SFEU, který připouští kartely pouze tehdy, když s sebou nesou „*přiměřený podíl spotřebitelů na výhodách*“ Dle mého názoru tomuto odůvodnění chybí pádný argument: Ustanovení odstavce 3 vidí spotřebitele spíš jako veřejnost, která má mít z kartelu obecný prospěch, aniž by si jednotlivci mohli odvodit individuální nároky.

Tlustou čáru za touto diskusí udělal rozsudek ve věci *Manfredi*, od jehož vydání patří k oprávněným osobám i přímo dotčení spotřebitelé vedle konkurentů a podnikatelů na druhé straně tržního mechanismu.

ii) Nepřímí poškození

Také rakouské odpovědnostní právo řeší ty subjekty zvlášť, jejichž právní statky nebyly přímo poškozeny protiprávním jednáním přímého poškozeného, nýbrž vznikly v důsledku zásahu do cizích právních statků. Jak již bylo zmíněno shora, není v rakouském právu „každý“ skutečně „kdokoliv“ a náhradu škody získávají v zásadě pouze přímí poškození.⁴⁹⁷ Rakouský Nejvyšší soud toto omezení odůvodňuje tím, že by se ztratil přehled o přičitatelných následcích škodní události.⁴⁹⁸ Jenomže se v případě kartelových škod jedná o odpovědnost podle ustanovení § 1311 ABGB, tudíž o odpovědnost na základě porušení ochranného zákona. V tomto případě lze nepřímé poškozené řešit i jinak (v jejich prospěch.) V zásadě je určitá osoba chráněna kvůli jí samotné a ne proto, aby byly chráněny jiné subjekty před škodou. Ve zvláštních případech se připouští i nárok nepřímých poškozených na náhradu škody. Jedná se zejména o případy „*pouhého přemístění škody jako celku*“⁴⁹⁹, tj. o případy, kdy si poškozený škodu neponechal pro sebe, nýbrž ji poslal dál, přesunul ji na jiný subjekt. Důvodem této výjimky je zabránit, aby přemístění škody vedlo k osvobození škůdce od povinnosti poskytnout náhradu.⁵⁰⁰ Přímý poškozený totiž v tomto případě neutrpěl žádnou faktickou škodu. Stává se to např. tehdy, když má další odběratel vůči přímému poškozenému povinnost odebrat určité množství zboží a jeho cena byla vypočtena na základě velkoobchodní ceny, kterou zaplatil přímý poškozený výrobci, a přímý poškozený vyfakturuje odběrateli celé cenové navýšení způsobené kartelem. Za těchto okolností lze vycházet z předpokladu, že nepřímým poškozeným náhrada škody náleží pouze v těchto zvláštních případech, kdy došlo k přemístění škody na další úroveň distribučního řetězce. Jako

⁴⁹⁷ Koziol, *Haftpflichtrecht I*, 263, m.č. 8/47.

⁴⁹⁸ Rozsudek OGH 2 Ob 70/62 ze dne 9. 3. 1962, JBl 1962, 638.

⁴⁹⁹ Koziol, *Haftpflichtrecht I*, 437, m.č. 13/10; rozsudek OGH sp.zn. 2 Ob 465/55 ze dne 28. 9. 1955, Jbl 1956, 124.

⁵⁰⁰ Bydlinski F., *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer Verlag 1996, 193 an.

problematické se jeví určení škod, protože ne vždy lze veškerou škodu přesunout dál, zejména ne na jednu určitou osobu jako v případě pouhého přemístění škody. (K tomu viz rovněž kapitola o přenesení škody.)

Tento postoj se nezměnil ani po Rozhodnutí ve věci *Courage*, a ani se nikomu nechtělo chápat rozsudek jako vůli Soudního dvora chránit nepřímé poškozené. Tato interpretace zmíněného rozhodnutí se změnila teprve nedávno a připouští se, že by Soudní dvůr svým výrokem o nároku každého na náhradu škody mohl mínit i tuto skupinu. Přesto chybí vůle přistoupit na tuto interpretaci.⁵⁰¹

b) Věcná ochranná působnost normy – nepřímé škody

Co se týče úhrady následných škod (zejména ekonomických škod), je rakouské právo spíše restriktivní a dokonce i dnes zaujímá negativní postoj vůči nároku na náhradu nepřímo způsobených škod. Bydlinski zastává názor, že by nepřímé škody v zásadě neměly být nahrazovány, a poukazuje na to, že je třeba položit si otázku, „*ohledně kterých právních statků se poškozující jednání jeví jako protiprávní porušení.*“⁵⁰² U porušení ochranných zákonů se spíš za určitých podmínek najde ochota akceptovat náhradu nepřímých škod. V zásadě to platí pro ekonomické škody, které vznikly v důsledku porušení absolutně chráněných právních statků u stejné osoby (např. zdraví a vlastnictví).⁵⁰³ Dokonce lze náhradu nepřímých škod přiznat i tehdy, kdyby škůdce jinak nenesl žádnou odpovědnost za ně, pokud by je způsobil izolovaně. Je to pro to, že chování škůdce již bylo hodnoceno jako protiprávní a protiprávnost není třeba odvozovat od jiné povinnosti k jednání. Pokud bychom totiž museli takovou povinnost jednání stanovit, omezili bychom tím ještě více svobodu jednání.⁵⁰⁴

Tento závěr ale platí pouze ve vztahu k držitelům narušených absolutních práv, jiným osobám se primární ekonomické škody v zásadě nenahrazují. Nenahrazují se ani třetím osobám, které mají s primárně poškozeným závazkově právní vztah. Výjimku lze připustit v případě pouhého přemístění celé škody na třetí osobu.⁵⁰⁵ (Blíže viz kapitola o přenesení škody). Žaloby na náhradu následných škod vznesené třetími osobami soudy obvykle zamítaly s odůvodněním, že vůči nepřímým poškozeným chybí protiprávnost jednání.⁵⁰⁶ Existenci protiprávnosti, ze které by mohli těžit i nepřímí poškození, lze předpokládat pouze v případě,

⁵⁰¹ Viz Möhlenkamp A., *Private Schadenersatz- und Sammelklagen im Kartellrecht – ein Blick aus dem, ÖZK* 2010, 163, 165.

⁵⁰² Bydlinski, *Probleme*, 37 an.

⁵⁰³ Viz Koziol, *Haftpflichtrecht I*, 249, m.č. 8/22; nebo Koziol, *Welser*, 332.

⁵⁰⁴ Koziol H., *Grundfragen*, 280, m.č. 7/21.

⁵⁰⁵ Koziol, *Haftpflichtrecht I*, 259, m.č. 8/40.

⁵⁰⁶ Rozsudek OGH sp.zn. 2 Ob 554/31 ze dne 3. 6. 1931, SZ 13, 141, 517, 519.

že byla vydána norma, která je jednoznačně **určena i k ochraně jejich zájmů**. Tolik stanovisko OGH k ustanovení § 1295 ABGB, v němž ale soud na jiném místě níže konstatoval, že tomu není jinak ani v případě ustanovení § 1311 Všeobecného zákoníku občanského.⁵⁰⁷ Uvedené odůvodnění spočívá v obavě z nepoměrného a nekontrolovatelného rozšíření nároků na náhradu škody, které by vedly ke zničení škůdce, což je z hlediska hospodářské soutěže zcela nežádoucí, protože by se tím snížil počet účastníků trhu a nespravedlivě by zesílila ekonomická moc jiných účastníků. Pádny není ani argument, že se zmíněné problémy kvůli potížím s kauzalitou a s dokazováním vyřeší automaticky. Není totiž správné, a v právním státě ani možné, ponechat na faktických okolnostech řešení situace, kterou je z právně politického hlediska nutné rozhodnout předem.

4. Česká republika

a) Ochranný účel podle platné úpravy

Ani na základě znění ustanovení § 420 občanského zákoníku, ani na základě znění § 373 obchodního zákoníku nelze usuzovat na to, že by se český právní řád při vymezování rozsahu odpovědnosti řídil zásadami ochranného účelu normy. Neexistuje pro to žádná opora. To však není zábranou. Ani německý § 823 odst. 1 BGB, ani rakouský § 1295 ABGB na něj žádným způsobem neodkazují. V průběhu předchozího bádání v rámci této práce bylo přesto zjištěno, že k vymezení rozsahu odpovědnosti na základě určování ochranného účelu normy docházelo i v případech, kdy nebylo možné tento postup na první pohled vyčíst ze znění normy. Nástroj ochranného účelu se používá i u odpovědnostních norem, které nejsou orientovány na ochranný účel. Avšak ani v literatuře, ani v ustálené judikatuře nelze najít oporu pro hypotézu, že by tento nástroj byl používán českými soudy. Není ale snadné zjistit skutečný stav, protože soudy v odůvodnění svých rozhodnutí často upouští od bližšího vysvětlování, jak dospěly k výši náhrady škody. A není tedy zcela zřejmé, jakými úvahami se soud při vymezování rozsahu náhrady škody řídil. Je otázkou, zda české soudy vůbec vytyčují obecně platnou hranici mezi nahraditelnou a nenahraditelnou škodou, zda odmítají přisuzovat náhradu určitých škod, popř. zda přiznávají náhradu pouze určitému okruhu osob nebo naopak v první fázi uznávají veškeré nároky na náhradu škody. Pokud vymezí rozsah odpovědnosti, z čeho

⁵⁰⁷ Rozsudek OGH sp.zn. 2 Ob 554/31 ze dne 3. 6. 1931, SZ 13, 141, 517, 520.

vycházejí, podle jakých principů postupují? Z dostupné judikatury⁵⁰⁸ lze usuzovat, že se omezují pouze na otázku, zda posuzovanou újmu s protiprávním jednáním spojuje kauzální vztah či nikoli.

V současných podmínkách lze odpovědnost vymezit různými nástroji: předvídatelnost (adekvátnost), smluvní omezení atd.⁵⁰⁹ V zásadě se ochranný účel výslovně neuvádí. Nabízí se závěr, že česká nauka a soudy neznají vymezení rozsahu odpovědnosti ochranných účelem. Otázkou však je, zda ho neznají pouze jako pojem a označení postupu, kterým se však při svých úvahách řídí, či zda se úvahami o účelu porušené normy nezabývají vůbec. Přesto by bylo nesprávné tvrdit, že se tento nástroj doposud v českém řádu neobjevil. Ve svém rozhodnutí I ÚS 312/05⁵¹⁰ Ústavní soud pravidelně kritizuje praxi řádných soudů v oblasti práva náhrady škody. Napomíná je, aby dostály své povinnosti odůvodňovat řádně své rozsudky, které pojednávají o výši vzniklé škody. Jako jedním z těchto prostředků uvádí Ústavní soud i ochranný účel normy, který jmenuje vedle adekvátnosti následků. Adekvátnost následků ovšem jmenuje až na druhém místě. Zmíněné rozhodnutí se sice týkalo porušení smluvních povinností a z toho vyplývajících škod, přesto lze z něj vyvodit, že musí i někde v českém právním řádu existovat opora pro vymezení rozsahu odpovědnosti pomocí ochranného účelu normy. Ve svém rozhodnutí Ústavní soud rozvádí, že „*teorie ochranného účelu je založena na tom, že dlužník neodpovídá za všechny následky porušení smlouvy, nýbrž jen za porušení těch zájmů, jejichž ochrana byla účelem porušené smlouvy, přičemž ohledně ochranného účelu není rozhodné výslovné vyjádření smluvních stran, nýbrž to, zda tyto zájmy leží věcně ve směru a v rámci smlouvou převzatých povinností.*“⁵¹¹ Zásadní otázkou ale je, zda lze uvedené pravidlo přenést i na deliktní odpovědnost, tedy odpovědnost z porušení zákonné normy, nikoli z porušení smluvního ujednání. V zásadě nelze nic namítnout proti tomu, aby i v případě deliktní odpovědnosti byla položena otázka, před kterým druhem škody má porušená norma chránit, a aby byly přiznány pouze ty škody, které spadají do působnosti zkoumané normy.

Většině právníků se ale bude jevit jako nemožné použít ochranný účel na základě platného práva. Z formulace ustanovení § 442 občanského zákoníku a ustanovení § 379 obchodního zákoníku⁵¹² se odvozuje, že je třeba nahradit plnou škodu (už se ale dále nerozvádí, v čem plná

⁵⁰⁸ Krásně je toto patrné např. ze srovnání rozsudku NS ČSR sp.zn. 2 Cz 36/76 ze dne 30. 11. 1976, publikovaný ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. R 7/1976 a rozsudku NS sp.zn. 25 Cdo 1946/2000 ze dne 24. 5. 2001.

⁵⁰⁹ Bejček J., Skutečná škoda, Právní rádce 3/1995, 16.

⁵¹⁰ Nález ÚS sp.zn. I ÚS 312/05 ze dne 1. 11. 2007.

⁵¹¹ Při tom cituje Ústavní soud rakouskou monografii Koziol, Haftpflichtrecht I z roku 1973 (strana 123 – nyní strana 265, m.č. 8/49 v 3. vydání). Jedná se sice o tu část, která se zabývá ochrannou oblastí a ochranným účelem normy vyplývající ze smlouvy, současně se ale jedná o uznání existence ochranné oblasti a ochranného účelu v českém právním řádu.

⁵¹² Obě ustanovení nařizují náhradu skutečné (pozitivní/ efektivní) škody a ušlého zisku.

škoda spočívá. Z logického hlediska se nemůže jednat o veškerou škodu.) Podle nich je rozhodující, že vznikla škoda, a údajně je irelevantní, která její část spadá pod titul skutečné škody a co spadá pod titul ušlého zisku.⁵¹³ Tento názor bohužel vede v praxi k tomu, že soudy často neurčují přesně, co vlastně nařizují k úhradě. Uvádí pouze samotné názvy, aniž by dále rozváděly, proč tomu tak je. V takovém právním prostředí je těžké operovat s ochranným účelem.

Náznak ochranného účelu lze najít v komunistické judikatuře. Avšak jejich ochranný účel nemá nic společného s právně politickými úvahami. Má spíš ideologický základ. Komunistická judikatura považovala totiž majetek v socialistickém vlastnictví za hodný vyšší ochrany než soukromý majetek. V důsledku toho byl za nahraditelnou škodu považován ušlý zisk státních vodáren, jejichž hydrant byl poškozen, zatímco nebylo nutné nahradit ušlý zisk včelaři, kterému uhynuly včely.⁵¹⁴ Z toho lze vyvodit zásadu, že účelem tehdejší odpovědnostní normy byla zejména ochrana majetku v socialistickém vlastnictví.

Možný je ale i jiný výklad uvedených norem jako plná škoda ve smyslu celkové škody. Vzhledem k tomu, že zákon nahraditelnou škodu nedefinuje, je nauce a judikatuře ponecháno volné pole působnosti při vymezení rozsahu odpovědnosti interpretací.⁵¹⁵

i) Exkurz: Co zahrnuje náhrada škody podle českého právního řádu

Z toho, jak ostatní dva zkoumané právní řády definují ochrannou působnost normy, je patrné, které kategorie oprávněných osob s nárokem na náhradu škody připadají v dané zemi v úvahu a který druh škody je v dané zemi považován za nahraditelnou škodu. Vzhledem k tomu, že v platném českém právu se nástroj ochranného účelu nepoužívá, budou v tomto malém exkurzu představeny některé základy práva.

Český právní řád rozlišuje jak v občanském zákoníku, tak v obchodním zákoníku mezi skutečnou škodou a ušlým ziskem. Pod pojmem skutečné škody se rozumí omezení, které spočívá ve zmenšení majetku (majetkového stavu) poškozeného oproti stavu před škodnou událostí⁵¹⁶. Toto zmenšení majetku musí reprezentovat majetkové hodnoty, které je třeba vynaložit k uvedení do původního stavu.⁵¹⁷ Škoda tedy primárně spočívá ve zničení, ztrátě, poškození nebo znehodnocení věci (primární škoda) a dále v nákladech vynaložených

⁵¹³ Eliáš K., Obsah, způsob a rozsah náhrady škody v soukromém právu I, Právní rádce 12/2007, 4, 6.

⁵¹⁴ Češka, Z. a kol., Občanský zákoník. Komentář. Díl II, Panorama, Praha 1987/Orlický, R., Švestka, J., Jehlička, O., § 442, 538; rozsudek NS č. R 61/70.

⁵¹⁵ Eliáš, Právní rádce 12/2007, 7.

⁵¹⁶ Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 986/2001 ze dne 20. 2. 2003; sp.zn. 25 Cdo 987/2001 ze dne 20. 2. 2003; sp.zn. 25 Cdo 4429/2007 ze dne 16. 12. 2009.

⁵¹⁷ Rozsudek NS č. R 55/71.

poškozenou stranou v důsledku škodné události (např. náklady na odstranění zničené věci) (sekundární škoda).⁵¹⁸

Definice má v první řadě na mysli majetkové hodnoty a ne život nebo zdraví a pokud na ně pamatuje, tak opět z velké části pouze v rámci nákladů na léčení, ušlého výdělku atd. Škody na zdraví jsou řešeny spíše pouze „almužnou“ podle tabulek. Je třeba mít na paměti, že se hovoří o majetkových hodnotách a nikoliv o vlastnictví. Tudíž se nahrazují i ekonomické škody. Nejvyšší soud uznal jako skutečnou škodu snížení hodnoty akcie, přestože akcie a práva s ní spojená stále existovala, existovala ovšem do doby jejího zpeněžení (prodejem).⁵¹⁹ Jedná se o abstraktní/potenciální škodu (na akcii a právech s ní spojených, která stále existovala) a tato abstraktní/potenciální škoda se teprve musí zmaterializovat. Z toho lze vyvodit, že rovněž snížení hodnoty podniku se stává nahraditelnou škodou teprve v okamžiku prodeje tohoto podniku, jehož hodnota musí být v důsledku škodné události nižší, než by byla bez této škodné události. Dále se za nahraditelnou škodu považuje ztráta zákazníků, která sice nějak souvisí se snížením hodnoty podniku, je ale samostatnou položkou, a tudíž se jedná o samostatnou škodu. Jedná se o skutečnou škodu, nikoliv o ušlý zisk, který by podnik mohl se ztracenými zákazníky zrealizovat.⁵²⁰

Ušlý zisk reprezentuje ztrátu očekávaných výnosů. Lze ho dále dělit na skutečně ušlý zisk a abstraktní ušlý zisk. Skutečně ušlý zisk spočívá v nezvětšení majetku poškozeného, k němuž průkazně „došlo jen a pouze v důsledku škodné události“, přičemž jde o případy kdy je od sebe možno oddělit vliv škodné události od jiných okolností ovlivňujících výši budoucích zisků poškozeného.⁵²¹ Kartelové škody lze však pouze těžko označit za takové újmy v podobě ušlého zisku, jež lze jednoznačně v celé výši přisoudit „jen a pouze“ porušení kartelového práva. Abstraktní ušlý zisk pak představují ztrátu těch očekávaných výnosů, které jsou „zpravidla dosahovány v poctivých obchodních stycích“,⁵²² avšak pouze takových, které mohl poškozený důvodně očekávat při pravidelném běhu věcí, pokud by nebylo protiprávního jednání škůdce,⁵²³ s tím, že poškozený musí dokázat, že zajistil veškeré předpoklady pro pravidelný běh věcí. Nestačí pouze tvrdit, že došlo ke zmaření podnikatelského plánu.⁵²⁴ Při zmaření důvodně očekávaných výnosů je ale rozlišováno mezi ušlým ziskem na jedné straně (rozdíl mezi skutečným ziskem po odečtení nutně vynaložených nákladů a očekávaným

⁵¹⁸ Bejček J., *Obchodní závazky*, nakladatelství Masarykovy university 1994, 235.

⁵¹⁹ Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 1809/2003 ze dne 4. 8. 2004.

⁵²⁰ Rozsudek NS ČR sp.zn. Rv I 1007/30 ze dne 23. 9. 1931.

⁵²¹ Bejček J., *Ušlý zisk a tzv. zmařená příležitost*, in: Bejček J., Pokorná J., *Sborník příspěvků z konference „Odpovědnost za škodu“*, Acta Universitatis Masarykianae Brunensis Iuridica 2005, 8, 9.

⁵²² Bejček, *Ušlý zisk a tzv. zmařená příležitost*, 10.

⁵²³ Rozsudek NS sp.zn. 23 Cdo 1069/2008 ze dne 25. 2. 2010.

⁵²⁴ Rozsudek NS sp.zn. 23 Cdo 269/2006 ze dne 26. 11. 2008.

ziskem po stejném zpracování této hodnoty) a skutečnou škodou na straně druhé (marně vynaložené náklady – výnosy byly nižší než náklady).⁵²⁵

Je pozoruhodné, že podle českého práva se nahrazují oba typy škod nezávisle na sobě. Existence skutečné škody není předpokladem pro vznik nároku na ušlý zisk. Podle judikatury Nejvyššího soudu, na rozdíl od právních řádů okolních zemí, nelze „z platného práva dovodit, že by podmínkou vzniku odpovědnosti za škodu ve formě ušlého zisku byl též vznik skutečné škody.“⁵²⁶ Podle českého práva tudíž není problém uplatnit rovněž očividně čisté ekonomické škody (*pure economic loss, reiner Vermögensschaden*),⁵²⁷ na rozdíl od rakouského či německého právního řádu, které čistou ekonomickou škodu nahrazují pouze za výjimečných situací – jedná se o odpovědnost za porušení smlouvy či povinnost náhrady této škody vyplývá buď výslovně ze zákona, nebo jednoznačně spadá do ochranné působnosti porušené normy. Jejich uplatnění usnadňuje velmi široce chápaný pojem věci ve smyslu ustanovení § 443 občanského zákoníku, pod kterou spadají jak majetková práva, tak majetkové hodnoty.⁵²⁸

Je však nutno říci, že i kdyby se podle obecné úpravy civilní odpovědnosti čisté ekonomické škody nenahrazovaly, odpovědnost založená na § 373 obchodního zákoníku by nutně musela zahrnovat i čistou ekonomickou škodu. Takový závěr by musel být učiněn na základě obecného účelu obchodního zákoníku, kterým je regulace vztahů mezi podnikateli, ty se nutně týkají zejména jejich ekonomických zájmů.

Další kategorií významnou pro tuto práci jsou tzv. **nepřímé škody**. Přestože k tomu zákony nic neuvádějí, je obecně zastáván názor, že se nepřímé škody v zásadě nenahrazují, vyjma případů, kdy k tomu existuje zvláštní právní povinnost.⁵²⁹ Takové tvrzení udivuje, pokud se podíváme na právní prostředí a vzpomeneme na způsob řešení podle obou předchozích právních řádů. Údiv ale netrvá dlouho. Stačí se blíže podívat na odlišný obsah pojmu nepřímých škod v českém právu, které mají jiný význam, než bychom čekali. Nepřímou škodou se v českém právním řádu rozumí taková majetková újma, která vznikla třetí osobě (tj. odlišné osobě než je poškozený) proto, že poškozeného zasáhla škodná událost, a újma vznikla v důsledku vztahu této osoby k poškozenému.⁵³⁰ Z hlediska německé a rakouské

⁵²⁵ Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 1554/2006 ze dne 21. 12. 2010.

⁵²⁶ Rozsudek NS sp.zn. II. Odon 15/96 ze dne 31. 1. 1996.

⁵²⁷ Rozsudek NS 25 Cdo 1554/2006 ze dne 21. 12. 2010.

⁵²⁸ Eliáš K., Obsah, způsob a rozsah náhrady škody v soukromém právu II, Právní rádce 1/2008, 4, 6.

⁵²⁹ Viz např. rozsudek NS ČSR sp. zn. 2 Cz 36/76 ze dne 30. 11. 1976, publikovaný ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. R 7/1976, na jeho výpovědi dle mého názoru nezměnil nic ani recentnější rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 1946/2000 ze dne 24. 5. 2001, který se na rozdíl od předchozího zabýval nepřímou škodou a ne nepřímým poškozeným a navíc zopakoval v rozsudku 7/1979 vyslovené pravidlo adekvátní příčinné souvislosti. Ostatně platnost rozsudku 7/1979 byla potvrzena i recentnějším rozsudkem NS sp.zn. 25 Cdo 1354/2005, 25 Cdo 1355/2005 ze dne 27. 6. 2006.

⁵³⁰ Rozsudek NS č. R 55/71; Eliáš, 10.

právní terminologie tento pojem neřeší nepřímé škody, nýbrž **nepřímo poškozené osoby**. Lze pouze konstatovat, že český právní řád v zásadě nepřímým poškozeným žádné nároky na náhradu škody nepřiznává.

Nezodpovězena ale zůstává otázka, jak se řeší skutečné **nepřímé škody**, když pro ně nezbyl žádný termín. V českém právu problém skutečných nepřímých škod očividně nevzniká. Podíváme-li se na literaturu a judikaturu, zjistíme, že nerozlišují mezi nepřímou a přímou škodou. Tyto škody jsou řešeny ve stejné kategorii. Zřejmé to je zejména z již citovaného rozsudku NS 25 Cdo 1946/2000, který používá argumentaci pro odmítnutí nepřímých poškozených jako oprávněných, která by však při doslovném výkladu musela vyloučit i nepřímé škody: „Příčinná souvislost je přerušena i v těch případech, kdy bezprostřední příčinou škody je skutečnost, která je již sama následkem, za nějž škůdce odpovídá z jiného právního důvodu.“ Po zamítnutí nároku nepřímých poškozených na základě tohoto argumentu přistupuje dál k posuzování nepřímých škod s tím, že v tomto případě nedošlo k přerušení příčinné souvislosti, ačkoli definičním znakem nepřímé škody je právě skutečnost, že nevznikla přímo ze škodného jednání, nýbrž až na základě újmy vzniklé ze škodného jednání.⁵³¹

Principem je náhrada plné škody, která se nahrazuje v míře, ve které je v příčinné souvislosti.⁵³² To znamená, že soudy si nekladou přímo otázku, zda se jedná o přímou nebo nepřímou škodu, nýbrž, zda mezi protiprávním jednáním a posuzovanou újmou je či není (adekvátní) příčinná souvislost. Čím dále se nacházíme v řetězci na sebe navazujících škod, tím složitější je pro české soudy tuto souvislost najít. Náhrada škody tedy není zamítnuta již ze samotné skutečnosti, že se jedná o nepřímou škodu, resp. nepřímého poškozeného, nýbrž proto, že zde není dána kauzalita. Přičemž se zdá, že nepřímý poškozený je z náhrady škody vyloučen na základě úvahy obdobné pravidlu *novus actus interveniens*,⁵³³ zatímco pokud nepřímá škoda vznikne u primárně poškozeného, žádná nová příčina nepřistupuje (ačkoli další škoda vznikne na základě předchozí), přičemž chronologický vznik škody zde nehraje roli.⁵³⁴

Na pozadí zde řečeného lze shrnout, že oprávněnými osobami jsou v zásadě jak konkurenti, tak přímí účastníci na druhé tržní straně (podnikatelé nebo spotřebitelé). Dle mého názoru neexistuje žádný zvláštní závazek účastníků kartelu vůči nepřímým protějškům na trhu a

⁵³¹ Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 1946/2000 ze dne 24. 5. 2001.

⁵³² Např. Eliáš, 4; Svestka, Dvořák a spol., 406 apod.

⁵³³ „Na druhé straně řetězec příčin nezakládá příčinnou souvislost mezi jednáním škůdce a vzniklou škodou tehdy, vstupuje-li do děje jiná, na jednání škůdce nezávislá skutečnost, která je pro vznik škody rozhodující. Příčinná souvislost je přerušena i v těch případech, kdy bezprostřední příčinou škody je skutečnost, která je již sama následkem, za nějž škůdce odpovídá z jiného právního důvodu.“ Viz rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 1946/2000 ze dne 24. 5. 2001.

⁵³⁴ Hrádek J., Tichý L., Primary and Consequential Damage. Czech Republic, in: Winiger B., Koziol H., Koch B.A., Zimmermann R., Digest of European Tort Law Vol. 2: Essential Cases on Damage, De Gruyter, Berlin 2011, 275, m.č. 30.

jejich škodám, které tudíž na základě více řečeného k nepřímým poškozeným v českém právním řádu nejsou hrazeny. Ve věci typů škod nezbývá než konstatovat, že se poskytuje náhrada jakýchkoliv škod (škod na majetku zahrnujících jak faktickou škodu tak ušlý zisk) za předpokladu, že jsou v příčinné souvislosti a spadají pod adekvátnost následků. Pokud ovšem škoda „oběti“ kartelu spočívá ve snížení hodnoty podniku, dochází k materializaci škody až v okamžiku jeho prodeje (nebo jiného zpeněžení).

b) Ochranný účel v novém občanském zákoníku⁵³⁵

V tomto oddílu je zohledněn nový občanský zákoník, který by měl platit od 1. 1. 2014. Nový občanský zákoník spojuje ustanovení platného občanského zákoníku s platným obchodním zákoníkem a utváří tak jednotnou úpravu odpovědnostního práva, která je obsažena v občanském zákoníku (příčemž platí i pro škody porušení kartelového práva EU). Úprava generálních klauzulí deliktního práva v novém občanském zákoníku vychází částečně z platné úpravy, avšak je hlavně inspirována konstrukcí základů odpovědnosti podle německého BGB včetně kombinace jeho ustanovení § 823 a § 826 BGB. Ustanovení § 2909 nového českého občanského zákoníku upravuje odpovědnost za způsobení škody porušením dobrých mravů. První věta ustanovení § 2910 nového českého občanského zákoníku upravuje ochranu absolutních práv, aniž by je blíže specifikovala, např. uvedla jejich výčet jako v případě německého BGB. Tím zůstává rozsah chráněných statků otevřenější než např. v Německu. Rovněž důvodová zpráva nového občanského zákoníku vymezuje absolutní práva, která působí vůči všem, jako protipól relativních práv, která působí mezi stranami. (V zásadě jsou absolutními právy: právo na ochranu osobnosti, absolutní majetková práva a práva z duševního vlastnictví, zatímco jako relativní práva lze uvést pohledávky nebo subjektivní práva na právní změnu).⁵³⁶ Zmíněná právní úprava sice oproti stávající úpravě omezuje rozsah odpovědnosti škůdce, nikoliv však natolik jako v případě sousedních právních řádů. Tím se dá ochranná působnost normy mnohem snadněji doplnit o konstrukce typu práva k zavedené a vykonávané živnosti. Druhá věta ustanovení § 2910 nového občanského zákoníku přebírá odpovědnost z porušení ochranného zákona z ustanovení § 823 odst. 2 BGB. Tato druhá věta ustanovení § 2910 sice řeší primárně ochranu relativních práv, ale vztahuje se pravděpodobně i na jiná práva, která by české soudy, např. po vzoru Rakouska, mohly vyloučit z ochranné působnosti první věty § 2910 nového občanského zákoníku. Škodu na těchto právech lze nahradit v případě, že k jejímu vzniku vedlo porušení právní normy, která

⁵³⁵ Ve znění z listopadu 2011.

⁵³⁶ Vládní návrh občanského zákoníku, Důvodová zpráva, stav z května 2011, 1141.

se snaží chránit ta práva, do kterých bylo zasaženo. Není-li cílem normy ochrana těchto práv, vzniklá škoda na nich se nenahrazuje. Jistě by bylo zapotřebí bližšího určení absolutních práv, tj. určení absolutně (rozsáhle) chráněných právních statků. Důvodem této široké úpravy může být jak nepochopení německé předlohy, tak široká právní ochrana ve stávajícím právním prostředí, do kterého se norma zavádí.

Nastává otázka, kterou z těchto norem použít v případě porušení kartelového práva EU. Česká úprava se totiž liší od německého vzoru. Ustanovení 2. odstavce německého § 823 BGB, který (odpovědnost z porušení ochranné normy neomezuje pouze na určité právní statky) podporuje a doplňuje 1. odstavec ustanovení § 823 BGB. Druhá věta § 2910 nového českého občanského zákoníku se omezuje na „jiná práva,“ zatímco se první věta § 2910 nového občanského zákoníku soustředí na absolutní práva. V budoucnu bude nutné detailně zkoumat vlastnosti poškozených práv a zamyslet se nad tím, kterou normu zvolit jako základ nároku. Vzhledem k tomu, že se v této oblasti nový občanský zákoník hlásí k německé předloze, lze se domnívat, že je okruh chráněných právních statků stejný jako podle německé normy (ostatně i rakouská úprava vychází ze stejného výčtu absolutních práv). Kromě toho je třeba se rozhodnout, jaký postoj zaujmout vůči konstrukci práva k zavedené a vykonávané živnosti, zda převzít úpravu tak, jak je, a připustit náhradu ekonomických škod pouze za splnění určitých předpokladů. Z nového občanského zákoníku, ani důvodové zprávy k němu nelze rovněž zjistit, zda se má něco změnit na nezávislé poskytování náhrady ušlého zisku. Ani není jasné, zda se má něco změnit na zásadní neexistenci nároku nepřímého poškozeného na náhradu škody. Bez těchto vědomostí lze jen stěží vymezit ochrannou působnost normy. Avšak lze předpokládat, že převzetí německého systému bylo kompletní, včetně vymezení ochranné působnosti normy, a lze jen doufat, že se soudy v budoucnu budou zabývat více účelem porušené normy a odpovědnostním právem jako celkem.

5. Přenesené škody (Schadensabwälzung, passing-on)

S problematikou nepřímých poškozených úzce souvisí otázka námitky žalovaného, že došlo k přenesené škody (tzv. *passing-on defence*). Častým následkem porušení kartelového práva je totiž situace, kdy poškození škodu, která jim byla protiprávním jednáním způsobena, nenesou sami, nýbrž ji přenesou na své odběratele. Pokud dojde k navýšení nákladů, nebývá první běžnou reakcí hledání viníka, nýbrž se zvýšené náklady přenesou na další odběratele. Při navýšení nákladů má podnikatel dvě možnosti: Může ponechat své ceny, které účtuje v rámci

dalšího prodeje, na stejné úrovni a snížit si tím marži (a tudíž i svůj celkový zisk), nebo je může zvýšit a zatížit své odběratele zvýšenými náklady.

Souvisí-li zvýšené náklady s deliktním jednáním jiné osoby, nazývá se přenesení zátěže přenesením škody (*Schadensabwälzung, passing-on*). Na první pohled se může zdát, že přímí poškození ve skutečnosti žádnou škodu neutrpěli, a že se škoda projevila ve stejné výši, pouze v jiné podobě u nepřímých odběratelů. Tak jednoduše trh nefunguje. Odběratelé mohou na cenové navýšení reagovat různým způsobem: Mohou nadále odebírat zboží v plánovaném množství. Mohou ale odebírané množství snížit nebo se rozhodnout, že zboží nebudou vůbec neodebírat. Při rozhodnutí neodebírat mají další možnosti: buď skončí zcela s produkcí daného výrobku, protože neexistuje žádná adekvátní náhrada (buď kvalitativně či cenově), nebo mohou přejít na jiného levnějšího⁵³⁷ dodavatele, jehož výrobky však mohou mít jinou kvalitu či jiné parametry. V konečném důsledku vzniklá újma tedy může mít různou podstatu, různý rozsah v závislosti na způsobu reakce odběratele na změněné podmínky. Odběratelé však mohou reagovat i zcela opačným způsobem tím, že zvýší odběr např. ze strachu z dalšího zdražování.

Je nesnadné, popř. nemožné předvídat jejich chování. Nelze ani dodatečně s absolutní jistotou určit, které faktory a v jakém poměru se fakticky podílely na chování odběratelů. Tudíž je možné, že přímý odběratel **zvýšením cen** neutrpí vůbec **žádnou újmu**, a pokud ano, nedá se s úplnou jistotou určit výše jeho ušlého zisku. Nejvyšší soud Spojených států amerických (*U.S. Supreme Court*) se z této svízelné situace dostal tím, že v judikatuře vycházející z případu *Hannover Shoe & Illinois Brick* odepřel škůdci námitku přenesení škody a současně jednoduše zamítl nároky nepřímých odběratelů. Přestože se Komise ze začátku nechala inspirovat US-americkou federální(!)⁵³⁸ úpravou, rozhodla se (s velkou pravděpodobností s ohledem na rozsudek ve věci *Courage*) již při zahájení prací na budoucí směrnici o kartelových škodách, že v této otázce od US-americké předlohy upustí. Rozhodnutí pro nebo proti předloze je výsostně politickou otázkou.

Nepřímí poškození nemají zpravidla žádný nárok. Důvodem je, že jejich škoda nespadá do ochranné působnosti porušené normy a existuje nebezpečí bezbřehého rozšíření odpovědnosti škůdce. Výjimku tvoří v zásadě pouze případy pouhého přemístění škody jako celku. Tento případ nastává, když se škoda, která původně vznikla u přímého poškozeného, na základě zvláštních (zákonných nebo smluvních povinností) přemístí do majetku třetí osoby. Odpadávají výhrady vůči nároku na náhradu škody nepřímých poškozených, protože

⁵³⁷ Buď skutečně levnějšího, nebo levnějšího v otázce poměru cena-kvalita.

⁵³⁸ Jednotlivé státy USA zdaleka nepovažují zvolené řešení za ideální a naopak připouští námitku *passing-on* a přiznávají náhradu škody nepřímým poškozeným.

v případě pouhého přemístění škody nehrozí nebezpečí bezbřehého rozšíření odpovědnosti. Nepřímý poškozený obdrží pouze tu částku, kterou by jinak bylo nutné uhradit přímému poškozenému. Tyto úvahy ale neplatí v případě vzniku samostatné následné škody u nepřímého poškozeného, kterému v tomto případě nárok na náhradu škody nepřísluší, pokud do ochranné působnosti normy zákonodárce nezahrnul i jeho.

a) Německá úprava

Německý zákonodárce se touto problematikou zabýval v rámci vydání 7. novely BGB a rozhodl se pro poněkud nejasnou a nesnadno pochopitelnou větu. Těto finální úpravě předcházely v legislativním řízení podstatné změny. Ministerský návrh zákona doporučoval vyloučit námitku přenesení škody, zněl takto: „*Škoda, která spočívá v odběru předraženého zboží nebo služby dotčenou osobou, se jejich dalším prodejem nesníží.*“⁵³⁹ Návrh tudíž vycházel z objektivního pojetí škody. Tím se rozhodl pro jednoduché řešení z hlediska dokazování. V důsledku toho bychom museli ale vyloučit nároky následných odběratelů, protože nelze legitimně požadovat po škůdci, aby hradil škodu dvakrát. Vládní návrh toto doporučení nezohlednil, vypustil druhou větu a řešení problému přenechal soudům: „*Podle názoru převládajícího v kartelové právní literatuře škůdce ani podle stávajícího práva nemůže uplatnit snížení náhrady škody z titulu zohlednění výhod poškozeného, kterému se dalším prodejem zboží svým odběratelům podařilo předat škodu z předražené nákupní ceny zcela nebo částečně dál (tzv. *Vorteilsausgleich*). Věříme, že soudy tento problém uspokojivě vyřeší.*“⁵⁴⁰ Zákonodárce do návrhu 2. větu opět vsunul, avšak v jiném znění, právě z obavy, aby se neopakovala rozhodnutí vydaná zemským soudem Mannheim, zemským soudem Mainz a vrchním zemským soudem Karlsruhe. Zvolil zlatou střední cestu. Podle této druhé věty není vyloučena existence škody tím, že došlo k dalšímu prodeji předraženého zboží nebo služeb, na druhé straně zákon nevylučuje uplatnění námitky přenesení škody, odkazuje tuto námitku avšak na institut zohlednění výhod z porušení. Jinými slovy, odkazuje škůdce s touto námitkou na fázi výpočtu výše škody. V předchozí fázi zjišťování vzniku škod nelze dle zákonodárce výhody poškozeného zohlednit.⁵⁴¹ Tolik k teorii.

Věta, která z toho vznikla a dostala se do zákonné úpravy, nám při zkoumání příliš nepomůže: „*Existence škody není vyloučena z důvodu, že zakoupené předražené zboží nebo předražené služby byly po zakoupení prodány dál.*“ Ponecháme-li stranou, že službu lze jen těžko prodat

⁵³⁹ Znění ministerského návrhu (*Referentenentwurf*) §33 odst. 2, věty 2. zákona proti omezování hospodářské soutěže.

⁵⁴⁰ RegE (vládní návrh), 35.

⁵⁴¹ Ausschussbericht, 49.

dál, skrývá úprava i další problémy. Vůbec nic neříká o právních následcích dalšího prodeje pro dotčené osoby. Týká se tato věta pouze nároků přímých poškozených nebo připouští nesrozumitelným způsobem nároky následných odběratelů? Převládající názor se přiklání ke druhé variantě.⁵⁴² Současně ale někteří zastávají názor, že druhá věta výhradně slouží k tomu, aby s odvoláním na *passing-on defence* nedocházelo k obecnému vyloučení nároku na náhradu škody přímých poškozených.⁵⁴³ Vycházíme-li podle převládajícího názoru z předpokladu, že nepřímí poškození mají nárok na náhradu škody vedle přímých poškozených, nastává otázka, jak se tyto nároky k sobě chovají. Je možné dát si tu práci a vypočítat do detailu reálnou škodu obou subjektů (jaký podíl byl přenesen dál a jaká škoda zůstala u přímého poškozeného, pokud na něj vůbec nějaká škoda zbyla.) Tento postup detailního výpočtu není příliš reálný. Brání mu notoricky známé problémy s výpočtem škody ve spojení s odkazem na samotný zákon, podle kterého je možné škodu odhadnout (§ 33 odst. 3 třetí věta GWB). Další možnosti jsou: 1) přiznat přímému poškozenému náhradu objektivní škody (která se dá snadněji prokázat) a nahradit nepřímému poškozenému tu škodu, která mu fakticky vznikla. Toto řešení sice posílí odstrašující účinek nároku na náhradu škody a plní tím zadání působit preventivně, na druhé straně ale vede k nespravedlivému navýšení závazku škůdce, který je nucen poskytnout vyšší náhradu než je samotná škoda, kterou způsobil. 2) Abychom zabránili vícenásobnému plnění ze strany škůdce, můžeme přiznat pouze nepřímým poškozeným oprávněnost nároku, a naopak přímí poškození obdrží pouze ušlý zisk, který jim byl způsoben protiprávním navýšením kartelových cen. 3) Plnění poskytnuté k náhradě škody můžeme započíst na pozdější plnění s tím, že se poškození vzájemně mezi sebou vyrovnají. Poslední řešení lze považovat za akceptovatelnější, avšak existují k tomu výhrady, které se týkají složitosti jeho realizace. Tyto výhrady se odbývají argumentem, že podle všech dosavadních zkušeností dochází v těchto případech pouze zřídka k uplatňování nároků na náhradu škody vůči účastníkům kartelu.⁵⁴⁴ Kartelové právo se celkově zdá být oblastí pro přesvědčené pragmatiky, podle kterých se veškeré problémy, které nastanou, vyřeší samy na faktické úrovni.

Problém obhajoby škůdce poukazující na přenesení škody je téma, kterým se soudy zabývaly nedávno. OLG Karlsruhe⁵⁴⁵ ještě zastával názor, že obhajoba není přípustná, protože by se škůdce mohl lehce zbavit své odpovědnosti a to by odporovalo smyslu a účelu kartelového zákazu. (Soud totiž neuznal nárok nepřímých odběratelů). Naproti tomu BGH⁵⁴⁶ ve stejném

⁵⁴² Immenga, Mestmäcker/*Emmerich*, § 33, 1033, m.č. 56.

⁵⁴³ Wiedemann/*Topel*, 1758, m.č. 92.

⁵⁴⁴ Immenga, Mestmäcker/*Emmerich*, § 33, 1034, m.č. 59.

⁵⁴⁵ Rozsudek OLG Karlsruhe sp.zn. 6 U 118/05 (Kart.) ze dne 11. 6. 2010 – *ORWI*.

⁵⁴⁶ Rozsudek BGH sp.zn. KZR 75/10 ze dne 28. 6. 2011 – *ORWI*.

řízení námitku přenesení škody připustil a k tomu uznal nárok nepřímých poškozených na náhradu škody. Pokud by se totiž námitka obhajoby nepovolila, mohla by být po účastníkovi kartelu požadovaná vícenásobná náhrada stejné škody. Kromě toho povolení této námitky zamezí bezdůvodnému obohacení přímých odběratelů – v rozsahu, ve kterém fakticky neutrpěli žádnou ekonomickou škodu. To ale pravděpodobně v následných řízeních povede k nemalým problémům při zjišťování výše škody.

b) Rakouská úprava

Rakouský Nejvyšší soud říká, že nepřímí poškození obdrží náhradu škody, pokud uplatní přesně tu škodu, která vznikla i v majetku přímého poškozeného, tj. pouze v případech **pouhého přemístění škody jako celku**.⁵⁴⁷ Škodu, kterou utrpěl následný odběratel navíc, nelze totiž tak jako tak nahradit.⁵⁴⁸ Hlavní pohnutkou v případech přemístění škody je nedovolit, aby se škůdce zbavil své povinnosti poskytnout náhradu. Dále je zastáván názor, že nejlepším řešením je ponechat nárok – i na náhradu přenesené škody – u přímého poškozeného s tím, že nepřímý poškozený může mít za určitých okolností regresní nárok vůči přímému poškozenému. (Zaznívají ovšem i opačné hlasy, podle kterých nárok náleží nepřímému poškozenému.⁵⁴⁹) Tudíž lze předpokládat, že v Rakousku ze shora uvedených důvodů není přípustná obhajoba pomocí *passing-on defence* založená na přenesení škody na dalšího.

c) Facit

Námitka přenesení škody je nejdůležitějším nástrojem zamezení několikanásobného odškodnění, tedy nepřiměřeného zatížení škůdce. Nacházíme se v civilním právu a v právním řádu, který nevidí v účelu civilního deliktního práva funkci sankční, a tudíž musíme dbát na to, aby institut náhrady škody skutečně sloužil kompenzaci. *Passing-on defence* by tudíž neměla být *a priori* zavržena, i v případě, že nárok na náhradu škody u nepřímých poškozených by byl připuštěn jen ve velmi omezené míře. I v přípravných pracích Komise směřujících k přijetí unijního nástroje pro kartelové žaloby na náhradu škody počítají s tím, že

⁵⁴⁷ Rozsudek OGH sp.zn. 8 Ob 139/08m ze dne 16. 12. 2008.

⁵⁴⁸ Koziol, Welsch, 332.

⁵⁴⁹ Koziol, Haftpflichtrecht I, 446, m.č. 13/21.

námítka passing-on by měla být v zásadě připuštěna, přičemž by měla platit vyvratitelná domněnka svědčící nepřímému odběrateli, že kartelová škoda byla přenesena na něj.⁵⁵⁰

F. Facit: Navrhovaná aplikace ochranného účelu

V předchozím textu byly představeny tři (popř. dva) různé právní řády a jejich přístup k používání nástroje (vymezení) ochranné působnosti normy ve spojení s ustanovením článků 101/102 SFEU jako reakce na vydání rozsudku ve věci *Courage*. Přestože každý z popsaných právních řádů vychází z porušení stejné normy, a řídí se stejnou judikaturou Soudního dvora, nedospěly zkoumané právní řády k totožnému výsledku. Někdy (brzy) je Soudní dvůr nebo Komise donutí, sjednotit základy svých výsledků, což by bylo i férové pro subjekty pohybující se na trhu EU. Otázkou ovšem je, jak by měla obecně vypadat úprava omezení rozsahu odpovědnosti.

Který z uvedených modelů nebo kterou kombinaci lze použít jako ideální model? V žádném případě se nelze řídit názorem, že se Soudní dvůr ve své judikatuře k ochranné působnosti normy vyjádřil svou formulací o nároku každého na náhradu škody, když Soudní dvůr nástroj ochranného účelu použil i ve své vlastní judikatuře. Ze samotné formulace totiž nelze nic odvodit. Jak již bylo uvedeno, hovoří i ustanovení § 1295 ABGB o každém. Přesto dostane nárok na náhradu škody pouze ten, kdo spadá do ochranné působnosti normy. Slovo každý nelze brát doslovně. Jedná se o právní termín, který je teprve třeba právně interpretovat. To, že pojem „každý“ nelze brát doslovně, podporuje např. Monti, který rovněž zastává, že doslovné pojetí pojmu každého by bylo „*unreasonably wide*“ (v nerozumné míře široké).⁵⁵¹ Spíš je třeba chápat tento pojem tak, že je každý oprávněnou osobou, pokud splní určité předpoklady.

Snahy Soudního dvora o co nejrozsáhlejší ochranu hospodářské soutěže jsou pochopitelné vzhledem ke skutečnosti, že je funkční hospodářská soutěž jedním ze základních předpokladů životaschopnosti EU, jejímž strážcem je Soudní dvůr. Co nejextenzivnější výklad pojmu každého je pochopitelný z kontextu politického vývoje, kdy v době funkčního období komisařky Kroes byl zvolen velmi konfrontační kurz vůči podnikům a tato situace se ani za Komisaře Almunia (přes jeho protichůdné sliby) nezměnila. K potírání nešvarů existují i jiné prostředky. Jejich použití ovšem leží v rukou Komise a národních kartelových úřadů, nikoliv v rukou soukromých subjektů. Preventivní účinek žaloby na náhradu škody lze chápat jako vítaný vedlejší efekt a ne jako hlavní cíl úpravy. Nahraditelné by měly být pouze ty škody a

⁵⁵⁰ Meeßen, 585.

⁵⁵¹ Monti, 426.

oprávněny k nároku by měly být pouze ty osoby, u kterých jmenované vlastnosti odpovídají klasickým zásadám odpovědnostního práva. Neměli bychom vynalézat další skupiny oprávněných osob navíc jenom proto, že jsou proti nežádoucímu chování zapotřebí silnější zbraně. Je třeba pečlivě zvážit, komu přiznat oprávněnost nároku. Podle tématu, které bylo projednáno v této kapitole, by v ideálním případě měly následující skupiny spadat do ochranné působnosti normy, avšak s těmito omezeními:

- **Konkurenti:** Tato skupina typicky spadá pod ochranu kartelového práva. Jejich ochrana neslouží pouze jim samotným. Konkurenti bývají chráněni jako součást hospodářské soutěže na stupni řetězce, kde došlo k protiprávnímu jednání. Kartelové právo vzniklo k jejich ochraně, a proto by konkurenti měli požívat rozsáhlou ochranu.

- **Přímý tržní protějšek - podnikatelé:** I tato skupina je z hlediska funkční hospodářské soutěže nepostradatelná. Jejich nepostradatelný vliv přesahuje samotnou úroveň, na které působí. Jejich existence/ekonomická moc přímo ovlivňuje dění na následujících stupních. Tato skupina by rovněž měla spadat do ochranné působnosti normy a mít nárok na náhradu škody za předpokladu, že je protiprávním jednáním přímo ovlivněna. Ochrana by se ale neměla vztahovat na vzdálenější následky. Je to jako v případě jízdy přes křižovatku na červenou. Semafor je k tomu, aby chránil před nehodou na křižovatce, nikoliv před nehodami na místě vzdáleném 500m od křižovatky, přestože lze v jednotlivých případech tvrdit, že by se tato vzdálená nehoda nestala, pokud by účastník této vzdálené nehody býval zůstal stát na červenou, a tím by se neocitnul na místě nehody.
Rozlišováno by však mělo být mezi podnikateli podle toho, jak nakládají s nabytými výrobky. Pokud s výrobky již dále nenakládají (což by byla velmi marginální výjimka) nebo výrobky dále zpracovávají (tedy újmu rozměňují) není s jejich nárokem problém. Pokud však výrobky pouze prodávají dále, je možné, že nastane výše popsaná situace předání celé škody dále. V takovém případě by bylo možno uvažovat o zamítnutí jejich nároku na základě námitky přenesení škody. Toto však již není otázka ochranného účelu normy, ten se zabývá pouze otázkou, zda přímý protějšek nárok má. Jedná se o další úvahy omezování rozsahu odpovědnosti.

- **Přímý tržní protějšek – koneční spotřebitelé:** Nejpozději od doby vydání rozsudku ve věci *Manfredi* se ochrana vztahuje i na ně. Proti tomu se nedá nic namítnout.

Koneckonců není hospodářská soutěž samoučelná, nýbrž má být v posledním důsledku ku prospěchu spotřebitelů – viz rovněž ustanovení článku 101 odst. 3 SFEU. Tudíž spadají i spotřebitelé pod ochrannou působnost normy.

- **Nepřímá protistrana tržního mechanismu:** Přestože někteří mohou zastávat názor, že Soudní dvůr požadoval zahrnout i tuto skupinu do nároku na náhradu škody, podle mého názoru tomu tak není. Z judikatury Soudního dvora to nevyplývá. S přisuzováním nároků na náhradu škody bychom měli zacházet velmi opatrně. Nejlepším řešením se zdá být rakouský postoj vůči nepřímým poškozeným, podle kterého je nárok na náhradu škody přípustný pouze v případě **pouhého(!)** přemístění škody jako celku. V těchto případech je nárok nepřímého poškozeného odůvodněný, protože přímo poškozenému ve skutečnosti žádná škoda nevznikla, a jakákoliv náhrada škody by představovala bezdůvodné obohacení a škoda by naopak zůstala tomu, koho ve skutečnosti postihla. Ve všech ostatních případech je to velmi těžké určit, v jaké výši a jakým způsobem byla škoda přenesena. V případech pouhého přemístění škody jako celku je námitka passing-on defence zcela oprávněná. Současně je nutno uvést, že samozřejmě není z hlediska spravedlnosti správné, aby, pokud nepřímému poškozenému, skutečně vznikla škoda, nebyla nikdy kompenzována. Nicméně je nutno konstatovat, že právní systému i v současné době disponují instrumenty, které jsou schopné se s těmito někdy nežádoucími následky vypořádat, např. likvidace škod třetích osob⁵⁵² (*Drittschadensliquidation*), bezdůvodné obohacení apod.⁵⁵³

Účastníci kartelu by dle mého názoru měli přes odlišnou judikaturu Soudního dvora být vyloučeni z nároku na náhradu škody na základě porušení soutěžního práva EU. Argumentace podporující jejich nárok na náhradu škody v rámci kartelového práva se může zdát přesvědčivá: Ačkoli jsou sami účastníci protisoutěžního jednání, jsou součástí chráněného trhu. Pokud je účelem soutěžního práva chránit účastníky trhu před jeho omezováním silnějšími subjekty, které nedovolují těm slabším se přirozenou cestou rozvíjet, je nutno chránit tyto slabší subjekty, neboť jsou součástí zdravého soutěžního prostředí. Pokud se tedy nejedná o velké hráče, kteří záměrně narušují soutěž, nýbrž o malé podniky, které neměly jinou volbu než se narušování účastnit, jinak by se nemohly soutěže na daném trhu účastnit, je

⁵⁵² Předpoklady likvidace škod třetích osob jsou: 1) škoda nevznikla osobě, které svědčí nárok na její náhradu; 2) poškozený žádný nárok nemá; 3) přenesení škody z osoby, které svědčí nárok, na poškozeného.

⁵⁵³ Drexl, FS Canaris, 1355.

jejich zájem nezkreslené účasti na tomto trhu chráněn a připadá jim tedy oprávnění své zájmy prosazovat i pomocí nároku na náhradu škody.

Podle požadavků samotného Soudního dvora by měl být tento okruh osob oprávněný pouze při splnění velmi přísných podmínek. Zkoumat je třeba tyto dvě podmínky: 1) Poškozený nesmí být náhradou bezdůvodně obohacen. 2) Poškozený nesmí být za škodu významně odpovědný, tj. musí se nacházet v závislé pozici vůči ostatním účastníkům kartelu/ vůči druhému účastníkovi kartelu. Nárok na náhradu škody nemá, pokud není v této situaci. Podle mého názoru lze na tomto místě souhlasit s německým řešením, podle něhož nárok jako takový u závislých účastníků kartelu sice existuje, avšak je omezen na základě spoluzavinění. Takto lze zaručit, že poškozený nebude za svou slabou pozici ještě potrestán a současně se zohlední podíl jeho odpovědnosti a skutečnost, že ne vždy jsou závislí účastníci kartelu zcela bez viny na svém postavení.

I přes toto opatření jsem toho názoru, že účastníci kartelu, ať jsou v jakékoli pozici, nejsou chráněni normou kartel zakazující a z tohoto důvodu by neměli mít nárok na náhradu škody vyplývající přímo z kartelové normy. To neznamená, že by neměli mít nárok na náhradu škody vůbec. Pouze by měl být nárok založen na jiné normě a předpoklady odpovědnosti škůdce by tedy měly vycházet z této jiné normy, která by spíše odpovídala situaci. Tak tomu je např. u nároku na náhradu škody způsobenou jednáním proti dobrým mravům, která má zvýšené požadavky na konstrukci odpovědnosti škůdce ze strany poškozeného, tj. musí např. prokázat úmysl.

První myšlenkou je, že jednotlivé subjekty by měly být v zásadě chráněny pouze proti jednání, které směřuje proti jejich skupině. Např. v případě cenových ujednání to jsou odběratelé a ne konkurenti. Samozřejmě mohou konkurenti včetně jiných skupin utrpět kolaterální škody. Je to sice méně pravděpodobné, na druhé straně účelem ustanovení článku 101 a článku 102 SFEU je chránit celý trh, nikoliv jeho jednotlivé segmenty. Můj názor sice poněkud směřuje proti snahám neotevírat příliš okruh oprávněných osob, přesto si myslím, že by se s ohledem na zmíněnou ochranu celého trhu neměly dělat rozdíly mezi jednotlivými způsoby jednání. Problém nasměrování poškozujícího jednání je totiž možné řešit i jinou cestou (např. pomocí adekvátnosti následků).

Co se týče **věcné ochranné působnosti normy**, je třeba mít na paměti, že za ochranou funkční hospodářské soutěže stojí ekonomické zájmy. Tomu odpovídají i chráněné právní statky. Ochrana se má tudíž vztahovat na prokazatelně související majetkové škody. Týká se

to zejména ušlého zisku a zbytečných nákladů vynaložených pro vstup na trh. Ztráta hodnoty podniku je do doby jeho prodeje pouze hypotetickou škodou, která se zmaterializuje teprve v dalším kroku. Podnik totiž nadále existuje. Proti tomu lze namítnout, že účelem kartelového práva není ochrana hodnoty podniku, nýbrž jeho účasti na trhu. Proto by dle mého názoru hodnota podniku neměla být v důsledku porušení kartelového práva hrazena ani v případě, že se zmaterializuje.

Dá se uvažovat i o náhradě škody za omezení svobody jednání účastníků trhu. Svoboda jednání je každopádně chráněna ustanoveními článků 101 a 102 SFEU, neboť na ní závisí funkční hospodářská soutěž. Jednak lze mluvit o narušování svobodné hospodářské činnosti podnikatelů, jednak o omezení svobody volby spotřebitelů (pokud je narušením soutěže např. omezena šíře sortimentu výrobků). Jedná se o nehmotné škody, které by měly být nahrazovány pouze za určitých okolností. Musí být k tomu dostačující důvody (např. v případě ublížení na zdraví apod.). Tato podmínka zde není naplněna. K tomu, aby poškozený mohl nadále využívat své svobody, mu v tomto případě stačí náhrada majetkových škod. Tudíž neexistuje spravedlivý důvod pro to, aby bylo poskytnuto určité odškodnění za zásah do svobody jednání.

Dle mého názoru by měla být poskytována i náhrada nepřímých ekonomických škod stejně jako v případě zkoumaných právních řádů, avšak pouze za předpokladu, že jsou v příčinné souvislosti a splňují požadavek předvídatelnosti následků.

III. Srovnání výsledků při adekvátnosti a při aplikaci ochranného účelu normy

Při srovnání výsledků, které poskytne aplikace adekvátnost na rozsah přičitatelnosti, a které poskytne aplikace ochranného účelu normy, lze zcela jednoznačně konstatovat, že v oblasti kartelových škod efektivního výsledku při aplikaci pouhé adekvátnosti dosáhnout nelze.

Samotná adekvátnost nereaguje na otázku obecného vymezení, kdo může nárokovat náhradu kartelové škody. Při aplikaci specifického měřítko tak, jak by mělo být aplikováno na podnikatele (soutěžitele), lze očekávat, že v rámci okruhu poškozených je možné předvídat velmi daleko. Adekvátnost též sama o sobě není schopna vyloučit jiné než majetkové/ekonomické škody. Je nutno aplikovat další nepřiznané úvahy o spravedlnosti. Zejména však není adekvátnost schopna předem dát určité obrysy odpovědnosti, a tím odpovědět na potřebu právní jistoty. Rozsah odpovědnosti při aplikaci adekvátnosti je značně nejasný. Tato nejasnost může mít pak v doposud neobvyklých oblastech deliktních nároků (jako jsou např. kartelové škody) působit i negativně na soudce, který by o náhradách měl

rozhodovat. To pak může vést k tomu, že z obav z bezmeznosti, nastaví rozsah odpovědnosti příliš úzce, čímž odradí ty, kteří by z hlediska spravedlnosti měli nárok na náhradu a mohli tak efektivně přispět k prevenci porušování kartelových norem EU.

Vymezení rozsahu odpovědnosti pomocí ochranného účelu normy dává mnohem jasnější a přesnější odpověď. Navíc abstraktně vymezuje rozsah předem, a tudíž je od počátku zřejmé, náhradu kterých škod již požadovat nelze – dává odpovědnosti jasnější kontury. Tím působí pozitivně i na potenciální žalující, a tím zefektivňuje vymáhací proces. Ochranný účel skýtá obecně užší vymezení okruhu oprávněných subjektů, nicméně rozsah současně závisí na právněpolitickém nastavení nástroje. Lze tedy uvažovat o posunutí hranic tím či oním směrem podle toho, na kterou funkci je v dané době kladen důraz.

V osobní rovině dává ochranný účel normy jasnější a užší vymezení oprávněných subjektů (zejména je schopen určit konkrétní okruhy oprávněných osob), což je únosnější i pro celý systém, z hlediska ekonomického. Ve věcné rovině zajišťuje, že bude skutečně nahrazováno pouze v té oblasti, v níž působí porušená norma. Ostatní škody spadají pod běžné životní riziko.

KAPITOLA 4: ZÁVĚR

Výše navržené řešení vymezení rozsahu odpovědnosti původce kartelové škody pomocí nástroje ochranného účelu normy se zdá být efektivnějším, jednodušším a jasnějším ve srovnání s řešením, jakého by bylo dosaženo na základě teorie adekvátnosti. Tak mnohem lépe odpovídá požadavkům spravedlnosti a právní jistoty. Z tohoto důvodu se domnívám, že by měl být i za současné právní úpravy pravidelně využíván. Není pravda, že Soudní dvůr svou judikaturou ve věci *Courage* aplikaci ochranného účelu normy zavrhl, opak je zřejmý např. z právní praxe v Anglii, kde se v případě porušení soutěžního práva EU aplikuje právě *scope of protection* (ochranná působnost) porušené normy, v kombinaci s *remoteness* škody.⁵⁵⁴ Obdobné řešení, tedy kombinace ochranného účelu a adekvátnosti, by mohlo být i praktičtější řešením pro český právní řád.

Původního záměru prokázat, že správnou cestou je omezení odpovědnosti subjektu, který porušil soutěžní právo, pouze na přímé poškozené, nebylo zcela dosaženo. Zjistili jsme, že existují výjimky, při nichž je možné akceptovat „proniknutí“ nároku na náhradu škody k některým nepřímým poškozeným, tedy zejména nepřímých odběratelů. Tyto výjimky by však měly být udrženy v rozsahu v jakém v současné době jsou. Neměly by být rozšiřovány. Lze uvažovat např. o tom, zda legislativně neomezit odpovědnost pouze na první a druhou část řetězu, tedy na přímé odběratele a nepřímé odběratele, nebo na určitý způsob řetězení (podle účastníků), ve kterých je rozdělování nesení škod pravděpodobné. Takového omezení jen na určité nepřímé poškozené lze totiž jen těžko obecně dosáhnout aplikací ochranného účelu či adekvátnosti. Tyto prostředky nemohou obecně abstraktně říct, kteří nepřímí ano, a kteří ne. Současně přenechat to konkrétnímu řešení v jednotlivých případech nepřispívá k právní jistotě.

Otázka, zda přikročit k omezení rozsahu odpovědnosti, zejména v otázce oprávněných subjektů, samozřejmě závisí též s tím, jakou funkci chceme nárokům na náhradu škody dát. Pokud je jejich účelem prevence a odstrašení, pak je zcela samozřejmé, že by měl být rozsah odpovědnosti co nejširší. To však podle mého názoru není primární funkcí deliktního práva. Jeho základním účelem je rozumná a spravedlivá alokace škod. Jeho původním principem je *casum sentit dominus*, teprve když jsou dány zvláštní důvody, je škoda přičtena jinému subjektu.⁵⁵⁵ Některé škody jsou běžným následkem interakce mezi jednotlivci, se kterými je nutno počítat. Tyto „škody“ by se neměly nahrazovat.

⁵⁵⁴ Meeßen, 575.

⁵⁵⁵ Brüggemeier, *Haftungsrecht*, 192.

Je sice nutno akceptovat námitku, že někdy je chování účastníků kartelových dohod/dominantů velmi troufalé, přičemž se jejich protisoutěžní chování dotýká v konečném důsledku nejsilněji právě konečných spotřebitelů, kteří však nejsou přímými spotřebiteli škůdce. V první řadě je nutno konstatovat, že právní řády znají způsoby, jak tuto situaci v některých konkrétních případech řešit. Jedná se zejména o likvidaci škod třetích osob a bezdůvodné obohacení. Pro výjimečnou situaci, kdy je jednání škůdce skutečně troufalé, však právní řády běžně obsahují též generální klauzuli pro odpovědnost za škodu úmyslně způsobenou porušením dobrých mravů, přičemž postačí i úmysl nepřímý, tj. není třeba, aby účastník kartelové dohody/dominant tuto škodu přímo způsobit chtěl, nýbrž postačí, aby věděl, že ji může způsobit a s jejím vznikem byl srozuměn.⁵⁵⁶ Je zde tedy dána dostatečná ochrana pro mimořádné případy, kdyby se nepřiznání nároku na náhradu škody nepřímého odběratele mohlo zdát nepřiměřeným břemenem pro poškozeného a je tudíž z hlediska spravedlnosti nutné je přenést na původce škody – tedy subjekt, který porušil soutěžní právo. S touto problematikou však úzce souvisí i otázka, na který ze znaků skutkové podstaty se má úmysl vztahovat. Rozdíl mezi úmyslem porušit dobré mravy (jak je tomu v současném i novém českém občanském zákoníku) a úmyslem tím někomu způsobit škodu (jak je tomu v rakouské a německé předloze) je totiž značný. S úmyslným porušením kartelového (či jiného) práva totiž lze úmysl jednat proti dobrým mravům spojit v podstatě vždy, norma obsažená v § 424 občanského zákoníku, resp. § 2909 nového občanského zákoníku by pak postrádala svou výjimečnost. Tento nedostatek je však napraven výkladem, který úmysl vztahuje i na způsobení škody a lze předpokládat, že obdobný výklad bude přijat i pro nový občanský zákoník, byť je tento poněkud odlišněji formulován. Pokud se má norma aplikovat na mimořádně závažné případy – a tudíž má ospravedlnit aplikaci na nepřímé odběratele – je nutno s ní spojit další mimořádnost – totiž úmysl jednáním proti dobrým mravům způsobit někomu konkrétnímu či konkrétní skupině škodu.

Pokud akceptujeme nárok na náhradu škody spotřebitelů, je však třeba nejen konstatovat, že ho teoreticky mají, ale je třeba též přijmout mechanismy, které toto právo zaručí. Dle mého názoru lze buď říci, že někdo má na něco nárok, a pak je nutno mu dosažení tohoto nároku umožnit, a nebo je nutno říci, že takový nárok z právněpolitického hlediska mít nemá, a nestačí se pouze odvolávat na skutečnost, že jeho nárok není efektivně prosaditelný. Je tedy nutno zajistit, aby spotřebitelům byly k dispozici – ne mechanismy, které by prosazení jejich nároku vůči škůdci nespravedlivě zjednodušovali, nýbrž – prostředky kolektivního prosazování jejich nároků.

⁵⁵⁶ Rozsudek NS sp.zn. 21 Cdo 1059/2003 ze dne 5. 2. 2004.

Co se týče použitého postupu pro vymezení rozsahu odpovědnosti, podařilo se prokázat, že adekvátnost ve sledované oblasti neposkytuje dostatečný mechanismus pro efektivní omezení odpovědnosti subjektů, které porušily soutěžní právo. Ulrich Huber již koncem 60. let minulého století hlásal konec teorie adekvátnosti. Ochranný účel normy ji měl zcela nahradit.⁵⁵⁷ K tomu nedošlo, adekvátnost se v Německu používá dodnes, ale již ne jako samostatný prostředek. Byla vlastně víceméně degradována na sekundární prostředek. Rakousko sice adekvátnost používá vedle ochranného účelu jako prostředek vytvoření pohyblivé hranice (*bewegliche Grenze*) v rámci zastávaného pohyblivého systému (*bewegliches System*). Obdobnému přístupu v českém právním řádu nic nebrání, a to ani současná úprava. Jak vyplývá ze sice zatím opatrné judikatury Ústavního soudu možnost aplikovat ochranný účel normy tady je. Dle mého názoru však za dané formulace není jiná možnost, než přistoupit na aplikaci ochranného účelu normy, neboť minimálně § 2910 věta 2 nového občanského zákoníku (odpovědnost za porušení ochranného zákona) výslovně a přímo předvídá zjišťování ochranného účelu normy. Navíc se jedná o jedinečnou příležitost přijmout do českého právního řádu fungující a vyzkoušený instrument, který zefektivní vymáhání škod pro všechny zúčastněné. Je pravda, že není zřejmé, zda si to zákonodárce uvědomuje, že není zřejmé, zda jejich budoucí uživatelé vědí, co se od nich bude očekávat. Není jasné, zda právnická veřejnost očekává, že dojde k zásadní změně paradigmatu v civilní odpovědnosti za způsobenou škodu.

Vývoj v poslední době⁵⁵⁸ nás přesvědčuje, že není ani tak potřeba výrazně výhodnějších pravidel pro poškozené (tj. potenciální žalobce), jak tomu je např. ve Spojených státech, jako spíše jasné vymezení, že možnost domáhat se náhrady tady je, že pokud je nárok oprávněný, je zde možnost ho efektivně prosadit, je třeba jasného určení, kdo má nárok na náhradu škody a za které újmy ji může požadovat.

Ochranný účel normy však není jediný všespasitelný prostředek vymezení rozsahu povinnosti k náhradě škody, resp. odpovědnosti škůdce. Ostatně skutečnost, že pouhá adekvátnost či pouhý ochranný účel normy nestačí jako prostředek vymezení rozsahu, lze pozorovat i na příkladu dvou velkých evropských projektů kodifikace odpovědnostního práva (příčemž jeden je součástí většího projektu týkajícího se celého práva civilního): Principles of European Tort Law (PETL) a Draft Common Frame of Reference (DCFR). PETL v čl. 3:201⁵⁵⁹ (Rozsah

⁵⁵⁷ Huber, JZ 1969, 677, 677.

⁵⁵⁸ Např. v SRN podali v počátku roku 2012 4 pojišťovny (v čele s HUK-Coburg) žalobu na náhradu škody způsobenou porušením evropského i vnitrostátního kartelového práva výrobcí skel do aut (car-glass cartel) u OLG Düsseldorfu.

⁵⁵⁹ „Art. 3:201. *Scope of Liability*

Where an activity is a cause within the meaning of Section 1 of this Chapter, whether and to what extent damage may be attributed to a person depends on factors such as

odpovědnosti) vedle předvídatelnosti (adekvátnosti) a ochranného účelu normy jmenují další faktory, které se mají posuzovat kumulativně při posuzování rozsahu odpovědnosti původce škody: povaha a hodnota chráněného majetku, důvod odpovědnosti (zavinění, porušení standardu chování, porušení zvláštní povinnosti chránit druhé před újmou) a rozsah běžných životních rizik (známé z předchozích kapitol „*allgemeines Lebensrisiko*“). DCFR zase ve svém čl. VI.-1:101⁵⁶⁰ omezuje odpovědnost, tj. povinnost náhrady, pouze na „*právně relevantní škody*“ (*legally relevant damage*). Tato právně relevantní škoda je dána tehdy, pokud je porušen zájem, který buď zákon přímo výslovně chrání, nebo je hoden toho, aby byl zákonem chráněn (čl. VI.-2:101), včetně jasného určení, kdy jsou sekundární/nepřímí poškození oprávněni nárokovat náhradu škody (např. čl. VI.-2:202).

Český právní řád sice takové podrobné vymezení neobsahuje, nicméně jeho úprava civilně deliktů odpovědnosti nebrání, aby soudy přijaly za své interpretační pravidla odpovídající těmto principům.

Neznamenalo by to pouze přínos obecný pro právo deliktů odpovědnosti, nýbrž i konkrétně v oblastech, kde lze počítat s množstvím různým způsobem roztržštěných škod, jako je tomu právě v kartelovém právu. Nenesení to s sebou pouze výhody pro škůdce, jehož odpovědnost dostane pevnějších kontur a bude mu tak svědčit větší právní jistota, nýbrž i pro potenciální poškozené, u kterých nebude docházet k neúčelně vynaloženým nákladům. Vymezení, nebo spíše omezení, rozsahu civilní odpovědnosti však předpokládá, že v právním řádu existují další mechanismy, které zabrání tomu, aby výnosy ze způsobené újmy nezůstaly u škůdce nýbrž byly nějakým způsobem alokovány mimo škůdcovu sféru, ať již státem (soutěžním úřadem) v podobě pokut, popř. dalších sankcí, nebo soukromými subjekty zastupujícími zájmy určitých skupin (profesionální svazy podnikatelů, či svazy na ochranu spotřebitelů) např. v podobě instrumentu odčerpání zisku. Současně, pokud hledáme u práva širší civilní odpovědnosti i funkci preventivní a v podobě vymezené ochranným účelem normy, zdá se být příliš oslabena, lze posílit možnost soukromoprávního vymáhání kartelového práva o širší možnost využívání negatorních žalob, zejména zájmovými svazy.

a) the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time or space between the damaging activity and its consequence, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity;

b) the nature and the value of the protected interest (Article 2:102);

c) the basis of liability (Article 1:101);

d) the extent of the ordinary risks of life; and

e) the protective purpose of the rule that has been violated.“

⁵⁶⁰ „VI.-1:101: Basic rule

(1) A person who suffers **legally relevant damage** has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage.

...”

SEZNAM SOUDNÍCH A JINÝCH ROZHODNUTÍ

Rozhodnutí Evropské komise

Rozhodnutí Komise č. COMP/E-1/38.823 ze dne 21. 2. 2007 ve věci *PO/Elevators and Escalators*

Rozhodnutí Komise č. M.5793 ze dne 12. 5. 2010 ve věci *Dalkia CZ/NWR Energy*

Rozhodnutí evropských soudů

Rozsudek Tribunálu č. T-28/90 ze dne 18. 9. 1992 ve věci *Automec Srl v Komise*, ECR [1992] II-2223 (*Automec/BMW*)

Rozsudek Tribunálu č. T-151/07 ze dne 13. 7. 2011 ve věci *Kone Oyj, Kone GmbH and Kone BV v Komise*, ECR [2011]

Rozsudek Tribunálu spojené věci č. T-141/07, T-142/07, T-145/07 a T-146/07 ze dne 13. 7. 2011 ve věci *General Technic-Otis Sàrl, General Technic Sàrl, Otis SA and Others a United Technologies Corporation v. Komise*, ECR [2011]

Rozsudek Soudního dvora č. 26/62, ze dne 5. 2. 1963 ve věci *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v Nizozemská finanční správa*, ECR [1963] 5 (*van Gend en Loos*)

Rozsudek Soudního dvora č. 127/73, ze dne 30. 1. 1974 ve věci *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM a NV Fonior*, ECR [1974] 313 (*BRT I*)

Rozsudek Soudního dvora č. 41, 43 a 44-73/77 ze dne 9. 3. 1977 ve věci *Société anonyme Générale sucrière a další v Komise a dalším*, ECR [1977] 445 (*Générale-Sucrière*)

Rozsudek Soudního dvora č. 42/84 ze dne 11. 7. 1985 ve věci *Remia BV a další v Komise*, ECR [1985] 2545 (*Remia*)

Rozhodnutí Soudního dvora č. 161/1984 ze dne 28. 1. 1986 ve věci *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECR [1986] 353 (*Pronuptia*)

Rozsudek Soudního dvora č. 68/88 ze dne 21. 9. 1989 ve věci *Komise v. Řecko*, ECR [1989] 2965

Rozsudek Soudního dvora spojené věci č. C-6/90 a C-9/90 ze dne 19. 11. 1991 ve věci *Andrea Francovich a další v Italská republika*, ECR [1991] I-5357 (*Francovich*)

Rozsudek Soudního dvora č. C-128/92 ze dne 13. 4. 1994 ve věci *H. J. Banks & Co. Ltd v British Coal Corporation*, ECR [1994] I-1209 (*Banks*)

Stanovisko Generálního advokáta Jacobse č. C-7/97 ze dne 28. 5. 1998 ve věci *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG a Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, ECR [1998] I-7791 (*Oscar Bronner*)

Rozsudek Soudního dvora č. C-140/97 ze dne 15. 6. 1999 ve věci *Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister a další v Republik Österreich*, ECR [1999] I-3499 (*Walter Rechberger*)

Rozsudek Soudního dvora č. C-453/99 ze dne 20. 9. 2001 ve věci *Courage Ltd v Bernard Crehan a Bernard Crehan v Courage Ltd a další*, ECR [2001] I-6297 (*Courage*)

Rozsudek Soudního dvora č. C-253/00 ze dne 13. 9. 17. 9. 2002 ve věci *Antonio Muñoz y Cia SA and Superior Fruiticola SA v Frumar Ltd and Redbridge Produce Marketing Ltd.*, ECR [2002] I-7289 (*Muñoz*)

Rozsudek Soudního dvora č. C-295/04 do C-298/04 ze dne 13. 7. 2006 ve věci *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) a *Nicolò Tricarico v Assitalia SpA* (C-297/04) a *Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA* (C-298/04), ECR [2006] I-6619 (*Manfredi*)

Rozhodnutí českých soudů

Nález ÚS sp.zn. I. ÚS 312/05 ze dne 1. 11. 2007

Rozsudek NS ČSR sp.zn. Rv I 1007/30 ze dne 23. 9. 1931 (Vážný č. 11033)

Rozsudek NS č. R 61/70

Rozsudek NS č. R 55/71

Rozsudek NS ČSR sp.zn. 2 Cz 36/76 ze dne 30. 11. 1976, publikovaný ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. R 7/1976

Rozsudek NS sp.zn. II. Odon 15/96 ze dne 31. 1. 1996

Rozsudek NS sp.zn. 29 Cdo 2001/99 ze dne 2. 2. 2000

Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 1946/2000 ze dne 24. 5. 2001

Rozsudek NS sp.zn. 29 Odo 690/2001 ze dne 8. 1. 2003

Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 986/2001 ze dne 20. 2. 2003

Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 987/2001 ze dne 20. 2. 2003

Rozsudek NS sp.zn. 21 Cdo 1059/2003 ze dne 5. 2. 2004

Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 1809/2003 ze dne 4. 8. 2004

Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 1354/2005, 25 Cdo 1355/2005 ze dne 27. 6. 2006

Rozsudek NS sp.zn. 32 Cdo 723/2007 ze dne 9. 4. 2008

Rozsudek NS sp.zn. 32 Cdo 2843/2008 ze dne 21. 10. 2008

Rozsudek NS sp.zn. 23 Cdo 269/2006 ze dne 26. 11. 2008

Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 4429/2007 ze dne 16. 12. 2009

Rozsudek NS sp.zn. 23 Cdo 1069/2008 ze dne 25. 2. 2010

Rozsudek NS sp.zn. 25 Cdo 1554/2006 ze dne 21. 12. 2010

Rozhodnutí německých soudů

Rozsudek RG ze dne 15. 3. 1912, RGZ 79, 85

Rozsudek RG ze dne 22. 6. 1931, RGZ 133, 126

Rozsudek RG ze dne 4. 7. 1938, RGZ 158, 6

Rozsudek BVerfG ze dne 8. 3. 2000, NJW 2000, 2187

Rozsudek BVerfG ze dne 23. 3. 2000, NJW 2000, 1878

Rozsudek BGH ze dne 23. 10. 1951, BGHZ 3, 261

Rozsudek BGH ze dne 19. 6. 1952, BGHZ 7, 30

Rozsudek BGH ze dne 6. 7. 1955, BGHZ 18, 149

Rozsudek BGH ze dne 17. 10. 1955, BGHZ 18, 286 – *Impfschaden*

Rozsudek BGH ze dne 29. 2. 1956, BGHZ 20, 137

Rozsudek BGH ze dne 2. 7. 1957, BGHZ 25, 86

Rozsudek BGH ze dne 8. 10. 1958, BGHZ 28, 208

Rozsudek BGH ze dne 19. 12. 1958, BGHZ 29, 65 – *Stromkabel*

Rozsudek BGH ze dne 26. 5. 1961, GRUR 1962, 159 – *Blockeis*
 Rozsudek BGH ze dne 22. 12. 1961, BGHZ 36, 252
 Rozsudek BGH ze dne 12. 2. 1963, NJW 1963, 1671
 Rozsudek BGH ze dne 9. 12. 1964, NJW 1965, 2007
 Rozsudek BGH ze dne 7. 6. 1968, NJW 1968, 2287
 Rozsudek BGH ze dne 29. 10. 1974, BGHZ 63, 189
 Rozsudek BGH ze dne 4. 4. 1975, BGHZ 64, 232 – *Krankenhaus-Zusatzversicherung*
 Rozsudek BGH ze dne 22. 10. 1977, WuW/E BGH 1299, 1300 – *Strombezugspreis*
 Rozsudek BGH ze dne 10. 10. 1978, BB 1979, 642
 Rozsudek BGH ze dne 23. 10. 1979, WuW/E BGH 1643 – *Liefersperre/BMW-Importe*
 Rozsudek BGH ze dne 3. 7. 1981, BGHZ 81, 291 – *Bäckerei-Fachzeitschrift*
 Rozsudek BGH ze dne 25. 1. 1982, BGHZ 86, 324 – *Familienzeitschrift*
 Rozsudek BGH ze dne 8. 12. 1982, NJW 1982, 572
 Rozsudek BGH ze dne 10. 12. 1985, NJW 1986, 1877 – *Abwehrblatt*
 Rozsudek BGH ze dne 10. 10. 1987, GRUR 1988, 327 – *Cartier-Uhren*
 Rozsudek BGH ze dne 29. 9. 1988, GRUR 1989, 110 – *Synthesiser*
 Rozsudek OLG Stuttgart ze dne 4. 11. 1988, WuW/E OLG 4326
 Rozsudek BGH ze dne 7. 12. 1989, GRUR 1990, 375 – *Steuersparmodel.*
 Rozsudek BGH ze dne 17. 9. 1991, VersR 1991, 1293
 Rozsudek BGH ze dne 6. 12. 2001, GRUR 2002, 985, 986 – *WISO mwN.*
 Rozsudek BGH, GRUR 2001, 2058 – *Immobilienpreisangaben.*
 Rozsudek BGH ze dne 21. 6. 2001, GRUR 2002, 75, 76 – “*sooo...billig*”.
 Rozsudek BGH ze dne 10. 12. 2002, NJW 2003, 1040
 Rozsudek BGH ze dne 24. 6. 2003, BGHZ 155, 214 – *HABET/Lekkerland*
 Rozsudek BGH ze dne 14. 6. 2005, NJW 2005, 2923
 Rozsudek BGH ze dne 24. 1. 2006, NJW 2006, 830 – *Kirch/Deutsche Bank AG v Breuer*
 Rozsudek BGH sp.zn. KZR 75/10 ze dne 28. 6. 2011 – *Selbstdurchschreibepapier (ORWI)*
 Rozsudek OLG Düsseldorf ze dne 16. 6. 1998, WuW/E OLG 143 – *Global One*
 Rozsudek OLG Frankfurt ze dne 26. 1. 1989, WuW/E OLG 4475
 Rozsudek OLG Karlsruhe ze dne 28. 1. 2004, NJW 2004, 2243
 Rozsudek OLG Karlsruhe sp.zn. 6 U 118/05 (Kart.) ze dne 11. 6. 2010 – *Selbstdurchschreibepapier (ORWI)*
 Rozsudek OLG München ze dne 14. 6. 1986, VersR, 1983, 887
 Rozsudek LG Hannover, Das Recht 1910, 36
 Rozsudek LG Mainz ze dne 15. 1. 2004 NJW-RR 2004, 478 – *BASF*
 Rozsudek LG Mannheim ze dne 18. prosince 1964, WuW/E LG/AG 259
 Rozsudek LG Mannheim ze dne 11. 7. 2003, GRUR 2004, 182

Rozhodnutí rakouských soudů

Rozsudek OGH ze dne 11. 1. 1933, SZ 15/10
 Rozsudek OGH sp.zn. 2 Ob 554/31 ze dne 3. 6. 1931, SZ 13, 141, 517
 Rozsudek OGH sp.zn. 1 Ob 290/49 ze dne 8. 2. 1950, SZ 23/23, 62
 Rozsudek OGH ze dne 4. 3. 1953, SZ 26/59

Rozsudek OGH sp.zn. 2 Ob 465/55 ze dne 28. 9. 1955, JBI 1956, 124
Rozsudek OGH ze dne 10. 6. 1960, ZVR 1960/372, 255
Rozsudek OGH sp.zn. 2 Ob 70/62 ze dne 9. 3. 1962, JBI 1962, 638
Rozsudek OGH sp.zn. 2 Ob 431/65 ze dne 17. 2. 1966, JBI 1966, 47
Rozsudek OGH ze dne 8. 7. 1970, JBI 1971, 83
Rozsudek OGH sp.zn. 2 Ob 192/70 ze dne 9. 7. 1970, SZ 43/132, 479
Rozsudek OGH ze dne 14. 12. 1977, ZVR 1979/99, 112
Rozsudek OGH sp.zn. 8 Ob 242/78 ze dne 15. 2. 1979, SZ 20/52, 78
Rozsudek OGH sp.zn. 1 Ob 35/80 ze dne 15. 7. 1981, SZ 54/108
Rozsudek OGH ze dne 2. 12. 1982, ZVR 1984/37, 50
Rozsudek OGH ze dne 15. 12. 1983, ZVR 1984/338, 369
Rozsudek OGH ze dne 14. 11. 1984, JBI 1986, 98
Rozsudek OGH ze dne 11. 7. 1985, ZVR 1986/37, 120
Rozsudek OGH sp.zn. 4 Ob 2/93 ze dne 15. 12. 1992 – *Ursprungszeugnisse*
Rozsudek OGH sp.zn. 4 Ob 551/92 ze dne 24. 11. 1992
Rozsudek OGH sp.zn. 4 Ob 62/98s ze dne 17. 3. 1998 – *Service-Gutscheine*
Rozsudek OGH sp.zn. 4 Ob 201/02s ze dne 15. 10. 2002 – *Pro-Serve Sport GmbH*
Rozsudek OGH sp.zn. 8 Ob 139/08m ze dne 16. 12. 2008
Rozsudek OGH sp.zn. 16 Ok 13/08 ze dne 12. 1. 2009
Rozsudek LG Graz sp.zn. 17 R 91/07p ze dne 17. 8. 2007 – *Grazer Fahrschulen*
Rozsudek BG Graz sp.zn. 4 C 463/06h ze dne 16. 3. 2007 – *Grazer Fahrschulen*

SEZNAM LITERATURY

Materiály veřejných organizací/Studie zadané veřejnými organizacemi

American Antitrust Institute's Transition Report on Competition Policy to the 44th President of the United States, 2008

Waelbroeck D., Slater D., Even-Shoshan G., Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (*Ashurst-Study*), <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>

Zelená kniha – Žaloby o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:CS:PDF>

Pracovní dokument Komise k Zelené knize: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf

Sdělení Evropské komise k Zelené knize: Žaloby o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES (2006/2207(INI)) ze dne 10. dubna 2007 (konečné znění A6-0133/2007)

Tiskové prohlášení Komise k Zelené knize ze dne 20. prosince 2005: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1634&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

Impact Assessment Report http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_report.pdf

Tiskové prohlášení Komise k Bílé knize ze dne 3. dubna 2008: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/515&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>

Sdělení Komise Pokyny pro aplikaci čl. 81 odst. 3 Smlouvy (2004/C 101/08)

Sdělení Komise o omezeních přímo souvisejících se spojováním a pro ně nezbytných (2005/C 56/03)

Sdělení Komise Pokyny k pojmu vlivu na nadnárodní obchod podle článků 81 a 82. smlouvy o ES (2004/C 101/07)

Austrian National Report for the Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>

Studie Deutsche Bank Homo Oeconomicus oder doch eher Homer Simpson, http://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD000000000256950.pdf

Protokoly k BGB II, 1888

Důvodová zpráva k 7. novele GWB, Reg.-Begr., BT-Drs. 15/3640

Begründung zum GWB (důvodová zpráva k zákonu proti omezování hospodářské soutěže), BT-Drucks II/1158

Begr. des RefE, Fassung vom 17. Dezember 2003, (Důvodová zpráva ministerského návrhu 7. novely GWB, znění ze dne 17. prosince 2003)

Regierungsentwurf (vládní návrh 7. novely GWB), Drucksache 15/3640

Begr. des RegE, (Důvodová zpráva vládního návrhu 7. novely GWB)

Ausschussbericht (zpráva z výboru k 7. novele GWB)

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB - Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle

Bundeskartellamt, Private Kartellrechtsdurchsetzung Stand, Probleme, Perspektiven – Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005

Monografie

- Baldwin R., Wyplosz C.*, The Economics of European Integration, McGraw Hill 2009, 3. vyd.
- Bejček J.*, Obchodní závazky, nakladatelství Masarykovy university 1994
- Bejček J.*, Kartelové právo, vydavatelství Masarykovy university 1995
- Breitkreuz F.*, Das Kartellverbot als Schutzgesetz. Ein Beitrag zum Drittschutz im Kartellrecht, Dr. Kovač Verlag 2005
- Brüggemeier G.*, Haftungsrecht, Nomos, Baden-Baden 1986 (Haftungsrecht 1986)
- Brüggemeier G.*, Prinzipien des Haftungsrecht, Nomos 1999 (Prinzipien)
- Brüggemeier G.*, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Springer Verlag 2006 (Haftungsrecht)
- Bulst F.W.*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht – Zur Schadensersatzabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht, Nomos 2006
- Bydlinski F.*, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht. Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. Heft 28, 1964 (Probleme)
- Bydlinski F.*, System und Prinzipien des Privatrechts, Springer Verlag 1996 (System)
- Deutsch E.*, Allgemeines Haftungsrecht, Carl Heymanns Verlag 1995, 2. vyd.
- Deutsch E., Ahrens H.-J.*, Deliktsrecht, Carl Heymanns Verlag 2007
- Ehrenzweig A.*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II, Manz 1920
- Endter F.*, Schadensersatz nach Kartellrechtsverstoß. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Anspruchsgrundlagen im europäischen, deutschen und englischen Recht, Stämpfli Verlag 2007
- Farnsworth W.*, The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law, The University of Chicago Press 2007
- Goyder D. G.*, EC Competition Law, Oxford University Press 2003, 4. vyd.
- Hajn P.*, Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, Masarykova univerzita 2000
- Hempel R.*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht - Eine rechtsvergleichende Analyse, Nomos 2002
- Jansen N.*, Die Struktur des Haftungsrechts, Mohr Siebeck 2003
- Jones C. A.*, Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, Oxford University Press 1999
- Karollus M.*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, Springer Verlag 1992
- Kaufmann C.*, Rechtsschutz im deutschen und europäischen Kartellrecht, Verlag Dr. Müller 2007
- Knapp V.*, Theorie práva, C.H.Beck 1995
- Kötz H., Wagner G.*, Deliktsrecht, Wolters Kluwer 2006, 10. vyd.
- Kötz H., Wagner G.*, Deliktsrecht, Verlag Franz Vahlen 2010, 11. vyd.
- Koziol H.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Jan Sramek Verlag 2010 (Grundfragen)
- Koziol H.*, Österreichisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil, Manz Verlag 1997, 3. vyd. (Haftpflichtrecht I)

- Koziol H.*, Österreichisches Haftpflichtrecht. Band II: Besonderer Teil, Manz Verlag 1984, 2. vyd. (Haftpflichtrecht II)
- Koziol H., Wilcox V.*, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Springer Verlag 2009
- Krüger H.-W.*, Öffentliche und private Durchsetzung des Kartellverbots von Art. 81 EG, Deutscher Universitätsverlag 2007
- Kruß A.*, Kartellschaden und Verbraucherschutz, Verlag Dr. Kovač 2010
- Lange H.*, Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Mohr Siebeck Verlag 1960
- Lange H., Schiemann G.*, Schadensersatz, Mohr Siebeck Verlag 2003
- Larenz K., Canaris C.-W.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag 1995, 3. vyd. (Methodenlehre)
- Logemann H.P.*, Der kartellrechtliche Schadensersatz. Die zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das deutsche und europäische Kartellrecht nach Ergehen der VO (EG) Nr. 1/2003 und der 7. GWB-Novelle, Duncker&Humboldt 2009
- Mäger T.* (ed.), Europäisches Kartellrecht, Nomos 2006
- Meeßen G.*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?, Mohr Siebeck 2011
- Melzer F.*, Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.Beck 2010
- Mihurko M.*, Verursachung, Begünstigung, Rechtswidrigkeit als Voraussetzungen der Schadenshaftung, Wien 1915
- Monti G.*, EC Competition Law, Cambridge University Press 2007
- Munková J., Svoboda P., Kindl J.*, Soutěžní právo, C.H. Beck 2006
- Palmer V.V., Bussani M.*, Pure Economic Loss. New Horizons v Comparative Law, Routledge-Cavendish 2009
- Posner R.A.*, Economic Analysis of Law, Aspen Publishers 2007, 7. vyd.
- Reich N., Micklitz H.-W.*, Europäisches Verbraucherrecht, Nomos Verlag 2003
- Roth P., Rose V.*, Bellamy&Child on European Community Law of Competition, Oxford University Press 2008, 6. vyd.
- Sack R.*, Das Recht am Gewerbebetrieb, Mohr Siebeck 2007
- Savigny F.C. von*, System des heutigen römischen Rechts. Band I, Veit & Comp. 1840
- Schmidt I.*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, Lucius&Lucius 2005
- Schmiedel B.*, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht. Erster Teil, Mohr Siebeck Verlag 1974
- Schwarz G.C., Wandt M.*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Verlag Vahlen 2011, 4. vyd.
- Schwedler C.*, Die private Durchsetzung des Kartellrechts in den USA, Europa und Deutschland, Petra Bülow Verlag 2006
- Tichý L.* (ed.), Vývoj práva deliktární odpovědnosti za škodu v České republice, Rakousku a Evropě, Univerzita Karlova, Praha 2005
- Traeger L.*, Der Kausalbegriff im Straf- und Civilrecht: zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B., Elwert 1904
- Votteler M.*, Der Schadensersatzanspruch im EG-Kartellrecht. Existenz und Ausgestaltung, Verlag Dr. Kovač 2008
- Wolff, Christian von*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, Halle 1754

Zweigert. K., Kötz H., Einführung in die Rechtsvergleichung, Mohr Siebeck 1996, 3. vyd.

Učebnice

Baumann J., Weber U., Mitsch W., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2003, 11. vyd.

Emmerich V., Kartellrecht, C.H.Beck 2008, 11. vyd.

Kling M., Thomas S., Kartellrecht, Verlag Vahlen 2007

Koziol H., Welser R., Bürgerliches Recht II, Manz Verlag 2007, 13. vyd.

Larenz K., Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I/1 Allgemeiner Teil, C.H.Beck 2009

Larenz K., Canaris C.-W., Lehrbuch des Schuldrechts. Band II. Halbband 2. Besonderer Teil, C.H.Beck 1994, 13. vyd.

Lettl T., Kartellrecht, C.H.Beck 2007, 2. vyd.

Looschelders D., Schuldrecht. Besonderer Teil, Vahlen 2011, 6. vyd.

McGregor on Damages, Sweet&Maxwell 2003, 18. vyd.

Medicus D., Lorenz S., Schuldrecht II. Besonderer Teil, C.H.Beck 2010

Mestmäcker E.-J., Schweizer H., Europäisches Wettbewerbsrecht, C.H.Beck 2004, 2. vyd.

Novotný O., Dolenský A., Jelínek J., Vanduchová M., Trestní právo hmotné. 1. díl.

Obecná část, ASPI 2003, 4. vyd.

Prosser and Keeton on Torts, West Publishing 1984, 5. vyd.

Rittner F., Kulka M., Wettbewerbs- und Kartellrech, C.F. Müller 2008, 7. vyd.

Samuelson P.A., Nordhaus W.D., Ekonomie, Nakladatelství Svoboda, Praha 2007

Schwarz G.C., Wandt M., Gesetzliche Schuldverhältnisse, Franz Vahlen Verlag 2011

Švestka J., Dvořák J. a kol., Občanské právo hmotné 2, Wolters Kluwer, Praha 2009, 5. vyd.

Komentáře

Bechtold R., Kartellgesetz. Kommentar, C.H.Beck, Mnichov 2010, 6. vyd./Autor

Baumbach A., Hefermehl W., Wettbewerbsrecht, C.H.Beck 2001, 22. vyd./Autor

Češka, Z. a kol., Občanský zákoník. Komentář. Díl II, Panorama 1987/Autor

Eliška K. a kol., Občanský zákoník. Velký akademický komentář, Linde 2008/Autor

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Svazek VI, Otto Schmidt Verlag 2000 (FKK)/Autor

Gloy W., Loschelder M., Erdmann W., Handbuch des Kartellrechts, C.H.Beck 2010, 4. vyd./Autor

Hefermehl W., Köhler H., Bornkamm J., Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar, C.H.Beck 2009, 27. vyd./Autor

Immenga U., Mestmäcker E.-J., Wettbewerbsrecht. GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, C.H.Beck 2007, 4. vyd. (Immenga/Mestmäcker)/Autor

Koziol H., Bydliniski P., Bollenberger R., Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, Springer Verlag 2007, 2. vyd. (KBB)/Autor

Langen, Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht. Band I, Luchterhand 2001, 9. vyd./Autor

Langen E., Bunte H.J., Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Luchterhand 2010, 11. vyd./Autor

Loewenheim U., Meessen K.M., Riesenkampf A., Kartellrecht II., C.H.Beck 2006/*Autor*
Münchener Kommentar. Band 5, C.H.Beck 2009, 5. vyd. (MüKo)/*Autor*
Palandt, BGB. Kommentar, C.H.Beck 2011, 70. vyd./*Autor*
Rummel, ABGB. Kommentar, Manz, Wien 2007, 3. vyd./*Autor*
Schwimann, ABGB. Kommentar, LexisNexis 2006, 3. vyd./*Autor*
Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen, Verlag W. Kohlhammer 2005, 13. vydání/*Autor*
Staudinger, BGB. Kommentar, de Gruyter 2005/*Autor*
Štenglová I., Plíva S., Tomsa M. a kol., Obchodní zákoník. Komentář, C.H.Beck 2010, 13. vyd./*Autor*
Švestka J., Spáčil J., Škárová M., Hulmák M. A kol., Občanský zákoník. Velký komentář, 1. díl, C.H.Beck 2009, 2. vyd./*Autor*

Články

Afferni G., Bulst F.W., Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche von Verbrauchern, ZEuP 2005, 143
Becker R., Schadensersatzklagen bei Verstoß gegen Kartell- und Missbrauchsverbot: Europäische Vorgaben und Vorhaben, in: Augenhöfer S. (eds.), Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, Mohr Siebeck 2009, 15
Bejček J., Skutečná škoda, Právní rádce 3/1995, 16
Bejček J., Ušlý zisk a tzv. zmařená příležitost, in: Bejček J., Pokorná J., Sborník příspěvků z konference „Odpovědnost za škodu“, Acta Universitatis Masarykianae Brunensis Iuridica 2005, 8 (Ušlý zisk a tzv. zmařená příležitost)
Bejček J., Ekonomicko-právní souvislosti odpovědnosti za škodu, in: Tichý L. (ed.), Soukromé vymáhání kartelového práva, vydavatelství Univerzity Karlovy, Praha 2009, 43
Breit W., Elzinga K. G., Private Antitrust Enforcement: The New Learning, 28 Journal of Law and Economics 28, 1995
Bullinger M., Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung, in: Ficker H.C., König D., Kreuzer K.F., Leser H.G., Marschall von Bieberstein W. Frhr., Schlechtriem P., Festschrift für Ernst von Caemmerer, Mohr Siebeck 1978 (FS von Caemmerer), 297
Bulst F.W., Private Kartellrechtsdurchsetzung durch die Marktgegenseite – deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH, NJW 2004, 2201
Bulst F.W., Komentář k rozsudku Soudního dvora ve věci Manfredi, ZEuP 2008, 178
Bydlinski P., Schadenersatzrechtliche Überlegungen anlässlich eines Verkehrsunfalls, ZVR 1984, 193
Caemmerer E. von, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburger Rektoratsrede 1956, Gesammelte Schriften 1, 395
Coleman J.L., The Practice of Corrective Justice, in: Owen D.G. (ed.), Philosophical Foundations of Tort Law, Clarendon 1995, 53
Deutsch E., Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht, in: Festschrift für Richard M. Honig, Verlag Otto Schwarz 1970 (FS Honig), 33
Eilmansberger T., Schadenersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil Courage/Crehan, ecoloex 1/2002, 28
Emmerich V., Poznámky k EuGH, 13. 7. 2006 - C 295-298/04, JuS 2006, 1125
Eliš K., Obsah, způsob a rozsah náhrady škody v soukromém právu I, Právní rádce 12/2007, 4

- Fenyves A.*, Haftung für schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten, in: Griss I., Kathrein G., Koziol H., Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Springer Verlag 2006
- Gehmacher F., Hauck D., Madl R.*, Schadenersatz bei Kartellverstoß – Zur Lombard-Club Entscheidung der Kommission, *ecolex* 2002, 564
- Glöckner J.*, Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts – Der Zweck heiligt die Mittel nicht; er bestimmt sie!, *WRP* 5/2007, 490
- Hrádek J., Tichý L.*, Primary and Consequential Damage. Czech Republic, in: Winiger B., Koziol H., Koch B.A., Zimmermann R., *Digest of European Tort Law Vol. 2: Essential Cases on Damage*, De Gruyter, Berlin 2011
- Huber U.*, Normzwecktheorie und Adäquanzlehre, *JZ* 1969, 677
- Jacobs F.G., Diesenhofer T.*, Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective, in: Ehlermann C.-D., Atanasiu I. (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing 2003, 185
- Karollus M.M.*, Schadenersatz wegen EG-Kartellverstoßes auch für Verbraucher, *ecolex* 2006, 797
- Köhler H.*, Kartellverbot und Schadensersatz, *GRUR* 2004, 99
- Koch J.*, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche mittelbar betroffener Marktteilnehmer nach § 33 GWB n.F., *WuW* 2005, 1210
- Kollmann H.*, Die Lehre vom *versari in re illicita* im Rahmen des *Corpus iuris canonici*, *ZStW* 35/1914, 46
- Kötz H.*, Ziele des Haftungsrechts, in: Baur J.F., Hopt K.J., Mailänder K.P., *Festschrift für Ernst Steindorff (FS Steindorff)*, De Gruyter 1991, 643
- Koziol H.*, Schadensersatz für reine Vermögensschäden, *JBl* 2004, 273
- Kramer E.A.*, Schutzgesetze und adäquate Kausalität, *JZ* 1976, 338
- Kries J. von.*, Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, *ZStW* 9/1889, 528
- Kries J. von.*, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12/1888, 179
- Lange H.*, Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang *AcP* 156, 114
- Lange H.*, Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente, *JZ* 1976, 198
- Lasák J.*, Záznam z 3. odborného symposia Nejvyššího soudu ČR, <http://jinepravo.blogspot.com/2010/01/zaznam-z-3-odborneho-symposia.html>
- Lettl T.*, Der Schadensersatzanspruch gemäß §823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG, *ZHR* 167/2003, 473
- Lettl T.*, Die Auswirkungen der 7. GWB-Novelle auf die Kreditwirtschaft, *WM* 2005, 1585
- Lutz M.*, Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle, *WuW* 2005, 718
- Möhlenkamp A.*, Private Schadensersatz- und Sammelklagen im Kartellrecht – ein Blick aus dem, *ÖZK* 2010, 163
- Monti M.*, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, in: Ehlermann C.-D., Atanasiu I. (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing 2003
- Müller-Erbach R.*, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, *AcP* 106, 309

- Nowak C.*, Poznámka k rozhodnutí ve věci Courage, EuZW 23/2001, 715
- Pitofsky R.*, Statement, Antitrust L.J. 64, 1996, 756
- Polinsky A.M., Shavell S.*, Punitive Damages, in: Faure M., Tort Law and Economics, Edward Elgar 2009, 228
- Reich N.*, The “Courage” Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?, CMLRev 2005, 35
- Roth W.-F.*, Das Kartelldeliktsrecht nach der 7. GWB-Novelle, in: Baums T., Lutter M., Schmidt K., Wertenbruch J. (eds.), Festschrift für Ulrich Huber, Mohr Siebeck Verlag 2006
- Rümelin M.*, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, AcP 90, 19
- Schack H.*, Der Schutzzweck als Mittel der Haftungsbegrenzung im Vertragsrecht, JZ 1986, 305
- Scheffler A.*, Schadensersatz für Kartellrechtsverletzungen: Wie restriktiv war das GWB?, EuZW 2005, 673
- Schickedanz E.*, Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie, NJW 1971, 916
- Schumacher H.*, Die Systematik des Wettbewerbs, WuW 1971, 165
- Stillfried G., Stockenhuber P.*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 85 EG-V, WBI 1995, 301
- Stoll H.*, Adäquanz und normative Zurechnung bei Gefährdungshaftung, 25 Jahre Karlsruher Forum, VersR 1983, 184
- Švestka J.*, Základy teorie prevence v československém socialistickém občanském právu, Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 1980, 3
- Tichý L.*, České deliktivní právo ve světle vývojových tendencí, in: Tichý L. (ed.), Vývoj práva deliktivní odpovědnosti za škodu v České republice, Rakousku a Evropě, Univerzita Karlova 2005, 52
- Van Boom W.H.*, Pure Economic Loss: A Comparative Perspective, in: Van Boom W.H., Koziol H., Witting C.A., Pure Economic Loss, Springer Verlag 2004
- Votteler M.*, Der Schadensersatzanspruch im EG-Kartellrecht, Verlag Dr. Kovač 2008
- Weber*, Schutzgesetzverletzung, Verschulden und Beweislast, ZVR 1976, 9
- Weitnauer H.*, Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, in: Keller M., Machine et protection de l’homme: Revolution der Technik. Evolution des Rechts (Festschrift für Karl Oftinger), Zürich 1969, 321
- Wessely K.*, Kritikpunkte an der Kartellrechtsreform, MR 2001, 212
- Weyer H.*, Anmerkung zum Courage-Urteil, GRURInt. 2002, 57
- Weyer H.*, Schadensersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht, ZEuP 2003, 318
- Zimmer D., Logemann H.*, Der private Rechtsschutz im Kartellrecht: Zum Weißbuch der Kommission über Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, ZEuP 2009, 489

SEZNAM PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ

Unijní právní předpisy

Smlouva o Evropské unii (SEU)
Smlouva o fungování Evropské unie (SFEU)
Smlouva o založení Evropského hospodářského společenství (SEHS)
Smlouva o Evropském společenství (SES)

České právní předpisy

Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (občanský zákoník)
Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (obchodní zákoník)
Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (ZOHS)

Německé právní předpisy

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (dUWG)
Strafgesetzbuch (StGB)

Rakouské právní předpisy

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)
Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (öUWG)

ABSTRAKT: ROZSAH ODPOVĚDNOST ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU PORUŠENÍM SOUTĚŽNÍCH PRAVIDEL EU

Účelem práce je nalezení efektivního nástroje pro vymezení odpovědnosti za škodu způsobenou porušením soutěžních pravidel EU a samotné vymezení tohoto rozsahu. Zejména chce tato práce prokázat, že rozsah oprávněných osob k nároku na náhradu kartelových škod jsou, v rozporu se současným převažujícím názorem, pouze přímí poškození. Práce je rozdělena do čtyř kapitol, přičemž úvodní kapitola je věnována obecné metodologii práce, soukromoprávnímu a veřejnoprávnímu prosazování soutěžního práva a nároku na náhradu škody podle práva EU. Analýza soukromoprávního a veřejnoprávního prosazování soutěžního práva je důležitá jako východisko pro celou práci. Otázka, do jaké míry jsou nároky na náhradu škody důležitým prostředkem prosazování náhrady škody totiž určuje, jakou v dané oblasti nároky na náhradu škody vlastně plní funkci. Práce dospívá k názoru, že soukromoprávní prosazování sice není hlavním nástrojem prosazování soutěžního práva EU, nicméně je v rámci evropského práva prostředkem velmi důležitým.

Následující kapitola je věnována obecně nároku na náhradu škody na základě soutěžního práva (základu nároku z porušení soutěžního práva, základu nároku v právu nekalé soutěži a porušením dobrých mravů). Tato kapitola se též věnuje funkcím nároku na náhradu škody v oblasti soutěžního práva. Hlavními funkcemi deliktního práva mohou být: funkce kompenzační, preventivní, sankční, resp. dotváření práva soudem. Volba funkce pro daný nárok ovlivňuje konstrukci nároků na náhradu škody, zejm. předpoklady pro odpovědnost a rozsah odpovědnosti. Předchozí kapitola dospěla k názoru, že nároky na náhradu škody jsou významným prostředkem pro prosazování soutěžního práva EU. Z tohoto důvodu dospívá práce k tomu, že z pohledu práva unijního je hlavní funkcí preventivní funkci. Preventivní funkce znamená, že rozsah odpovědnosti je vymezen širěji než u kompenzační funkce. Nicméně práce upozorňuje na skutečnost, že nelze zapomínat na původní funkci kompenzační a preferuje tuto funkci.

Těžištěm celé práce je potom třetí kapitola „Rozsah odpovědnosti“. Tato kapitola porovnává na základě srovnávací metody dva nástroje omezení rozsahu odpovědnosti za způsobenou škodu: teorii adekvátnosti, která je hlavním nástrojem zejména v českém právním řádu, a ochranný účel normy, který je vlastní německému a rakouskému právnímu řádu. Z těchto dvou nástrojů hledá práce ten efektivnější. Efektivnější nástroj je chápán jako nástroj, který by měl rozsah odpovědnosti vymezit rozumným, pro obě strany (tedy jak pro poškozeného, tak pro škůdce) spravedlivým a předvídatelným způsobem. Referenčními právními řády jsou vedle českého, právní řády německý a rakouský.

Nelze říci, že by adekvátnost – fungující na základě otázky předvídatelnosti a pravděpodobnosti škody – rozsah odpovědnosti neomezovala, nicméně v případě kartelových škod nemá její aplikace ani spravedlivý, ani efektivní výsledek. Lze sice namítnout, že čím vzdálenější škody budou, tím spíše se jejich nárokovatelnost bude snižovat jakýmsi „přirozeným výběrem“. Čím vzdálenější škoda bude, tím složitější bude pro poškozeného prokázat příčinnou souvislost mezi svou újmou a mezi zakázaným protisoutěžním jednáním. Současně se lze domnívat, že čím vzdálenější škoda bude, tím roztržitější bude, tj. její výše bude u jednotlivců pravděpodobně relativně nízká. Nízká škoda je pravidelně slabým motivátorem k vymáhání její náhrady zejména tam, kde je proces vymáhání spojen s relativně (ve srovnání se škodou) vysokými náklady.

Spoléhat se na tzv. „přirozený výběr“ však není spravedlivé ve smyslu širokého právního pojetí spravedlnosti, která stojí na jasných pravidlech např. právní jistoty. Původce by se jinak nemohl spolehnout na to, kde skončí rozsah jeho spravedlnosti, což může činit problémy zejména tam, kde je rozsah pokuty a rozsah odčerpávaného zisku navázán též na pravděpodobnou výši náhrady škody. Z tohoto pohledu se aplikace jiných mechanismů vymezení rozsahu škody jeví jako vhodnější, např. je tomu tak u ochranného účelu normy, zejména vzhledem k tomu, že rozsah odpovědnosti mnohem jasněji vymezuje.

V další části kapitoly se práce zabývá druhým zkoumaným nástrojem vymezení rozsahu odpovědnosti škůdce, totiž ochranným účelem normy. Ochranný účel normy se zjišťuje vymezením ochranné působnosti normy osobní, věcné a funkcionální. Tyto tři pohledy na ochrannou působnost normy vycházejí z těchto tří předpokladů: Škůdce je povinen poskytnout náhradu pouze tomu, jehož ochranu porušená norma sleduje. Musí se jednat vyloženě o zásah do právního statku, k jehož ochraně je norma určena. A dále se musí jednat o zásah do právního statku postupem, kterému má příslušná ochranná norma zabránit, jinými slovy, musí při tom nastat riziko, na které je ochranná norma zaměřena. Nárok na náhradu škody by tedy měly mít ty osoby, jejichž ochranu měl tvůrce čl. 101/102 SFEU za účel. Na základě tohoto způsobu vymezení mohou být určeni tyto aktivně legitimované osoby: účastník kartelové dohody, konkurent, přímý odběratel/dodavatel-podnikatel, přímý odběratel-spotřebitel a nepřímý odběratel. Nepřímý odběratel, tedy nepřímý poškozený není v podle obecných pravidel deliktního práva oprávněnou osobou k náhradě škody. Nicméně v souladu s prioritizací preventivní funkce v oblasti náhrad škod způsobených porušením soutěžního práva je v současné době na úrovni EU převládajícím názorem, že k náhradě škody by měly být oprávněni i nepřímí odběratelé. Práce dochází k názoru v souladu s přesvědčením, že hlavní funkcí deliktních nároků je spravedlivá kompenzace, že by neměla

být porušována základní pravidla deliktního práva a že ke kompenzaci nepřímých poškozených zde existují jiné nástroje, v případě mimořádně troufalého jednání vůči konečným spotřebitelům to může být např. nárok na náhradu škody z důvodů porušení dobrých mravů.

K potírání soutěžních nešvarů existují i jiné prostředky. Jejich použití ovšem leží v rukou Komise a národních kartelových úřadů, nikoliv v rukou soukromých subjektů. Preventivní účinek žaloby na náhradu škody lze chápat jako vítaný vedlejší efekt a ne jako hlavní cíl úpravy. Nahraditelné by měly být pouze ty škody a oprávněny k nároku by měly být pouze ty osoby, u kterých jmenované vlastnosti odpovídají klasickým zásadám odpovědnostního práva. Neměli bychom vynalézat další skupiny oprávněných osob navíc jenom proto, že jsou proti nežádoucímu chování zapotřebí silnější zbraně. Je třeba pečlivě zvážit, komu přiznat oprávněnost nároku.

Při srovnání výsledků, které poskytne aplikace adekvátnost na rozsah přičitatelnosti, a které poskytne aplikace ochranného účelu normy, lze zcela jednoznačně konstatovat, že v oblasti kartelových škod efektivního výsledku při aplikaci pouhé adekvátnosti dosáhnout nelze.

Samotná adekvátnost nereaguje na otázku obecného vymezení, kdo může nárokovat náhradu kartelové škody. Při aplikaci specifického měřítko tak, jak by mělo být aplikováno na podnikatele (soutěžitele), lze očekávat, že v rámci okruhu poškozených je možné předvídat velmi daleko. Adekvátnost též sama o sobě není schopna vyloučit jiné než majetkové/ekonomické škody. Je nutno aplikovat další nepřiznané úvahy o spravedlnosti. Zejména však není adekvátnost schopna předem dát určité obrysy odpovědnosti, a tím odpovědět na potřebu právní jistoty. Rozsah odpovědnosti při aplikaci adekvátnosti je značně nejasný. Tato nejasnost může mít pak v doposud neobvyklých oblastech deliktních nároků (jako jsou např. kartelové škody) působit i negativně na soudce, který by o náhradách měl rozhodovat. To pak může vést k tomu, že z obav z bezmeznosti, nastaví rozsah odpovědnosti příliš úzce, čímž odradí ty, kteří by z hlediska spravedlnosti měli nárok na náhradu a mohli tak efektivně přispět k prevenci porušování kartelových norem EU.

Vymezení rozsahu odpovědnosti pomocí ochranného účelu normy dává mnohem jasnější a přesnější odpověď. Navíc abstraktně vymezuje rozsah předem, a tudíž je od počátku zřejmé, náhradu kterých škod již požadovat nelze – dává odpovědnosti jasnější kontury. Tím působí pozitivně i na potenciální žalující, a tím zefektivňuje vymáhací proces. Ochranný účel skýtá obecně užší vymezení okruhu oprávněných subjektů, nicméně rozsah současně závisí na právněpolitickém nastavení nástroje. Lze tedy uvažovat o posunutí hranic tím či oním směrem podle toho, na kterou funkci je v dané době kladen důraz.

V osobní rovině dává ochranný účel normy jasnější a užší vymezení oprávněných subjektů (zejména je schopen určit konkrétní okruhy oprávněných osob), což je únosnější i pro celý systém, z hlediska ekonomického. Ve věcné rovině zajišťuje, že bude skutečně nahrazováno pouze v té oblasti, v níž působí porušená norma. Ostatní škody spadají pod běžné životní riziko.

Závěrečná kapitola vyhodnocuje závěry provedeného zkoumání a konstatuje, že původního záměru prokázat, že správnou cestou je omezení odpovědnosti subjektu, který porušil soutěžní právo, pouze na přímé poškozené, nebylo zcela dosaženo. Zjistili jsme, že existují výjimky, při nichž je možné akceptovat „proniknutí“ nároku na náhradu škody k některým nepřímým poškozeným, tedy zejména nepřímých odběratelů. Tyto výjimky by však měly být udrženy v rozsahu v jakém v současné době jsou. Neměly by být rozšiřovány. Lze uvažovat např. o tom, zda legislativně neomezit odpovědnost pouze na první a druhou část řetězu, tedy na přímé odběratele a nepřímé odběratele, nebo na určitý způsob řetězení (podle účastníků), ve kterých je rozdělování nesení škod pravděpodobné. Takového omezení jen na určité nepřímé poškozené lze totiž jen těžko obecně dosáhnout aplikací ochranného účelu či adekvátnosti. Tyto prostředky nemohou obecně abstraktně říct, kteří nepřímí poškození ano, a kteří ne. Současně přenechat to konkrétnímu řešení v jednotlivých případech nepřispívá k právní jistotě.

Otázka, zda přikročit k omezení rozsahu odpovědnosti, zejména v otázce oprávněných subjektů, samozřejmě závisí též s tím, jakou funkci chceme nárokům na náhradu škody dát. Pokud je jejich účelem prevence a odstrašení, pak je zcela samozřejmé, že by měl být rozsah odpovědnosti co nejširší. To však podle mého názoru není primární funkcí deliktního práva. Jeho základním účelem je rozumná a spravedlivá alokace škod. Jeho původním principem je *casum sentit dominus*, teprve když jsou dány zvláštní důvody, je škoda přičtena jinému subjektu. Některé škody jsou běžným následkem interakce mezi jednotlivci, se kterými je nutno počítat. Tyto „škody“ by se neměly nahrazovat.

Ochranný účel normy však není jediný všespasitelný prostředek vymezení rozsahu povinnosti k náhradě škody, resp. odpovědnosti škůdce. Ostatně skutečnost, že pouhá adekvátnost či pouhý ochranný účel normy nestačí jako prostředek vymezení rozsahu, lze pozorovat i na příkladu dvou velkých evropských projektů kodifikace odpovědnostního práva (přičemž jeden je součástí většího projektu týkajícího se celého práva civilního): Principles of European Tort Law (PETL) a Draft Common Frame of Reference (DCFR). PETL v čl. 3:201 (Rozsah odpovědnosti) vedle předvídatelnosti (adekvátnosti) a ochranného účelu normy jmenují další faktory, které se mají posuzovat kumulativně při posuzování rozsahu odpovědnosti původce

škody: povaha a hodnota chráněného majetku, důvod odpovědnosti (zavinění, porušení standardu chování, porušení zvláštní povinnosti chránit druhé před újmou) a rozsah běžných životních rizik (známé z předchozích kapitol „*allgemeines Lebensrisiko*“). DCFR zase ve svém čl. VI.-1:101 omezuje odpovědnost, tj. povinnost náhrady, pouze na „*právně relevantní škody*“ (*legally relevant damage*). Tato právně relevantní škoda je dána tehdy, pokud je porušen zájem, který buď zákon přímo výslovně chrání, nebo je hoden toho, aby byl zákonem chráněn (čl. VI.-2:101), včetně jasného určení, kdy jsou sekundární/nepřímí poškození oprávněni nárokovat náhradu škody (např. čl. VI.-2:202).

Český právní řád sice takové podrobné vymezení neobsahuje, nicméně jeho úprava civilně deliktní odpovědnosti nebrání, aby soudy přijaly za své interpretační pravidla odpovídající těmto principům.

Klíčová slova: soutěžní právo, deliktní právo, odpovědnost za škodu, adekvátnost, ochranná působnost normy

ABSTRACT: SCOPE OF LIABILITY FOR BREACH OF EU COMPETITION RULES

The purpose of the thesis is finding of an effective instrument of defining the scope of liability for breach of EU competition law and the actual definition of the scope of liability. In particular, the thesis aims to prove that, contrary to the prevailing view, only direct victims of violation of EU competition rules should be compensated. The thesis is divided into four chapters; the first being devoted to the general methodology of the thesis, private and public enforcement of competition law and to the claim for damages under the EU law. The analysis of private and public enforcement of competition law is an important basis for the whole thesis. The question to which extent the damages claim are important for the enforcement of competition law determines the function of damages claims in the area of competition law. The thesis arrives at the belief that private enforcement is not the main tool for the enforcement of EU competition law. However, it is a very important tool.

The following chapter focuses generally on damages claims in the area of competition law (the foundation of the claim for breach of competition law, of the claim for breach for unfair competition law and of the claim for breach of morality). Further, this chapter analysis the main functions of tort law: compensation, prevention, sanction and formation of law by courts. The choice of the function influences the construction of the damages claims, in particular the prerequisites for liability and the scope of liability. The previous chapter observed that the damages claims are an important instrument of EU competition law enforcement. For this reason, the thesis notes that from the viewpoint of the EU the main function in this case is prevention. Prevention expects a broader scope of liability than the compensatory function. However, the thesis point out that the compensatory function should never be forgotten and prefers this function to prevention.

The core chapter of the thesis is the third chapter on the scope of liability. This chapter compares on the basis of comparative method two instruments of determining the scope of liability for damage caused: adequacy, which is the main instrument in the Czech legal system, and protective scope, which is inherent to the German and Austrian legal system. Between those two instruments the thesis seeks for the more effective. Effective in the meaning of more reasonable, fair for both parties involved (victim and tortfeasor) and with a foreseeable result. The reference legal systems are Czech, German and Austrian legal system. It cannot be said that adequacy – working on the basis of foreseeability and probability of damage – doesn't limit the scope of liability at all. However, in the case of competition damage the application of adequacy doesn't lead to a fair or effective result. It can be claimed that the more the damage is remote, the less it will be successful in claim through natural

selection. The more remote the damage is, the more difficult it is for the victim to prove the causal link between the loss and the forbidden anticompetitive act. At the same time, it can be claimed the more remote the damage will be, the more scattered it will be, i.e. its amount will probably be for each individual relatively low. A small damage is a very weak motivator for the demand of damages there, were the demand is connected with relatively high costs (in comparison with the loss).

The reliance on natural selection is not fair in the broad meaning of legal justice founded on certain rules like legal certainty. The tortfeasor cannot rely on where the scope of his liability will end, which can be problematic especially where the extent of fines and disgorgement of illegal gains is connected to the probable amount of the damages award. From this point of view, it can be claimed that the application of other mechanisms of defining the scope of liability seems to be convenient, as is e.g. the protective scope of the norm, which defines the extent of liability more clearly.

The second part of the chapter analysis the second instrument under scrutiny, i.e. the protective scope of the norm. The method of defining the protective scope is finding the personal, material and functional area of protection. These three views stem from three prerequisites: The tortfeasor is obliged to compensate only the person, whose protection the breached norm is aiming at. The breached has to be set up to protect the legal interest that has been interfered with. Further, the legal interest has to be interfered with in a way that should have been prevented by the norm. This means that compensated should be those persons that the author of arts. 101/102 TFEU meant to protect. Based on this method of definition, the legitimate claimants can be determined: cartel members, competitor, direct purchaser/supplier-entrepreneur, direct purchaser-consumer and indirect purchaser. The indirect purchaser, i.e. the indirect victim cannot be under the general principles of tort law authorised to claim damages. However, as the preventive function of tort claims is prioritized in the EU law the prevailing view is that indirect purchaser should be authorised to damages claims. The thesis, however, comes to the belief consistent with the prioritization of the compensation function that the general principles of tort law shouldn't be violated and that for the compensation of indirect victims the legal systems know other means. In the case of extremely audacious conduct towards consumers the claim for breach of good morals can be used.

The fight against bad competition habits can be won with other means. But these means lie within the sphere of the European Commission and national competition authorities, not within the sphere of individuals. The preventive effect of damages claims can be considered

as a welcomed secondary effect but not as the main objective of a tortious claim. Compensable should be only the damage and authorised should be only the person whose characteristics correspond to the classic tort law principles. We shouldn't be looking for new groups of authorised persons for the only reason that we need stronger weapons against anticompetitive conduct. The question who should be authorised to claim has to be considered very carefully.

When comparing the results of application of adequacy and of protective purpose, it has to be decidedly stated that for the area of competition damage effective result cannot be reached if adequacy is applied.

Adequacy on its own does not reply to the question of general determination who should be authorised to claim competition damages. While applying specific criteria that should be applied on entrepreneurs (competitors), one can expect that the group of authorised victims can be defined very broadly. Adequacy on its own cannot exclude other than pecuniary loss. The courts have to apply other undeclared considerations of justice. In particular, adequacy is not able to give certain limits to liability in advance and in this way to reply to the needs of legal certainty. When applying adequacy the scope of liability is rather unclear. This lack of clarity may have negative effects on judges in uncommon areas of law (as are competition losses nowadays). This can lead to the results that out of fear of limitless liability the judges will set the limits of liability too narrowly. In this way even authorised victims might be deterred from claiming for damages which would set back as well the wished for function of prevention of violating the EU competition rules.

The definition of the scope of liability with the help of the protective purpose of the norm gives a much more clear and accurate reply. Further, it defines the scope in an abstract way in advance. Thus, it is clear from the beginning which losses can be claimed for and which are not compensable. In this way, it has as well positive effects on potential claimants and makes the enforcement process more effective. The protective purpose gives generally a narrower definition of the group of authorised person. However, this depends rather on the legal-political setting of the instrument. The moving of the limits in this or the other direction depending on political views in the time can be considered.

On the personal level, the protective purpose of the norm gives a clearer and narrower definition of authorised person (especially it is able to determine specific groups of authorised victims), which is more endurable for the whole system, from the economic point of view in particular. On the material level, it ensures that only those interest will be compensated that are in the area of the activity of the violated norm. Other losses belong to the general live risk.

The final chapter analyses the conclusions of the performed examination and states that the original goal of proving that excluding claims of indirect victims is the only correct way was not entirely reached. It has been discovered that there are exceptions where the claims of indirect victims can be accepted. These exceptions should be, however, held in the limits where they are now. Further, it could be considered whether not to limit the liability to the first and second chain link or a specific way of interlinking of the victims by means of legislative acts. Such a limitation to specific indirect victims cannot be reached only by means of protective purpose or adequacy. These instruments cannot in a generally abstract way say, which indirect victims can claim and which cannot. Leaving this question to decisions in concreto could undermine the principle of legal certainty.

The question of how to define the scope of liability, especially on the personal level, depends of course as well on the function that is connected to the damages claim. If it is prevention and deterrence, then the scope of liability should be as broad as possible. This is however not the primary function of tort law. The main objective is reasonable and just allocation of losses. The original principle is *casum sentit dominus*. Only if a specific reason is given the loss can be attributed to someone else. Some losses are a common result of interaction between individuals, which have to be expected. These losses shouldn't be subject to damages.

The protective purpose is not only mean how to define the scope of liability. The fact that neither adequacy nor the protective scope are enough as instruments of limiting the liability is proven by the two big European codification projects: Principles of European Tort Law (PETL) and a Draft Common Frame of Reference (DCFR). The PETLs name in the art. 3:201 (Scope of liability) next to the foreseeability (adequacy) and protective purpose of the norm other factors that have to be considered cumulatively while defining the scope of liability of the tortfeasor: the nature and the value of the protected interest, basis of liability (fault, breach of a standard of conduct, breach of a special obligation to protect other against damage) and ordinary risks of life. The DCFR limits the liability in its art. VI-1:101 only to legally relevant damage. This legally relevant damage is given only if an interest has been violated that the law is specifically protecting or if this interest is worth of being protected by the law (art. VI-2:101). incl. a clear statement of cases when indirect/secondary victims have a compensable damage (e.g. art. VI-2:202).

The Czech legal system does not include such a detailed definition, however the construction of tortious liability does not prevent the Czech courts from using interpretation rules that would correspond to these principles.

Keywords: competition law, tort law, liability, adequacy, scope of protection