



## ROZSUDOK V MENE SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Dariny Ličkovej a členiek senátu JUDr. Anny Markovej a JUDr. Kataríny Pramukovej, v právnej veci žalobcu: **JUDr. M. P., K., B.**, zast. JUDr. M. T., advokátkou so sídlom Š., X. B., proti žalovanému: **O., a. s.**, IČO: X., P., B., zast. JUDr. M. B., advokátom so sídlom B., s. r. o., IČO: X., D., X. B., o **3 319,39 eur s prísl.** (100 000.- Sk), na odvolanie žalobcu a žalovaného proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave z 25. novembra 2010, č. k. 10Cbs 70/2003-196, takto

### **r o z h o d o l :**

Najvyšší súd Slovenskej republiky napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave z 25. novembra 2010, č. k. 10Cbs 70/2003-196 v časti, ktorou bola uložená žalovanému povinnosť zaplatiť žalobcovi 1 659,70 eur **p o t v r d z u j e .**

V časti, ktorou bola žaloba vo zvyšku zamietnutá mení tak, že žalovaný je povinný zaplatiť žalobcovi 1 659,69 eur, v časti trov konania mení tak, že žalovaný je povinný zaplatiť žalobcovi náhradu trov konania vo výške 2 773,531 eur na účet právnej zástupkyne žalobcu.

### **O d ô v o d n e n i e :**

Žalobca žalobou došlou na súd prvého stupňa 27. januára 2003 žiadal, aby súd rozhodnutím uložil žalovanému povinnosť zaplatiť mu istinu 100 000,- Sk, ako aj trovy konania titulom primeraného zadosťučinenia podľa ust. § 53 Obchodného zákonníka.

Žalobca uzatvoril so žalovaným 27. marca 1998 zmluvu o poskytovaní služieb GSM č. 141059.

Žalovaný uvádza svoje výrobky a služby, ktorých predaj podporuje vyhlasovaním predajných akcií v médiach. Jedna ponuková akcia na predaj mobilných telefónov "Výmena 2002" prebiehala od začiatku mesiaca október 2002 a bola uverejnená v časopise PLUS SEDEM DNÍ.

Žalobca v mesiaci október (15.10.2002) reagoval na vyššie uvedenú akciu na kúpu mobilného telefónu značky Sony Ericsson T 68i za cenu 7 990,- Sk prostredníctvom sprostredkovateľa –predajcu I., s. r. o. v P., kde sa žalobca dostavil 15. októbra 2002 a zástupca predajcu ho informoval, že podmienkou predaja akciového mobilu je zvýšenie mesačného paušálu na 250 min. za mesiac, potom bude žalobcovi dodaný predmetný mobil do 5 pracovných dní. Žalobca podpísal Dodatok k zmluve o pripojení č. 141059 - Ponuková akcia O., a. s. "Výmena 2002", z ktorého nebolo vydané žalobcovi vyhotovenie. Žalobcovi nebol mobilný telefón dodaný, platbu za zvýšenie paušálu však žalobcovi žalovaný účtoval. Dňa 8. novembra 2002 bol žalobcovi fakturovaný aj mobilný telefón, ktorý neprevzal, aj zvýšený paušál 250. V mesiaci november 2002 finančné prostriedky za paušál 250 žalovaný žalobcovi znova ťarchopisoval ťarchopisom č. 9000265701 dňa 27. novembra 2002 v sume 1 720,80,- Sk k faktúre č. 82552117288. S uvedenou fakturáciou žalobca nesúhlasil a zaslal žalovanému pokus o zmier ako reklamáciu so žiadosťou o zdôvodnenie. Žalovaný v odpovedi na reklamáciu uviedol, že 8. novembra 2002 bol uzatvorený dodatok k Zmluve o pripojení č. 14105901. Žalobca podpísal dodatok 15. októbra 2002 ako prvý bez podpisu žalovaného. Odvtedy žalobca dodatok nevidel a preto mu nie je známe kedy nadobudol účinnosť. Napriek tomu, že žalovaný tvrdí, že dodatok bol uzatvorený 8. novembra 2002, už vo faktúre z 31. októbra 2002 č. 8255217288 žalovaný k 30. októbru 2002 fakturoval žalobcovi mobilný telefón. Aj vo fakturácii za december 2002 a január 2003 si žalovaný účtuje paušál 250, dokonca žalovaný žalobcovi zaslal upomienku 9. januára 2003 na zaplatenie pohľadávky. Žalobca od 15. októbra 2002 do 28. novembra 2002 márne čakal oznámenie o tom, že si telefón môže ísť prevziať. Syn žalobcu osobne viackrát dodanie telefónu urgoval u predajcu. Žalobca sa dostavil do spoločnosti predajcu 28. novembra 2002, kde mu len dali už vopred vystavenú žiadosť o storno a oznámenie o akceptácii storna s ústnym odôvodnením, že sa minuli skladové zásoby. Žalobca má zato, že účinnosť ustanovení dodatku bola podmienená samotnou kúpou mobilného telefónu Sony Ericsson T 68i, teda dodatok nevznikol a obidve

zmluvné strany nie sú ním viazané. Žalobca bol nútený k zvýšeniu si paušálu na 250 minút mesačne, čo považuje za nátlak na záujemcov, aby okrem výrobku zároveň boli nútení pristúpiť k poskytovaniu inej služby, o ktorú záujem nemajú. Žalobca mal zato, že takýmto konaním sa žalovaný dopúšťa nekalosúťažného konania.

Súd prvého stupňa vyhovel žalobe žalobcu a platobným rozkazom z 24. júla 2003, č. k. 2Cb 1/03-23 zaviazal žalovaného zaplatiť žalobcovi 100 000.- Sk a trovy konania vo výške 4 000.- Sk.

Proti tomuto platobnému rozkazu podal odpor žalovaný a zároveň sa vyjadril k žalobe žalobcu. Má zato, že žalobcovi nevznikla škoda. Vzhľadom nato, že podmienkou pre poskytnutie zľavy vo výške 16 000.- Sk z obchodnej ceny mobilného telefónu (a tiež ostatných bonusov s akciou výmeny 2002 spojených), je tiež aktivácia užívateľského programu Paušál 250, zároveň s uzatvorením kúpnej zmluvy (vo forme dodatku k zmluve o pripojení) bol na žiadosť žalobcu aktivovaný tento vyšší užívateľský program. Po vykonaní storna dodatku mohol žalobca bez toho, aby žalovaný voči nemu mohol uplatniť akékoľvek sankcie, požiadať o zmenu užívateľského programu na pôvodný, teda v mesiacoch december 2002 a január 2003 mohol mať znova aktivovaný pôvodný užívateľský program. Vzhľadom na storno dodatku zaniklo právo žalobcu na 100 % zľavu z ceny za poskytované služby za prvé zúčtovacie obdobie, preto bola žalobcovi ťarchopisom doučtovaná cena za toto obdobie vo výške 1 720,80 Sk. Žalovaný žalobcovi navrhol, že žalovaný spätne upraví aktivovaný užívateľský program Paušál 250 na pôvodný Paušál 120, vrátane dobropisovania už vyúčtovaných cien za Paušál 250, čo žalobca využil. Dobropisovanie bolo vykonané 24. januára 2003.

Žalobca mal možnosť zakúpiť si mobilný telefón Sony Ericsson T 68i aj bez pristúpenia na uvedené podmienky, ale bez zliav (až 16 000,- Sk).

Slovenský telekomunikačný trh je v skutku malý, ale jeho účastníci sú vystavení enormnej konkurencii (obrovské čiastky vynakladané ročne na reklamu). Žalovaný priamo zo zákona o telekomunikáciach má povinnosť vydávať pre každú telekomunikačnú službu všeobecné podmienky, povinnosť zaradiť do nich väčšinu zmluvnej úpravy a to, že všeobecné podmienky sú súčasťou zmluvy o pripojení tiež vyplýva z ustanovení tohto zákona, pričom to, že nie sú celé všeobecné podmienky na líci prvej strany zmluvy o pripojení vyplýva z technických možností a zo samotnej podstaty tohto inštitútu. Žalobca považuje reklamu

žalovaného uverejnenú v časopise PLUS SEDEM DNÍ za klamlivú. Žalovaný tento záver nemôže prijať, keďže v reklame je jasne uvedené, že “Ponuka mobilných telefónov platí do vyčerpania zásob“. Preto považuje žalovaný záver žalobcu o klamlivej reklame za nepodložený. Žalobca v žalobe ničím nezdôvodnil požadovanú výšku primeraného zadosťučinenia.

Žalovaný považuje preto žalobu za nedôvodnú a navrhol, aby ju súd zamietol.

Krajský súd v Bratislave rozsudkom z 22. júna 2006, č. k. 10Cbs/70/2003-86 žalobu žalobcu zamietol a účastníkom konania nepriznal náhradu trov konania.

Proti tomuto rozsudku podali odvolanie žalobca a žalovaný, o ktorých rozhodol Najvyšší súd Slovenskej republiky uznesením z 20. marca 2008, č. k. 6Obo 302/2006-112 tak, že napadnutý rozsudok súdu prvého stupňa zrušil a vec mu vrátil na ďalšie konanie. Najvyšší súd Slovenskej republiky v predmetnom uznesení vyslovil právny názor, že konanie žalovaného je konaním v hospodárskej súťaži, pričom vyššie uvedenú reklamu pokladá za reklamu vábivú, ktorej úmyslom bolo prostredníctvom nej uskutočniť obchod so záujemcom aj za predpokladu, že nebude schopný produkt vôbec dodať alebo dodať v určenom čase. Navyiac, ak predaj produktu je spojený s ďalšou podmienkou (výškou predplatených minút), ktorá podmienka v reklame nie je uvedená.

Odvolačný súd na základe konania žalovaného dospel k záveru, že nebolo úmyslom žalovaného splniť svoje záväzky všetkým záujemcom, ktorí po prečítaní reklamy s mobilnými telefónmi v akciových cenách uzavreli zmluvy o pripojení resp. dodatky k nim. Žalovaný sa dopustil nekalej praktiky súťažiteľa (vábivej reklamy), ktorá je v rozpore s dobrými mravmi súťaže a je spôsobilá vyvolať ujmu spotrebiteľovi. Preto sú naplnené znaky nekalej súťaže, obsiahnuté v generálnej klauzule.

Keďže súd prvého stupňa nevykonal ani dokazovanie o uplatnenom prostriedku ochrany proti nekalej súťaži, bude úlohou prvostupňového súdu rozhodnúť v novom konaní o imateriálnej ujme tak, že posúdi, či žalobcom požadované zadosťučinenie v sume 100 000.- Sk je primerané.

Krajský súd v Bratislave vo veci znova rozhodol rozsudkom z 13. novembra 2008, č. k. 10Cbs 70/2003-140 tak, že uložil žalovanému povinnosť zaplatiť žalobcovi 50 000.- Sk, vo zvyšku žalobu zamietol a účastníkom nepriznal náhradu trov konania.

Z odôvodnenia rozhodnutia súdu prvého stupňa vyplýva, že žalobcovi bola reálna škoda žalovaným uhradená, primerané zadost'učinenie v sume 50 000.-Sk je adekvátne k námahe, úsiliu a času vynaloženého žalobcom usporiadať túto záležitosť so žalovaným. Vo zvyšku preto žalobu zamietol a o trovách konania rozhodol podľa ust. § 142 ods. 2 O. s. p.

Proti tomuto rozsudku podal odvolanie žalobca a to do zamietajúcej časti a trov konania, žalovaný podal odvolanie do trov konania a do časti, ktorou bol zaviazaný zaplatiť žalobcovi 50 000.- Sk.

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozhodol o odvolaniach účastníkov konania uznesením z 22. júna 2009, č. k. 6Obo 25/2009-161 tak, že napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave zrušil a vec mu vrátil na ďalšie konanie, keďže dospel k názoru, že prvostupňový súd v napadnutom rozhodnutí neuviedol dostatočne dôvody, na ktorých založil svoje rozhodnutie, tak v časti, ktorou žalobe vyhovel, ako aj v časti, ktorou žalobu zamietol, čo je v rozpore s ust. § 157 ods. 2 O. s. p. Súd prvého stupňa nevykonal žiadne dokazovanie o uplatnenom nároku napriek tomu, že vo svojom prvom rozhodnutí vec nesprávne právne posúdil a preto nevykonal dôkazy, ktoré boli v konaní navrhované a ktoré bolo potrebné vykonať na zistenie výšky oprávneného nároku. Nevyhodnotil ani žalobcom predložený dôkaz – prehľad platieb za obdobie rokov 1997 až február 2008 a ani neuviedol, prečo na tento dôkaz neprihliadal.

Súd prvého stupňa preto vo veci rozhodol rozsudkom z 25. februára 2010, č. k. 10Cbs 70/2003-169 tak, že žalovanému uložil povinnosť zaplatiť žalobcovi 1 500,63eur, vo zvyšku žalobu zamietol a účastníkom nepriznal náhradu trov konania.

Z odôvodnenia rozhodnutia súdu prvého stupňa vyplýva, že v zmysle uznesenia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 22. júna 2009, č. k. 6Obo 25/2009 bolo úlohou prvostupňového súdu rozhodnúť o imateriálnej ujme tak, že posúdi, či žalobca požadované zadost'učinenie v sume 100 000.- Sk je primerané.

Súd prvého stupňa uznal, že nápadne vytlačená ponuka na kúpu mobilného telefónu s nenápadne uvedenou zmienkou do vypredania zásob, sa "povrchne" čítajúci zákazník mohol rozhodnúť k podpisu dodatku k už uzatvorenej zmluve o pripojení na získanie mobilného telefónu propagovaného v tomto inzeráte. Žalobca preukázal ujmu, ktorá mu vznikla tým, že do 5 dní od podpisu dodatku mu žalovaný mobilný telefón nedodal, pričom žalovaný za

mobilný telefón žalobcovi fakturoval už ku dňu 30. októbra 2002 a taktiež aj za mesiac november 2002 až január 2003 si účtoval paušál 250.

Prvostupňový súd sa stotožnil s tvrdením žalobcu, že žalovaný klamlivou reklamou, zľavnenými akciami so zakúpením ďalších služieb, ho uviedol do omylu, k vysporiadaniu reklamácie náhrady finančných prostriedkov musel žalobca vynaložiť určitý čas a úsilie na preukázanie platby, odsúhlasenie si ťarchopisov, fakturáciu, dobropisov, žalobca sa musel dostaviť do spoločnosti žalovaného (28. novembra 2002), kde prevzal vystavenú žiadosť o storno objednávky, čo bolo viac ako mesiac od dátumu dohodnutého termínu dodávky mobilného telefónu.

Preto mal súd prvého stupňa za preukázané z doterajšieho dokazovania, že došlo ku klamlivej reklame - nekonaním zo strany žalovaného podľa podmienok uvedených v ponuke - inzeráte a následne uzatvoreným dodatkom k zmluve o pripojení. Žalovaný tým, že vyúčtoval žalobcovi nedodaný tovar a účtoval mu rozšírený paušál, spôsobil mu ujmu - neoprávneným zadržaním finančných prostriedkov za nedodaný mobilný telefón, jeho opätovné vyúčtovanie a účtovaním zvýšeného paušálu po dobu od októbra 2002 do januára 2003.

Prvostupňový súd pri posudzovaní klamlivosti reklamy postupoval v súlade s ust. § 45 ods. 2 písm. a) Obch. zákonníka, pričom o primeranom zadošťačení rozhodol podľa ust. § 53 Obchodného zákonníka. Priznaná suma súdom prvého stupňa, je podľa názoru prvostupňového súdu primeraná k zisteným skutočnostiam uvedených vyššie a javí sa ako primeraná aj v súvislosti s pripravovaním ďalších akcií žalovaným, aby ich realizácia nemala za následok nespokojných zákazníkov.

O trovách konania rozhodol súd prvého stupňa podľa ust. § 142 ods. 2 O. s. p.

Proti tomuto rozsudku podal odvolanie žalobca v zákonom stanovenej lehote a to do časti, ktorou bola žaloba zamietnutá a do časti, ktorou bolo rozhodnuté o trovách konania ako aj žalovaný.

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozhodol o odvolaniach uznesením 23. júna 2010, č. k. 5Obo/63/2010 tak, že napadnutý rozsudok súdu prvého stupňa zrušil a vec mu vrátil na nové konanie s tým, že tento sa nezaoberal podstatnou skutočnosťou a to, že predaj predmetného telefónu bol viazaný na uzatvorenie Dodatku k zmluve o pripojení, pričom potenciálny záujemca, ak si chcel akciový mobil zakúpiť za zvýhodnenú cenu, musel

pristúpiť na Paušál 250. Prvostupňový súd tiež nevyhodnotil vyfakturovanie mobilného telefónu žalovaným bez jeho dodania ako i postup žalovaného, ktorý bez zaváhania žalobcovi fakturoval Paušál 250.

Krajský súd v Bratislave rozsudkom z 25. novembra 2010, č. k. 10Cbs 70/2003-196 uložil žalovanému zaplatiť 1659,70 eur, vo zvyšku žalobu zamietol a účastníkom nepriznal náhradu trov konania. Rozhodol tak po doplnení dokazovania, keď zistil, že žalovaný má približne 3 mil. klientov, do kampane mal žalovaný k dispozícii približne 550 ks mobilných prístrojov SONY ERICSSON T 68i. Žalovaný má veľký počet obchodných zástupcov ak je mobil na sklade, tak je zákazníkovi vydaný hneď. Keď nie je na sklade, spíše sa klasická objednávka a dodacia lehota je potom 4 týždne.

Súd prvého stupňa pri rozhodovaní vychádzal z toho, že samostatným znakom nekalo súťažného konania podľa generálnej klauzuly, je spôsobilosť konaním privodiť ujmu súťažiteľovi alebo spotrebiteľovi. Pre kvalifikáciu nekalej súťaže sa vyžaduje možnosť privodiť ujmu súťažiteľovi alebo spotrebiteľovi, nie je teda nutný samotný vznik ujmy. Za nemajetkovú ujmu pre spotrebiteľa je možné považovať každé obmedzenie spotrebiteľovho komfortu, všetko čo mu berie čas, kľud. Pre priznanie peňažného zadosťučinenia nie sú stanovené žiadne špeciálne podmienky. Základom pre stanovenie výšky primeraného zadosťučinenia je primeranosť a súd tak stanoví na základe vlastnej úvahy. Je teda posudzovaná podľa subjektívnej povahy. Ochrana spotrebiteľa nesmie pri aplikácii práva proti nekalej súťaži dominovať nad ochranou súťažiteľa a preto súd považoval sumu z titulu primeraného zadosťučinenia vo výške 50 000.- Sk za primeranú.

Žalobu preto vo zvyšku zamietol a účastníkom nepriznal náhradu trov konania.

Proti tomuto rozsudku podali odvolanie žalobca - do zamietajúcej časti a trov konania, a žalovaný do časti, ktorou sa žalobe vyhovel a to v zákonom stanovenej lehote.

Žalobca poukazuje na to, že pri stanovení výšky primeraného zadosťučinenia súd prvého stupňa za nevysporiadal, že žalovaný ponúkol len 550 mobilov pre 1,713 mil. zákazníkov.

Že žalovaný tendenčne v konaní uvádzal, že storno Dodatku bolo realizované na žiadosť žalobcu a išlo o ojedinelý prípad

Že súd neposudzoval primerané zadosťučinenie z hľadiska obratu žalovaného (rok 2002 obrat 5,350 mld. Sk)

Že neposúdil prehľad platieb žalobcu žalovanému za poskytované služby od roku 1997 do februára 2008

Že sa nezaoberal podmienkou dodania akciového telefónu - zmena paušálu, jeho zvýšenie na 250, a že nepodnikol žiadne kroky k reparácii protiprávneho vzťahu

A že sa nevysporiadal s názorom odvolacieho súdu t. j. vyhodnotením inzerovanej akcie v týždenníku PLUS 7 dní vo vzťahu k čítanosti daného periodika, či takáto kampaň by nepredpokladala väčšie množstvo zásob na sklade, čo nebol evidentne daný prípad.

Odôvodnenie nesie znaky arbitrárnosti. Žalobca v odvolaní znova zrekapituloval dôvody, pre ktoré žiadal primerané zadosťučinenie. Ďalej uviedol, že rozhodnutie prvostupňového súdu o trovách konania je založené na nesprávnom právnom posúdení veci, keď súd mal vo veci aplikovať ust. § 142 ods. 3 O. s. p.

Žalovaný v odvolaní smerujúcom proti výroku, ktorým bol zaviazaný zaplatiť žalobcovi primerané zadosťučinenie namietal:

Nedostatok aktívnej legitímácie žalobcu. Má zato, že žalobca nie je spotrebiteľom, keďže dodatok k zmluve uzatvoril ako fyzická osoba – podnikateľ (§ 2 ods.1 písm. a) zák. č. 634/1992 Zb. o ochrane spotrebiteľa v znení zákona č. 128/2002 Z. z. s účinnosťou k 15. 02. 2002).

Pre kvalifikáciu žalobcu ako súťažiteľa je už však potrebné preukázať súťažný vzťah medzi žalobcom a žalovaným. Konanie žalobcu nenapĺňa znaky generálnej klauzuly nekalej súťaže podľa § 44 Obch. zákonníka. Aplikáciu zákona účinného len od 1. júla 2007 na konanie z októbra 2002 považuje žalovaný za neprípustné. Podmienka výšky predplatených minút, ako aj obmedzenosť zásob, je pritom uvedená priamo pod akciovými telefónmi. Pri posudzovaní spôsobilosti privodiť ujmu spotrebiteľovi, ako zákonnému znaku generálnej klauzuly nekalej súťaže, žalovaný poukazuje na judikatúru, že naplnenie tohto znaku sa odvodzuje od správania spotrebiteľa, pričom je potrebné prihliadať na správanie “normálneho“ alebo “priemerného“ spotrebiteľa, teda ide o konzumenta, ktorý nemusí byť obzvlášť bystrý, ale má prejavovať určitú spotrebiteľskú súdnosť a nemal by sa nachádzať v pásme hlbokého podpriemeru. Ďalej uviedol, že priznaný nárok na primerané

zadosťučinenie, ako aj jeho výška, sú neodôvodnené. Preto žalovaný navrhol, aby odvolací súd rozsudok súdu prvého stupňa v celom rozsahu zmenil tak, že žalobu zamietne a zaviazže žalobcu na náhradu trov konania. Žalovaný sa vyjadril písomne k odvolaniu žalobcu a uviedol, že skutočnosti uvádzané žalobcom ako rozhodujúce, považuje za bezvýznamné. Nepomer mobilných telefónov vo vzťahu k počtu zákazníkov vychádza zo základného trhového princípu - nerovnováhy ponuky a dopytu. Rovnako je nepodstatná výška obratu žalovaného. Náhrada nemajetkovej ujmy musí vychádzať len zo skutočností na strane žalobcu, ktorý sa takejto náhrady domáha. Vzťah je založený dodatkom medzi žalobcom a žalovaným a ide o obchodnoprávny vzťah a preto žalobcovi nemožno v konaní priznávať status spotrebiteľa.

Žalobca sa písomne vyjadril k odvolaniu žalovaného a uviedol, že otázka posúdenia základu uplatneného nároku bola riešená v zásade vo všetkých súvisiacich odvolacích rozhodnutiach Najvyššieho súdu Slovenskej republiky v tejto veci. Pojem spotrebiteľ je primárne definovaný v ust. § 52 ods. 4 OZ, v ktorého je spotrebiteľ fyzická osoba, ktorá pri uzatváraní a plnení spotrebiteľskej zmluvy nekoná v rámci predmetu svojej obchodnej činnosti alebo inej podnikateľskej činnosti. Žalobca je advokát vykonávajúci svoju činnosť advokáta podľa osobitného predpisu (zák. č. 586/2003 Z. z.) pričom predmetom činnosti advokáta nie je uzatváranie zmlúv o pripojení s mobilným operátorom, resp. kúpa akciových telefónov, ale poskytovanie právnych služieb. Žalobca nemohol a ani nekonal v rámci predmetu svojej obchodnej činnosti alebo inej podnikateľskej činnosti, teda nie je vylúčený z okruhu subjektov, ktoré zákon definuje ako spotrebiteľov. Spotrebiteľ nemá možnosť žiadnym spôsobom zmeniť ich obsah, nemôže vyjednávať, jedinou jeho alternatívou je prijatie, resp. odmietnutie návrhu. Žalovaný nechápe kauzalitu vzťahu, ktorá je predmetom nekalosúťažného konania. Odvolanie žalovaného považuje žalobca za nedôvodné.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací (§ 10 ods. 2 O. s. p.) prejednal odvolanie žalobcu a žalovaného podľa ust. § 212 ods. 1 O. s. p. s nariadením pojednávania v súlade s ust. § 214 ods. 1 O. s. p., na ktorom prejednal vec a zopakoval dokazovanie v rozsahu potrebnom pre rozhodnutie veci (§ 213 ods. 3 O. s. p.) a dospel k názoru, že v prejednávanej veci treba rozsudok súdu prvého stupňa v časti, ktorou bol žalovaný zaviazaný zaplatiť žalobcovi 50 000.- Sk potvrdiť a v zamietajúcej časti zmeniť a žalobe vyhovieť. Rovnako odvolací súd zmenil napadnutý rozsudok prvostupňového súdu aj v časti trov konania.

Žalovaný namieta nedostatok aktívnej legitímácie na strane žalobcu. Má zato, že v zmysle ust. § 44 Obch. zákonníka nemá žalobca postavenie súťažiteľa a nemá ani postavenie spotrebiteľa, keďže Dodatok k zmluve o pripojení uzatvoril ako fyzická osoba – podnikateľ (advokát).

S názorom žalovaného, že žalobca, nemá postavenie súťažiteľa odvolací súd súhlasí s týchto dôvodov.

Podľa ust. § 44 ods.1 Obchodného zákonníka nekalou súťažou je konanie v hospodárskej súťaži, ktoré je v rozpore s dobrými mravmi súťaže a je spôsobilé privodiť ujmu iným súťažiteľom alebo spotrebiteľom.

Pojem súťažiteľ je definovaný v ust. § 41 Obchodného zákonníka. Ide o fyzické i právnické osoby, ktoré sa zúčastňujú na hospodárskej súťaži, aj keď nie sú podnikateľmi (ďalej len “súťažiteľ“), majú právo slobodne rozvíjať svoju súťažnú činnosť v záujme dosiahnutia hospodárskeho prospechu a združovať sa na výkon tejto činnosti, sú však povinné pritom dbať na právne záväzné pravidlá hospodárskej súťaže a nesmú účasť na súťaži zneužívať.

Pojem „spotrebiteľ“ pre účely použiteľné pri posudzovaní skutkov nekalej súťaže (teda nie v zmysle verejnoprávnych predpisov, ako ho definuje zákon o ochrane spotrebiteľa) nájdeme v úprave tzv. spotrebiteľských zmlúv v Občianskom zákonníku (podľa postupnosti prameňov obchodného práva v zmysle § 1 ods. 2 Obch. zákonníka). Ustanovenie § 52 ods. 4 Obč. zákonníka označuje spotrebiteľa ako osobu, ktorá pri uzatváraní a plnení spotrebiteľskej zmluvy nekoná v rámci predmetu svojej obchodnej alebo inej podnikateľskej činnosti. Fyzická osoba – spotrebiteľ môže byť aj podnikateľom (podľa ust. § 2 ods. 2 Obch. zákonníka podnikateľom podľa Obch. zákonníka je osoba zapísaná v obchodnom registri, osoba podnikajúca na základe živnostenského oprávnenia, osoba podnikajúca na základe iného než živnostenského oprávnenia podľa osobitných predpisov, fyzická osoba, ktorá vykonáva poľnohospodársku výrobu a je zapísaná do evidencie podľa osobitného predpisu), ale pri uzatváraní spotrebiteľskej zmluvy ide o takú zmluvu, ktorá sa netýka jeho podnikateľskej činnosti, teda o takú zmluvu, ktorá je zameraná na uspokojovanie jeho osobných potrieb, potrieb členov jeho rodiny a domácnosti.

Odvolací súd však poukazuje na ust. § 2 ods. 2 zák. č. 634/1992 Zb. v znení platnom k 1. októbru 2002 podľa ktorého je spotrebiteľom podľa tohto zákona aj právnická osoba,

ktorá nakupuje výrobky alebo používa služby pre svoju vlastnú spotrebu, pokiaľ vystupuje voči predávajúcemu obdobne ako fyzická osoba uvedená v ods. 1 písm. a) tohto zákona.

Najvyšší súd Slovenskej republiky vychádzajúc z vyššie citovaných ustanovení Obchodného zákonníka, Občianskeho zákonníka a zákona o ochrane spotrebiteľa konštatoval, že žalobca má v predmetnom spore aktívnu vecnú legitimáciu, keďže Dodatok k zmluve o pripojení uzatvoril so žalovaným ako fyzická osoba podnikajúca na základe iného než podnikateľského oprávnenia (zákona o advokácii č. 586/2003 Z. z.) podľa osobitných predpisov, pričom predmetný mobilný telefón, ako aj služby o pripojení používa pre svoju vlastnú spotrebu, keďže dodatok k zmluve o pripojení a kúpe mobilného telefónu sa netýkal jeho podnikateľskej činnosti. To znamená, že žalobca nepodniká v oblasti predaja mobilných (akciových) telefónov a ani neposkytuje služby mobilného operátora.

Žalovaný v odvolaní namietal, že konanie žalovaného treba zaradiť medzi jednoduché porušenia záväzkových vzťahov, nie medzi nekalosúťažné konanie, keďže nenapĺňa znaky generálnej klauzuly nekalej súťaže podľa ust. § 44 ods. 1 Obchodného zákonníka.

Odvolačný súd nevidí znaky nekalosúťažného konania v zadaní a uverejnení reklamy na akciu žalovaného v týždenníku PLUS 7 dní, platnej od 1. októbra 2002. Súhlasí aj s názorom žalovaného, že v tomto inzeráte je zreteľne uvedené, že ponuka mobilných telefónov platí do vyčerpania zásob. S týmto názorom súhlasil aj žalobca. Rovnako si bol vedomý, že zrejme zásoby akciových telefónov nebudú postačovať pre všetkých potencionálnych zákazníkov.

Žalovaný však opomenul na tieto fakty: 1) predaj mobilného telefónu bol viazaný na paušál 250 (čo bolo v predmetnej reklame uvedené a nie je to sporné). Za nekalosúťažné konanie však treba považovať prijatie platby za mobilný telefón SONY ERICSSON T 68i bez jeho dodania žalobcovi a napriek tomu, že tento mobilný telefón mu nebol dodaný, žalovaný si začal fakturovať služby Paušál 250 podľa Dodatku k zmluve o pripojení, ktorý síce podpísal žalobca, ale len preto, že uzatvorením tohto dodatku bol podmienený predaj akciového telefónu. 2.) Žalobca nemal v úmysle uzatvárať Dodatok k zmluve o pripojení, ak mu nebude dodaný predmetný akciový telefón. 3.) Žalovaný podmienky inzerované v týždenníku PLUS 7 dní sám nedodrжал a ani v nasledujúcich mesiacoch žalobcovi nedodal mobilný telefón a naďalej mu fakturoval paušál 250.

Konanie žalovaného je konaním v hospodárskej súťaži, ktoré je v rozpore s dobrými mravmi súťaže a je spôsobilé privodiť ujmu spotrebiteľovi a preto napĺňa znaky podľa ust.

§ 44 ods. 1 Obch. zákonníka nekalej súťaže. Odvolací súd sa preto nestotožnil s názorom žalovaného, že došlo k jednoduchému porušeniu záväzkového vzťahu a podľa názoru odvolacieho súdu ide o klamlivú reklamu cieľom ktorej nebol výpredaj akciových telefónov, ale zabezpečenie ďalších zákazníkov na služby paušál 250, o čom svedčí čl. 6 –záverečné ustanovenia bod 4 dodatku k zmluve o pripojení (síce nepodpísaný), podľa ktorého neoddeliteľnou súčasťou tohto dodatku je jeho osobitná doložka - potvrdenie užívateľa o odovzdaní a prevzatí ním podľa čl. 2 zakúpených akciových mobilných telefónnych prístrojov GSM. Napriek tomu, že k odovzdaniu a prevzatiu akciového mobilu žalobcom nikdy nedošlo, žalovaný začal konať v rámci dodatku k zmluve o pripojení, ktorý podľa názoru odvolacieho súdu nebol platne uzatvorený.

Rovnako konanie žalovaného, ktorý až po urgenciách, reklamácii a následnej reklamácii daného stavu na tlačive žalovaného, zjednal nápravu, nemožno považovať za jednoduché porušenie záväzkového vzťahu, ale za konanie v rozpore s dobrými mravmi.

Teda, ako už uviedol odvolací súd, nie uverejnený inzerát žalovaného v časopise PLUS 7 dní je predmetom tohto sporu, ako sa to snaží podsúvať žalovaný, ale konanie žalovaného pri kúpe akciového telefónu inzerovaného v týždenníku PLUS 7 dní a následného konania žalovaného, je predmetom tohto sporu. Ak by žalovaný vyčerpal zásoby týkajúce sa mobilného telefónu SONY ERICSSON T68i, žalobca by ho nekúpil resp. nezaplatil a neuzatvoril by ani dodatok k zmluve o pripojení na paušál 250.

Žalovaný sa odvolal do výroku napadnutého rozsudku, ktorou mu bola uložená povinnosť zaplatiť žalobcovi 1659,70 eur a žalobca do zamietajúcej časti.

Podľa ust. § 53 Obchodného zákonníka – osoby, ktorých práva boli nekalou súťažou porušené alebo ohrozené, môžu sa proti rušiteľovi domáhať, aby sa tohto konania zdržal a odstránil závadný stav. Ďalej môžu požadovať primerané zadosťučinenie, ktoré sa môže poskytnúť aj v peniazoch, náhradu škody a vydanie bezdôvodného obohatenia.

Zákon priznáva spotrebiteľovi v zásade rovnaký rozsah práv ako súťažiteľom, keďže ide o okruh osôb dotknutých nekalou súťažou. Poškodený má právo voľby a primerané zadosťučinenie je zákonom uvádzané na prvom mieste spomedzi kompenzačných nárokov, odvolací súd s prihliadnutím na danú situáciu, ktorá je v každom prípade špecifická, považoval poskytnutie primeraného zadosťučinenia v peniazoch za spravodlivú náhradu. Pri stanovení resp. rozhodnutí o primeranom zadosťučinení je preto treba postupovať tak, aby

toto primerané zadosťučinenie pokrylo skutočné náklady poškodeného (žalobcu), ktoré mu vznikli konaním druhej strany (žalovaným) a zároveň bude satisfakciou za stav, ktorý žalobca musel strpieť. Odvolací súd preto nemohol súhlasiť s názorom žalovaného, že vrátením neoprávnene zaplatených finančných prostriedkov žalobcovi, sa všetko zhojilo. Žalobca musel sám, alebo prostredníctvom rodinného príslušníka riešiť danú situáciu-zrušenie dodatku k zmluve o pripojení reklamáciou, ako aj reklamáciou nedodaného mobilného telefónu. Toto všetko si vyžadovalo čas, ktorý žalobca mohol využiť zmysluplnejšie ako aj riešiť neoprávnené fakturácie žalovaného. Odvolací súd preto napadnutý rozsudok súdu prvého stupňa v časti, ktorou zaviazal žalovaného zaplatiť žalobcovi 1 659,70 eur potvrdil majúc zato, že táto suma je primeraná na pokrytie nákladov spojených s reklamáciou vzniknutého stavu, ktorý spôsobil žalovaný (náhrada za stratu času spojená s vybavovaním reklamácie a urgovaním dodania akciového zaplateného mobilu).

Primerané zadosťučinenie sa podľa názoru odvolacieho súdu skladá z náhrady morálnej ujmy a výdavkou spojených s reparáciou navodeného stavu ako aj satisfakcie za stav, ktorý žalobca musel trpieť.

Pri posudzovaní primeraného zadosťučinenia odvolací súd vychádzal z postavenia žalovaného na trhu mobilných operátorov. Išlo o jedného z najväčších mobilných operátorov s ročným obratom v roku 2002 vo výške 5,350 mld. Sk a pri počte viac ako 1,713 mil. zákazníkov. Odvolací súd z prehľadu platieb žalobcu za poskytované služby žalovaným (1997-2008) konštatoval, že išlo o disciplinovaného klienta, ktorý vystihuje individuálny obchodný vzťah medzi účastníkmi konania. Rovnako odvolací súd vychádzal z faktu, že žalovaný do predmetnej akcie Paušál 250 ponúkol 550 mobilov. Táto akcia podľa žalovaného trvala (č. 1. 74) od 2. septembra a skončila 15. novembra 2002. V predmetnej reklame v časopise PLUS 7 dní je zreteľne uvedené "do výpredaja zásob". Preto je nepochopiteľné, že predajca žalovaného nevedel už v čase osobnej návštevy žalobcu (15. októbra 2002), či zásoby sú alebo už sú vypredané. Tento fakt je o zarážajúcejší, keďže ide o mobilného operátora, kde by nemal by problém sa telefonicky spojiť so skladom alebo iným miestom žalovaného na preverenie, či už zásoby neboli vypredané. Takýto postup mohol urobiť aj cez počítač, čo neurobil a tvrdenie, že mobilné telefóny SONY ERICSSON T68i trebalo objednávať s lehotou 4 týždne resp. v danej veci 5 dní, je zavádzajúce, pretože buď ich mal ako zásoby žalovaný (550 kusov) alebo ich už vypredal, a preto mal žalobcu pravdivo

informovať a nie ho nútiť podpisovať Dodatok k zmluve o pripojení s prísľubom dodania daného mobilu do 5 dní.

Odvolačný súd nemohol ponechať bez povšimnutia ani fakt, že žalobca nebol sám, ale takto isto postupoval žalovaný aj v iných prípadoch, dôkazom takého správania žalovaného je storno po akceptácii (č. 1. 20), kde sa vyskytujú ďalšie štyri takéto prípady. Či ich nebolo viac, žalovaný nechcel uviesť.

Odvolačný súd na základe vyššie uvedených skutočností, tieto jednotlivo a následne spolu vyhodnotil a dospel k názoru, že konanie žalovaného viedlo k nekalosúťažnému konaniu, keď klamlivou reklamou ponúkajúcou akciové mobilné telefóny v tak malom počte k počtu svojich už zákazníkov a neznámenu počtu potencionálnych zákazníkov vedel resp. musel vedieť, že ich neuspokojí (čo vraj ani nebolo cieľom žalovaného, lebo išlo o „akciový tovar“), z jeho možno vyvodíť len to, že žalovanému išlo len o zvyšovanie paušalov od 60 až do 2000.

Takéto konanie je podľa názoru odvolacieho súdu nezlučiteľné s postavením žalovaného na trhu mobilných operátorov a preto Najvyšší súd Slovenskej republiky v zmysle ust. § 220 O. s. p. zmenil rozsudok prvostupňového súdu v časti, ktorou žalobu zamietol tak, že priznal žalobcovi primerané zadosťučinenie aj vo výške 1 659,69 eur ako satisfakcia za stav, ktorý musel cca 3 mesiace trpieť.

Žalobca sa odvolal aj do časti trov konania a odvolací súd konštatoval, že jeho odvolanie je dôvodné. V predmetnej veci výška primeraného zadosťučinenia bola závislá o subjektívne posúdenia nekalosúťažného konania žalovaného a primeranosti resp. dostatočnosti jej reparácie. Vzhľadom nato, že odvolací súd zmenil rozsudok prvostupňového súdu v zamietajúcej časti, zmenil aj časť týkajúcu sa trov konania v zmysle ust. § 224 ods. 2 O. s. p. a priznal náhradu trov prvostupňového i odvolacieho konania žalobcovi. Žalobca si uplatnil trovy konania vo výške 3 382,- eur (špecifikácia z 8. decembra 2010) + trovy právneho zastúpenia vo výške 308,29 eur, čo spolu predstavuje sumu 3690,29 eur. Najvyšší súd rozhodol o trovách prvostupňového konania a odvolacieho konania podľa ust. § 224 ods. 2 O. s. p. v spojení s ust. § 142 ods. 1 O. s. p. a priznal ich náhradu úspešnému účastníkovi t. j. žalobcovi.

Trovy konania pozostávajú z náhrady trov vzniknutých žalobcovi zaplatením súdnych poplatkov za podanú žalobu v sume 4 000.- Sk, za odvolanie 6 000.-Sk a za odvolanie

100.- eur, spolu ide o 432,36 eur. Ďalej mu priznal trovy konania spočívajúce v náhrade trov, ktoré mu vznikli jeho zastupovaním advokátom v konaní na súde prvého i odvolacieho súdu a to podľa vyhl. č. 163/2002 Z. z. za 2 úkony právnej pomoci vo výške á 3 560.- Sk + á 128.-Sk režijný paušál (prevzatie a príprava a vyjadrenie sa žalobcu k odporu žalovaného) a 1 úkon právnej pomoci podľa § 16 ods. 3 vyhl. Vo výške ¼ (účasť na pojednávaní 11. decembra 2003) vo výške 912,50 Sk + režijný paušál 128.-Sk. Podľa vyhl. č. 655/2004 Z. z. odvolací súd priznal žalobcovi 5 právnych úkonov á 3 650.- Sk + 3x režijný paušál á 164.- Sk, 1x 178 a 1x190.- Sk. (účasť na pojednávaní 23. februára 2006, 22. júna 2006, odvolanie, pojednávanie účasť na Najvyššom súde Slovenskej republiky 20. marca 2007, pojednávanie na Krajskom súde Bratislava) a podľa vyhl. § 14 ods. 5 ¼ t. j. 912,50 Sk + režijný paušál 164.- Sk (pojednávanie 12. januára 2006). Ďalej odvolací súd priznal žalobcovi náhradu trov za 6 úkonov právnej pomoci á 121,17 eur (odvolanie žalobcu proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave z 13. novembra 2008, vyjadrenie žalobcu k odvolaniu žalovaného, účasť na pojednávaní 25. februára 2010, odvolanie žalobcu proti rozsudku Krajského súdu Bratislava z 25. februára 2010, účasť na pojednávaní 11. novembra 2010, odvolanie) + 2x režijný paušál 6,95 eur, a 4x režijný paušál 7,21 eur, a 2 úkony právnej služby á 121,17 eur (vyjadrenie sa žalobcu k odvolaniu žalovaného, účasť na pojednávaní na najvyššom súde 20. októbra 2011) + 2x režijný paušál 7,41 eur. Odvolací súd priznal žalobcovi aj DPH vo výške 19 % a 20 %, keďže jeho právna zástupkyňa je platiteľkou DPH. (z 242,34 eur ide o 48,468 eur 20 %DPH a 19 % DPH z 27 375.- Sk je 5 201,25.- Sk a z 727,02 eur je 19 % 138,133 eur). Žalovaný je povinný nahradiť žalobcovi trovy prvostupňového a odvolacieho konania vo výške 2773,531eur.

**P o u č e n i e :** Proti tomuto rozsudku odvolanie nie je prípustné.

V Bratislave, 20. októbra 2011

**JUDr. Darina Ličková, v. r.**  
predsedníčka senátu

Za správnosť vyhotovenia: H.