



EUROPEAN INFORMATION SOCIETY INSTITUTE, o. z.
P.O.BOX T-38 , 040 01 Košice, Slovakia
IČO: 42 227 950, www.eisionline.org, eisi@eisionline.org

Okresný súd Bratislava I.
Záhradnícka 10
821 44 Bratislava

V Mníchove, dňa 2.2.2014

Návrh na vstup vedľajšieho účastníka na strane žalobcu

Organizácie: **European Information Society Institute, o.z.**
IČO: 42 227 950
Dobrianskeho 1580, Vranov nad Topľou 093 01

v konaní o ochrane proti nekalej súťaži sp. zn. 32 Cb/134/2013

Žalobcu: **Antik Telecom, s.r.o.**
IČO: 36 191 400
Čárského 10, Košice 040 01

Žalovaného: **UPC Broadband Slovakia, s.ro.**

IČO: 35 971 967

Ševčenkova 36, Bratislava 851 01

Prílohy: *Podľa textu*

Vážený súd,

organizácia *European Information Society Institute (EISi)* týmto ako spotrebiteľské združenie v zmysle § 93 ods. 2 OSP v spojení s § 25 ods. 1 písm. a) zákona o ochrane spotrebiteľa podáva návrh na vstup do konania ako vedľajšieho účastníka na strane žalobcu vo veci *Antik Telecom v. UPC Broadband Slovakia*, sp. zn. 32 Cb/134/2013.

EISi je odborná mimovládna organizácia, ktorá sa zaoberá prienikom technológií, práva a informačnej spoločnosti. Od roku 2010 pôsobí ako neuniverzitné centrum pre výskum internetového práva a práva duševného vlastníctva a ako spotrebiteľské združenie v oblasti ochrany „digitálneho“ spotrebiteľa. Za tri roky nášho pôsobenia sme podali pred súdmi alebo vypracovali pre verejnosť desiatky odborných podaní. Naším cieľom je zasadzovať sa o prosperujúcu a balancovanú informačnú spoločnosť na Slovensku a v Európe.

Prihliadajúc na to, že v prejednávanom spore *Antik v. UPC* ide o spoločensky dôležitú otázku, ktorá výrazne môže ovplyvniť podobu informačnej spoločnosti a miesta spotrebiteľov v nej, rozhodli sme sa vstúpiť do konania na strane žalobcu.

Naším cieľom je v konaní poukázať na to, že konanie žalovaného zásadne poškodzuje slovenských spotrebiteľov, ktorí boli jednak *uvedení do omylu*, ale aj *obmedzení v ich slobodnej voľbe* ďalších služieb, ktoré nesúvisia so službami, ktoré žalovaný na základe zmluvy poskytuje svojim zákazníkom (spotrebiteľom). Ako vysvetlíme bližšie v našom podaní, ustálenie ujmy spotrebiteľa je pritom nepostrádateľné aj z hľadiska právnej kvalifikácie, o ktorú svoju žalobu opiera žalobca.

Zároveň ako špecializovaná odborná organizácia chceme poukázať na niekoľko výkladových otázok, ktoré majú priamy dopad na budúce postavenie spotrebiteľov v konkurenčnom boji podnikateľov, a ktoré budú iste predmetom tohto sporu.

S úctou,

Mgr. Martin Husovec a JUDr. Ľubomír Lukič
za European Information Society Institute, o.z.

1. Legitimácia vedľajšieho účastníka

Podľa § 93 OSP ako vedľajší účastník môžu v konaní vystupovať dve skupiny subjektov. Prvou skupinou subjektov, ktoré môžu v konaní vystupovať ako vedľajší účastníci, sú osoby, ktoré majú právny záujem na výsledku konania. S účinnosťou od 15.10.2008 zákon zaviedol aj *druhú skupinu subjektov*, ktoré môžu vystupovať ako vedľajší účastníci v konaní. Tu je však kritérium odlišné od prvej skupiny vedľajšieho účastníctva – kým v prvej skupine vedľajšieho účastníctva musí ísť o hmotnoprávny záujem vedľajšieho účastníka na výsledku konania, v druhej skupine prípadov *legitimácia na vstup vedľajšieho účastníka do konania dáva samotný zákon*.

Do tejto druhej skupiny subjektov, keď ako vedľajší účastník vystupuje právnická osoba na základe konkrétneho zákona, patria aj prípady sporov o ochrane spotrebiteľa, keď na strane spotrebiteľa môže vystupovať právnická

osoba, ktorej predmetom činnosti je ochrana spotrebiteľských práv podľa zákona o ochrane spotrebiteľa.

Totíž zákon o ochrane spotrebiteľa v § 25 priznal spotrebiteľským združeniam (právnickým osobám založeným alebo zriadeným na ochranu spotrebiteľa) právo podať návrh na začatie konania na súde vo veci ochrany práv spotrebiteľov alebo byť účastníkom konania. Toto právo prislúcha alternatívne združeniam, ktorých hlavnou náplňou činnosti je ochrana spotrebiteľov, alebo združeniam uvedeným v zozname vedenom Komisiou ES.¹

Vyššie uvedené oprávnenie zahŕňa alternatívu, v ktorej združenie zastupuje buď spotrebiteľskú verejnosť ako množinu anonymných spotrebiteľov, alebo konkrétneho človeka, prípadne skupinu osôb, ktoré nezostanú v anonymite. Ak združenie má zastupovať konkrétneho spotrebiteľa, môže tak urobiť iba na základe plnomocenstva udeleného spotrebiteľom, ktorého chce zastupovať. Ak má ale združenie zastupovať spotrebiteľskú verejnosť ako množinu anonymných spotrebiteľov, žiadne osobitné plnomocenstvo sa v takom prípade nevyžaduje.

¹ Zákon o ochrane spotrebiteľa vytvoril právny režim, v ktorom práva spotrebiteľov v konaní pred orgánmi verejnej správy a pred súdmi mohli uplatňovať iba niektoré združenia. Toto právo bolo dostupné iba združeniam spĺňajúcim kumulatívne podmienky – aby ochrana spotrebiteľov bola hlavnou náplňou činnosti združenia a aby združenie bolo uvedené v zozname oprávnených osôb vedenom Komisiou Európskych spoločností, pričom zákon umožnil navrhnúť Komisii ES na zápis iba také spotrebiteľské združenia, ktoré spĺňajú štyri podmienky. Zákon o ochrane spotrebiteľa zle zapracoval do právneho poriadku SR smernicu 98/27/ES Európskeho parlamentu a Rady o súdnych príkazoch na ochranu spotrebiteľských záujmov a zároveň nerešpektoval základné právo slobodne sa združovať, ktoré sa podľa Ústavy SR zaručuje každému. Ústava SR dovoľuje toto právo obmedziť jedine z dôvodov určených v čl. 29 ods. 3 Ústavy SR, t. j. len v prípadoch ustanovených zákonom, ak je to v demokratickej spoločnosti nevyhnutné pre bezpečnosť štátu, na ochranu verejného poriadku, predchádzanie trestným činom alebo na ochranu práv a slobôd iných. Táto okolnosť priviedla verejného ochrancu práv k podaniu návrhu, v ktorom požiadal Ústavný súd SR o preskúmanie súladu § 25 ods. 1 a 2 zákona o ochrane spotrebiteľa s Ústavou SR (Rvp 454/08). Zákonom č. 397/2008 Z. z. sa odstránil očividný nesúlad zákona so slobodou združovania, keď sa vytvorila alternatívna úprava, podľa ktorej práva spotrebiteľov môže uplatňovať združenie, ktorého hlavnou náplňou činnosti je ochrana spotrebiteľov, alebo združenie uvedené v zozname vedenom Komisiou ES.

Vzhľadom na uvedené EISi ako spotrebiteľské združenie pôsobiace v oblasti ochrany „digitálneho“ spotrebiteľa, teda združenie, ktorého hlavnou náplňou činnosti je okrem iného ochrana spotrebiteľov ma v zmysle § 93 ods. 2 OSP v spojení s § 25 ods. 1 písm. a) zákona o ochrane spotrebiteľa legitímáciu na vstup do konania ako vedľajší účastník na strane žalobcu.

Dôkaz: *Stanovy EISi*

Uznesenie Valného zhromaždenia o zvolení členov predsedníctva

Taktiež považujeme za potrebné poukázať na skutočnosť, že EISi podalo vo februári 2013 Ministerstvu hospodárstva SR žiadosť o zaradenie do zoznamu oprávnených osôb podľa § 25 ods. 3 zákona o ochrane spotrebiteľa. Ministerstvo hospodárstva SR žiadosť EISi akceptovalo a navrhlo Európskej komisii zaradiť EISi do zoznamu oprávnených osôb. Vzhľadom na dĺžku trvanie procesu zápisu do predmetného zoznamu ako aj na jeho menej častú aktualizáciu do dnešného dňa v ňom EISi nie je zapísané.

Dôkaz: *Žiadosť o zaradenie do zoznamu oprávnených osôb*

Navyše v tejto súvislosti si dovoľujeme poukázať na skutočnosť, že podľa § 4 ods. 2 písm. c) zákona č. 71/1992 Zb. o súdnych poplatkoch a poplatku za výpis z registra trestov združenia pôsobiace na ochranu spotrebiteľov sú oslobodené od platenie súdneho poplatku.

2. Podstata sporu

Podľa dostupných informácií začal žalovaný technicky blokovať svojim zákazníkom prístup na službu televízie cez internetový protokol (IPTV) od žalobcu. Zákazník žalovaného, ktorý tak využíva dátovo neobmedzený internet nemôže používať toto svoje pripojenie na využívanie inej služby poskytovanej konkurentom žalovaného. Tento postup žalovaného narúša slobodnú férovú súťaž a poškodzuje spotrebiteľa.

Žalobca sa svojou obchodnou praktikou dopustil porušenia princípu tzv. *sieťovej neutrality*. Sieťová neutralita je technologickým princípom, podľa ktorého sa poskytovateľ pripojenia na internet má pristupovať rovnako k všetkej komunikácii, ktorá „tečie“ cez jeho infraštruktúru². Na tomto princípe je vybudovaný dnešný prístup k internetu, ktorý spotrebiteľovi umožňuje prístup na *akúkoľvek* stránku alebo službu zapojenú v sieti. Poskytovateľ online služby (napr. YouTube), preto nemusí zabezpečovať, že jeho služba bude zaradená do „ponuky“ poskytovateľa pripojenia, pretože každá služba, resp. webstránka v sieti je *automaticky* dostupná cez všetkých poskytovateľov pripojenia všade na svete. Porušením tohto princípu je, ak poskytovateľ pripojenia zvýhodní alebo znevýhodní niektorú službu, ktorá „tečie“ cez jeho infraštruktúru, napr. ak zníži prenosovú rýchlosť pre komunikáciu s YouTube, čoho následkom je znevýhodnenie služby (napr. YouTube) oproti konkurencii (napr. Vimeo). Tak isto je porušením sieťovej neutrality, ak poskytovateľ zablokuje (nesprístupní) svojim zákazníkom vybrané online služby (napr. YouTube).

Tento technologický princíp sa uplatňuje nie len v rámci internetovej siete. Iným príkladom neutrálnej technológie je napríklad bežné poskytovanie elektrickej energie. Poskytovateľ energie dnes neobmedzuje to aké typy zariadení zákazník cez jeho infraštruktúru používa (napr. chladničku, televízor alebo priemyselnú linku). To umožňuje prúd inovácií, pretože predajcovia zariadení sa

2 Pozri Tim Wu. Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003; Tim Wu. Net Neutrality FAQ, dostupné online na webstránke: http://timwu.org/network_neutrality.html;

nemusia báť, že ich prístroj bude po uvedení na trh vylúčený poskytovateľom z dodávania elektrickej energie, a tak nepoužiteľný pre spotrebiteľa.

Princíp sieťovej neutrality získava v posledných rokoch na význame. Milióny online služieb a tisíce podnikateľov, ktorí za nimi stoja, sú totiž závislí od toho, ako sa k ich službe postaví poskytovateľ pripojenia na internet, ktorý je nevyhnutným *medzičlánkom* medzi ich službou a jej spotrebiteľom. Ak by poskytovateľ zablokoval alebo spomalil prístup k službe jedného podnikateľa (napr. Antik), príde tento o všetkých spotrebiteľov, ktorí využívajú internet od daného poskytovateľa (napr. UPC). Tým dochádza jednak k *narušeniu súťaže* medzi blokovaným podnikateľom a neblokovanými podnikateľmi, keďže blokovaný podnikateľ je technicky odstrihnutý od svojich súčasných alebo potenciálnych zákazníkov. Taktiež dochádza k *porušeniu práv spotrebiteľa*, pretože spotrebiteľova voľba sa umelo zužuje len na služby neblokovaných poskytovateľov, čím sa znižuje intenzita súťaže a potenciálne zvyšuje cena služieb a spomaľuje inovácia v danom segmente. Princíp sieťovej neutrality tak má všeobecne predchádzať proti-súťažnému správaniu na trhu a zároveň v mnohých prípadoch chráni spotrebiteľa.

Sieťová neutralita ako technologický princíp, ale zároveň *nie je* explicitným právnym pravidlom. Každé porušenie princípu sieťovej neutrality tak podľa súčasného práva *nie je* automaticky aj porušením právneho poriadku. Na druhej strane však tento technologický princíp stelesňuje mnoho základných hodnôt férovej a slobodnej súťaže, a ochrany spotrebiteľa. Preto aj podľa súčasného právneho stavu bude *mnoho* porušení sieťovej neutrality aj porušením predpisov o súťažnom alebo spotrebiteľskom práve. Nebudú ním však úplne všetky.

Treba povedať, že v niektorých prípadoch umožňuje porušenie princípu sieťovej neutrality z bezpečnostných dôvodov (napr. boj proti spamu, útoky na sieť) alebo iných dôvodov, aj priamo zákon (napr. § 64 ods. 1, § 64 ods. 2 zákona č.

351/2011 Z.z. o elektronických komunikáciách (ďalej aj „ZoEK“). Takéto opatrenia sú však striktné viazané na prípady narušenia bezpečnosti alebo integrity siete, a navyše je poskytovateľ povinný takto prijaté opatrenia oznámiť Úradu pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb a v niektorých prípadoch aj svojim zákazníkom (§ 65 ods. 3 ZoEK). O taký prípad v prejednávacom spore však nejde.

Podľa súčasného právneho stavu je navyše v poriadku ak poskytovateľ pripojenia na internet *nebude* poskytovať neobmedzené pripojenie k „celému internetu“, ale len pripojenie k vybraným službám (t.j. obdoba akejsi internetovej káblovky). V takomto prípade však musí spotrebiteľ *vopred* vedieť, že si nekupuje štandardné pripojenie ale iba výber určitých služieb, resp. len prístup k určitým službám v prostredí internetu (*pozri* časť 4).

Poskytovateľ sa nekalej súťaže voči dotknutému (blokovanému) podnikateľovi môže dopustiť predovšetkým vtedy, ak sám poskytuje konkurenčnú službu ako podnikateľ, teda je tzv. vertikálne integrovaný. Tak tomu je práve spore *Antik v. UPC*, kde UPC súťaží s Antikom aj na trhu poskytovania retransmisie televízie, kde je vertikálne integrovaný popri trhu s pripojením na internet. Poskytovateľ tak totiž získava nekalú konkurenčnú výhodu tým, že všetkým svojim *zazmluvneným* zákazníkom v oblasti pripojenia na internet úplne technicky znemožní využívať služby svojho konkurenta. Takýmto správaním tak poskytovateľ pripojenia odstraňuje, alebo znižuje súťaž pre určitý okruh osôb. Ak totiž zákazník využívajúci internet od UPC chce používať televíziu cez internet od iného podnikateľa, musí najprv zmeniť svojho poskytovateľa na internet na takého, ktorý takú službu neblokuje (*pozri* časť 5).

Je zrejmé, že ak takúto prax prijme každý poskytovateľ pripojenia, môže si efektívne každý vynucovať nákup akýchkoľvek ďalších svojich služieb a súťaž o zákazníka sa v okamihu stratí. Spotrebiteľia totiž uzamknutý v zmluvnej

viazanosti so svojím poskytovateľom nebudú služby nakupovať podľa racionálnej voľby v súťaži, ale podľa „pokynov“ svojho poskytovateľa. No a podnikatelia, ktorí sú blokovani, ostanú jednoducho bez prístupu k zákazníkovi. Utrpí tak súťaž, inovácie a aj spotrebiteľ.

3. Právna relevancia dopadu na spotrebiteľa

Konanie žalovaného je ako ukážeme nižšie obchodnou praktikou, ktorá *má dopad na spotrebiteľa*. To má zásadný dopad na aplikáciu prameňov nekalosúťažného práva. Nekalá súťaž s dopadom na spotrebiteľa totiž musí byť posudzovaná podľa smernice 2005/29/ES o nekalých obchodných praktikách (Smernica), ktorá zavádza *tzv. plnú harmonizáciu*. Znamená to, že členské štáty, vrátane SR, nemôžu v rozsahu jej aplikácie posudzovať *nekalosť konania* voči spotrebiteľovi ani prísnejšie a ani menej prísne ako Smernica. Recitál 8 Smernice uvádza:

“[t]áto smernica priamo ochraňuje ekonomické záujmy spotrebiteľov pred nekalými obchodnými praktikami podnikateľov voči spotrebiteľom. Tým taktiež nepriamo ochraňuje oprávnených podnikateľov pred ich konkurentmi, ktorí sa neriadia pravidlami tejto smernice, a tak zabezpečuje poctivú hospodársku súťaž v oblastiach ňou upravených. Je zrejmé, že existujú ďalšie obchodné praktiky, ktoré, hoci nepoškodzujú spotrebiteľov, môžu poškodzovať účastníkov hospodárskej súťaže a ich zákazníkov podnikateľov.“

Smernica, teda vyčerpávajúco reguluje také obchodné praktiky, ktoré majú dopad na spotrebiteľa. Zo Smernice naopak nevyplýva žiadna povinnosť členských štátov umožniť, aby aj konkurenti mohli uplatňovať akékoľvek nároky z porušovania týchto pravidiel voči svojim „neposlušným“ konkurentom.

Ak však členský štát takéto uplatňovanie nárokov umožní, napr. tak ako SR v § 44 a nasl. ObchZ, musí pri posudzovaní *nekalosti konania* voči

spotrebiteľovi vychádzať z úsudku obsiahnutého v Smernici³. Inými slovami, ak by napríklad slovenský súd rozhodoval spor medzi dvoma konkurentmi, pričom by musel posúdiť či konanie jedného z nich je nekalé voči spotrebiteľovi aby posúdil naplnenie znaku uvedeného v § 44 a nasl. ObchZ - spôsobilosť privodiť ujmu spotrebiteľom - súd by nemohol konanie, ktoré Smernica považuje za *per se* nekalé (príloha č. 1 Smernice), zrazu označiť za legitímne len preto, že otázka vyvstala v spore medzi konkurentmi, a nie v spore so spotrebiteľom. Naopak súd by musel vychádzať z toho, že Smernica považuje dané konanie za každých okolností za nekalé, a preto je aj v spore medzi konkurentmi, že dané konanie „je spôsobilé privodiť ujmu .. spotrebiteľom“ (§ 44 ods. 1 ObchZ). Posúdenie nekalosti voči spotrebiteľovi teda musí byť rovnaké, bez ohľadu na to či právo uplatňuje sám spotrebiteľ alebo podnikateľ (pozri napr. *CHS Tour Services C-435/11*)⁴.

Z tohto dôvodu pri posudzovaní nekalej súťaže *s dopadom na spotrebiteľa* sa musia uplatniť ustanovenia Smernice, ktoré boli do nášho právneho poriadku transponované v rámci zákona č. 250/2007 Z.z. o ochrane spotrebiteľa (ďalej aj „ZoOchrS“). Vybrané ustanovenia tohto zákona sú preto aj čiastočnou nepriamou novelizáciou § 44 a nasl. ObchZ v zmysle *lex posterior specialis derogat legi priori generali*. Aj v tomto spore preto je nutné ustáliť samotnú *nekalosť* obchodnej praktiky v kontexte zákona o ochrane spotrebiteľa a Smernice. Inak by došlo k porušeniu práva EÚ. Ostatné okolnosti je nutné naďalej posudzovať podľa § 44 a nasl. ObchZ.

Žalovaný zablokoval službu žalobcu, aby sa tak *vyhol legitímnej súťaži na trhu*. Za rukojemníkov tohto rozhodnutia si zobral spotrebiteľov – svojich vlastných zazmluvnených zákazníkov. Dopustil sa tým:

a) *dvoch typov nekalých obchodných praktík voči svojim zákazníkom:*

- klamania spotrebiteľa podľa § 5 ZoOchrS
- nekalého ovplyvňovania spotrebiteľa podľa § 7 ods. 1 ZoOchrS

³ Implicitne v danom kontexte bod 25, rozhodnutia BGH, *Solainitiative*, I ZR 54/11.

⁴ Pozri tiež situáciu v Nemecku: PIPER, H., OHLY, A., SOSNITZA, O. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG. 5. vydanie, C.H.BECK, 2010.

b) *nekalaj súťaže* podľa § 44 a nasl. ObchZ *voči žalobcovi*⁵.

V tomto podaní súdu bližšie priblížime len pozíciu spotrebiteľa. A síce, prečo sa žalovaný dopustil dvoch nekalých obchodných praktík voči spotrebiteľom. Presnejšie klamanie spotrebiteľa (§ 5 ZoOchrS) a nekalé ovplyvňovanie spotrebiteľa (§ 7 ods. 1 ZoOchrS).

4. Klamanie spotrebiteľa

Poskytovať službu, kde zákazník získava pripojenie len na vybrané internetové stránky a služby, nie je *per se* protiprávne. Protiprávne, v rozpore s § 5 ods. 1 ZoOchrS, je, ale *klamať zákazníka*, že dostáva dátovo neobmedzený internet s bežným neblokovaným prístupom, zaviazat' si ho na niekoľko mesiacov a následne mu počas plnenia zmluvy nesprístupniť niekoľko služieb, ktoré využíva.

Podľa § 5 ods. 1 ZoOchrS:

Výrobca, predávajúci, dovozca alebo dodávateľ nesmú klamať spotrebiteľa, najmä uvádzať nepravdivé, nedoložené, neúplné, nepresné, nejasné alebo dvojzmyselné údaje alebo zamlčať údaje o vlastnostiach výrobku alebo služby alebo o nákupných podmienkach.

Na akékoľvek porušenia sieťovej neutrality musí byť preto spotrebiteľ zreteľne a jasne upozornený *pred* uzatvorením zmluvy o pripojení na internet. Spotrebiteľ sa totiž v dobrej viere spolieha, že má prístup k všetkým webstránkam a službám ako je obvyklé, a preto jeho následné zistenie, že

⁵ Žalobca totiž tým, že koná nekalvoči svojim vlastným zákazníkomi vytvára si pre seba nekalú konkurečnú výhodu voči svojim konkurentom, ktorí tieto pravidlá dodržiavajú. Konkurenti, rovnako ako spotrebiteľia, majú možnosť domáhať sa upustenia od tohto konania, keďže konanie ich oboch poškodzuje.

niektoré nemôže využívať, hoci si ich už aj objednal, závažne kolидуje s jeho dobrou vierou. Nehovoriac, keď k takejto blokácii dôjde svojvoľne až neskôr.

Zákazníci žalovaného, ktorí boli dotknutí jeho blokačným rozhodnutím, mali od UPC zazmluvnenú službu označovanú ako „neobmedzený internet“ alebo „bez dátových limitov“⁶. Tieto pojmy priemerný spotrebiteľ interpretuje ako internet bez technologických reštrikcií. Očakáva prístup k verejnému internetu bez obmedzenia, čo do typu alebo poskytovateľa služieb. Tento záver je zrejmý z recitálu 18 Smernice:

(18) Je vhodné chrániť všetkých spotrebiteľov pred nekalými obchodnými praktikami; Súdny dvor však považoval za potrebné skúmať pri rozhodovaní v prípadoch týkajúcich sa reklamy po prijatí smernice 84/450/EHS *účinnok na hypotetického typického spotrebiteľa*. V súlade so zásadou proporcionality a z dôvodu umožnenia účinného uplatňovania zamýšľanej ochrany vzala táto smernica za *kritérium priemerného spotrebiteľa, ktorý je v rozumnej miere dobre informovaný, vnímavý a obozretný, pri zohľadnení sociálnych, kultúrnych a jazykových faktorov*, ako ho vykladal Súdny dvor, obsahuje však i ustanovenia zamerané na zabránenie zneužívania spotrebiteľov, ktorých vlastnosti ich robia obzvlášť zraniteľnými voči nekalým obchodným praktikám. Tam, kde je obchodná praktika osobitne zameraná na určitú skupinu spotrebiteľov, ako napríklad deti, je žiaduce, aby bol dosah tejto obchodnej praktiky posúdený z pohľadu priemerného člena takejto skupiny. Preto je vhodné zahrnúť do výpočtu praktík, ktoré sú za každých okolností nekalé, ustanovenie, ktoré bez toho, aby ukladalo úplný zákaz reklamy zameranej na deti, ochraňuje ich pred priamym nabádaním na nákup. *Pojem priemerného spotrebiteľa sa pritom nezakladá na štatistickom zistení. Vnútroštátne súdy a orgány budú musieť sami na základe vlastnej úvahy určiť, so zreteľom na judikatúru Súdneho dvora, typickú reakciu priemerného spotrebiteľa v danom prípade.*

Dôkaz: *Vyhlásenie spotrebiteľa [..]*

Arbitrárne vylúčenie legitímnych služieb z ponuky nemôže priemerný spotrebiteľ predpokladať. Iste spotrebiteľ by sa nemohol takto odvolávať na služby, ktoré boli zablokované pre rozhodnutie orgánov verejnej moci. Služby, ktoré však štát v konkrétnej jurisdikcii nezakázal, priemerný spotrebiteľ bude

⁶ UPC Fiber Power 50, 100 aj 150 sú dodnes uvádzané ako programy "bez dátových limitov". Dostupné na <http://www.upc.sk/rychly-internet/fiber-power-150/>

považovať pri označení „neobmedzený“ za automatickú súčasť pripojenia. Podobné chápanie návykov priemerného spotrebiteľa aplikujú napríklad aj nemecké súdy.

- V nedávnom rozhodnutí krajský súd v Düsseldorfe označil blokovanie peer-to-peer služieb operátorom v rámci služby pripojenia na internet za klamlivé, pretože služba bola predávaná okrem iného pod sloganom „ideálne k neobmedzenému telefonovaniu a surfovaniu“ (LG Düsseldorf, 19.07.2013, sp. zn. 38 O 45/13).
- V ďalšom rozhodnutí krajský súd v Kolíne tiež bol názoru, že priemerný spotrebiteľ pod pojmom „flat-rate“ očakáva technicky neobmedzený internet (LG Köln, 30.10.2013, sp. zn. 26 O 21)

Podľa § 8 zákona o ochrane spotrebiteľa (článok 6 Smernice):

(1) Obchodná praktika sa považuje za klamlivú, ak zapríčiňuje alebo *môže zapríčiniť*, že spotrebiteľ urobí rozhodnutie o obchodnej transakcii, ktoré by inak neurobil, pretože obsahuje nesprávne informácie a je preto nepravdivá, alebo akýmkoľvek spôsobom uvádza do omylu alebo môže viesť do omylu priemerného spotrebiteľa, a to aj ak je táto informácia vecne správna vo vzťahu k

a) existencii výrobku alebo k povahe výrobku,

b) hlavným znakom výrobku, ako sú jeho dostupnosť, výhody, riziká, vyhotovenie, zloženie, príslušenstvo, servis zákazníkovi po predaji výrobku a vybavovanie reklamácie, výrobný postup a dátum výroby alebo dodávky, spôsob dodania, účel použitia, možnosti využitia, množstvo, špecifikácia, jeho zemepisný alebo obchodný pôvod alebo očakávané výsledky použitia, alebo výsledky a podstatné ukazovatele skúšok alebo kontrol vykonaných na výrobku, [...]

Spotrebiteľ, ktorý je vystavený opisu produktu ako „neobmedzený“ má za to, že sa na niekoľko mesiacov zazmluvní na produkt, ktorý mu poskytne úplný prístup na internet. Použitie technologického obmedzenia v tomto kontexte uvádza do omylu priemerného spotrebiteľa. Poskytovateľ sa tak musí alebo zdržať používania tohto označenia, alebo arbitrárneho blokovania v rámci takejto

služby. Ustanovenie § 8 zákona o ochrane spotrebiteľa tu pôsobí ako *lex specilis* vo vzťahu k § 45 ObchZ.

5. Nekalé obmedzenie slobodnej voľby spotrebiteľa

Ešte podstatnejšie však je, že hoci aj spotrebiteľ bude poučený, môže byť blokovanie služieb iného podnikateľa za určitých okolností *nekalým obmedzovaním slobodnej voľby spotrebiteľa* pri jeho výbere ďalších služieb, ktoré využívajú internet. Ak totiž poskytovateľ pripojenia na internet napríklad zablokuje všetky online kníhkupectvá až na jedno či dva a spotrebiteľ si zvykne objednávať knihy z domu, nepriamo tým zásadne ovplyvňuje spotrebiteľa pri jeho nákupe kníh cez internet.

Práve o takú situáciu ide v spore Antik v. UPC, kde UPC nepriamo blokáciou svojho konkurenta vylučuje zo súťaže a tak podstatne ovplyvňuje svojich zákazníkov vo výbere *ďalších* online služieb (televízia cez internet), ktoré spotrebiteľ v zásade konzumuje z domu. Takéto technické opatrenie preto úmyselne znižuje slobodu spotrebiteľského výberu iných služieb. Spotrebiteľia tak môžu častokrát uzatvárať zmluvy o ďalších online službách (nákup kníh, streamovanie hudby, filmové portály, noviny a pod.) potom už pod zjavným vplyvom toho, že ku konkurencii nemajú technický prístup cez internet a ich zmluva o pripojení je viazaná na niekoľko mesiacov.

Títo spotrebiteľia tak môžu byť ľahko „uväznení“ u svojho poskytovateľa, pokiaľ ide o poskytovanie niektorých online služieb. Poskytovaním služby pripojenia na internet je pritom zo strany jej poskytovateľa plnená dôležitá spoločenská funkcia dodávania infraštruktúry pre náš denno-denný život. Od dostupnosti pripojenia závisí naša možnosť vzdelávať sa, uchádzať sa o prácu, či pracovať, uplatňovať svoje politické práva, byť v styku s rodinou, či dokonca plniť

si svoje (elektronické) zákonné povinnosti⁷. Bez riadneho pripojenia nemožno dnes viesť plnohodnotný život (*pozri* judikatúru ESLP v ECHR: Internet: case-law of the European Court of Human Rights).

Spotrebiteľ, ktorý je fyzickou osobou, získaním jedného pripojenia zvyčajne pokrýva svoju celú domácnosť. Jeho pripojenie tak využívajú aj jeho deti, partneri, spolubývatelia a pod. Zvyčajná doba viazanosti je pritom minimálne 12 mesiacov, častejšie však 24 mesiacov (*pozri* § 44 ods. 4 zákona o elektronických komunikáciách). Aj spotrebiteľ [...], ktorého vyhlásenie predkladáme súdu, mal so žalovaným takúto niekoľkomesačnú zmluvnú viazanosť (UPC Fiber Power 30).

Dôkaz: *Vyhlásenie spotrebiteľa [...]*

Ak jeho poskytovateľ začne počas doby poskytovania služby blokovat napríklad vybranú konkurenciu, spotrebiteľ nemôže pre viazanosť len tak zmeniť poskytovateľa. Navyše takáto zmena aj pri možnosti výpovede znamená zvýšené náklady, ktoré spotrebiteľ nebude musieť byť ochotný podstúpiť. Tým je blokácia ekvivalentná vyvíjania nepriameho tlaku na spotrebiteľa, pretože ten nerobí svoje rozhodnutie o ďalšej službe už na základe racionálneho výberu, ale podľa toho čo má po blokovaní ešte k dispozícii. Ak teda poskytovateľ blokuje všetky konkrétne hudobné služby, pričom prístupná je len jedna, spotrebiteľ bude nútený svoj dopyt po online hudbe uspokojiť prostredníctvom jedinej neblokovanej služby.

Vysoká intenzita súťaže medzi službami na internete, kde sú transakčné náklady na ich zmenu pri absencii sieťových účinkov veľmi malé, spôsobuje, že hoci aj drobné znevýhodnenie služby pri prenose jej dát k zákazníkovi (napr. spomalenie toku), ovplyvní zásadne spotrebiteľovo rozhodnutie používať službu. Ak napríklad poskytovateľ zásadným spôsobom spomalí YouTube, je samozrejmé,

⁷ Napr. pozri § 80 ods. 9 zákona o dani z pridanej hodnoty.

že užívatelia budú používať jeho alternatívy, ktoré nie sú takýmto technickým opatrením dotknuté.

Poskytovateľ pripojenia na internet tak implementovaním rôznych technických obmedzení dokáže citeľne ovplyvňovať správanie spotrebiteľa pri nákupe online služieb. Takéto obmedzovanie jeho slobodnej voľby môže byť za určitých okolností zakázanou obchodnou praktikou, pretože môže podstatne narušiť ekonomické správanie priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k určitému okruhu výrobkov alebo služieb získavaných alebo poskytovaných cez internet. Do úvahy prichádza kvalifikácia pod:

- agresívnu obchodnú praktikú podľa článku 8 Smernice (§ 9 ZoOchrS) alebo
- generálnu klauzulu nekalej obchodnej praktiky podľa článku 5 Smernice (§ 7 ZoOchrS).

5.1 Agresívna obchodná praktika

Smernica stanovuje túto praktikú nasledovne:

Článok 8 - Agresívne obchodné praktiky

Obchodná praktika sa považuje za agresívnu, ak v skutkovej súvislosti, berúc do úvahy všetky jej črty a okolnosti, obťažovaním, nátlakom vrátane použitia fyzickej sily alebo *neprimeraným vplyvom podstatne zhoršuje alebo je spôsobilá významne zhoršiť slobodu výberu alebo správanie priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k produktu, a tým zapríčiňuje alebo môže zapríčiniť, že spotrebiteľ urobí rozhodnutie o obchodnej transakcii, ktoré by inak neurobil.*

Článok 2 - Vymedzenie pojmov

Na účely tejto smernice:

j) "neprimeraný vplyv" je využívanie silnejšieho postavenia vo vzťahu k spotrebiteľovi, aby sa vyvinul nátlak dokonca *i bez použitia alebo hrozby použitia fyzickej sily* spôsobom, ktorý významne obmedzuje schopnosť spotrebiteľa urobiť kvalifikované rozhodnutie;

Blokovanie žalovaným môže predstavovať „neprimeraný vplyv“ podľa článku 8 Smernice. Predmetná časť ustanovenia nebola doposiaľ vyjasnená zo strany SDEÚ. Názory nemožno nájsť ani v domácej doktríne. Nemecká literatúra vyžaduje v tomto kontexte, aby išlo o taký vplyv, ktorý *potláča racionalitu spotrebiteľovho rozhodnutia do úzadia* (pozri PIPER, H., OHLY, A., SOSNITZA, O. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG. 5. vydanie, C.H.BECK, 2010, str. 264). Ako príklad sú uvádzané prípady emocionálnej reklamy, ktorá pôsobí na spotrebiteľov pocit spoločenskej zodpovednosti alebo tematizuje politické otázky a snaží sa ich pretaviť do predaja.

O taký neprimeraný vplyv podľa nášho názoru ide aj v tomto prípade. Technické obmedzenie spotrebiteľovej voľby produktov a služieb v kontexte viazanosti na niekoľko mesiacov jednoznačne vedie k potláčaniu racionality rozhodnutia spotrebiteľa. Ten sa viac neriadi tým čo je pre neho výhodnejšie alebo vhodnejšie, ale tým čo je pre neho za danej situácie dostupné. Racionalita voľby je tak umelo formovaná arbitrárnym technickým rozhodnutím poskytovateľa pripojenia na internet. To platí predovšetkým vtedy, ak u neho existuje zmluvná viazanosť na určité obdobie a blokovaná službu potrebuje používať tam, kde si ju objednal (napr. z domu). Ak by totiž poskytovateľ blokoval službu, ktorú spotrebiteľ konzumuje aj tak prevažne v práci, nemusela by mať technická blokácia nevyhnutne dopad na jeho rozhodnutie. Ak je, ale blokováná služba ako televízia, email alebo sociálna sieť, ktorú spotrebiteľ používa spravidla z domu, jeho rozhodnutie používať tieto služby je jednoznačne preddefinované týmto technickým rozhodnutím.

Ako dôsledok poskytovateľ tak blokáciou vykonávaním neprimeraného vplyvu podstatne zhoršuje slobodu výberu alebo správanie priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k produktu, a tým môže zapríčiniť, že spotrebiteľ urobí rozhodnutie o obchodnej transakcii, ktoré by inak neurobil⁸.

⁸ Samozrejme to by neplatilo ak by bol spotrebiteľ vopred poučený, že internetové pripojenie, ktoré si kupuje vylučuje z používania niektoré služby. To však nie je tento prípad.

5.2 Generálna klauzula

Ak by mal súd za to, že v prejednávacom spore nejde o agresívnu obchodnú praktiku, pôjde minimálne o nekalú obchodnú praktiku podľa generálnej klauzuly (článok 5 Smernice, § 7 ZoOchrS).

Článok 5 - Zákaz nekalých obchodných praktík

1. Nekalé obchodné praktiky sú zakázané.

2. Obchodná praktika je nekalá, ak:

a) je v rozpore s požiadavkami odbornej starostlivosti a

b) podstatne narušuje alebo je spôsobilá podstatne narušiť ekonomické správanie priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k produktu, ku ktorému sa dostane alebo ktorému je adresovaná, alebo priemerného člena skupiny, ak je obchodná praktika orientovaná na určitú skupinu spotrebiteľov.

Článok 2 - Vymedzenie pojmov

Na účely tejto smernice:

e) "podstatné narušenie ekonomického správania spotrebiteľa" je využitie obchodnej praktiky na značné narušenie schopnosti spotrebiteľa urobiť kvalifikované rozhodnutie, čo spôsobí, že spotrebiteľ urobí rozhodnutie o obchodnej transakcii, ktoré by inak neurobil;

h) "odborná starostlivosť" je úroveň špeciálnej schopnosti a starostlivosti, ktorú možno rozumne očakávať od obchodníka pri jeho konaní voči spotrebiteľom, zodpovedajúca čestnej obchodnej praxi a/alebo všeobecnej zásade dobrej viery uplatňujúcej sa v oblasti obchodníckej činnosti;

Ako sme už vyššie uviedli, podľa nášho názoru sú naplnené obidva nevyhnutné znaky. A síce, (a) praktika je v rozpore s odbornou starostlivosťou preto, že od obchodníka nemožno rozumne očakávať, že v rámci služby neobmedzeného internetu arbitrárne zablokuje služby svojej konkurencie. Všeobecná ľudská skúsenosť nasvedčuje opaku, a síce, že poskytovatelia

neblokujú svojich konkurentov (napr. Orange neblokuje stránku a služby O2 pre svojich zákazníkov, a pod.). Zároveň je (b) praktika spôsobilá podstatne narušiť ekonomické správanie priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k produktu, ku ktorému sa dostane, pretože potláča racionalitu jeho rozhodnutia a naopak umelo ho núti zakúpiť si online služby, ktoré by si inak nekúpil (*vid'* vyššie).

5.3 Prejudiciálna otázka na SDEÚ

Vzhľadom na to, že vyššie uvedené princípy neboli doteraz vyjasnené zo strany Súdneho dvora EÚ, ktorý má výlučnú kompetenciu nad interpretáciou týchto autonómnych pojmov, navrhujeme aby mu v tomto konaní položená podľa článku 267 Zmluvy o fungovaní Európskej únie nasledujúca otázka:

- „1. Je obmedzenie slobodnej voľby spotrebiteľa prostredníctvom technického znemožnenia jeho prístupu na internetovú službu konkurenta v rámci služby neobmedzeného pripojenia na internet agresívnou obchodnou praktikou v zmysle článku 8?**
- 2. Ak je odpoveď na prvú otázku negatívna, je možné takéto konanie považovať za nekalú obchodnú praktikou podľa článku 5 ods. 2 smernice 2005/29/ES o nekalých obchodných praktikách?“**

6. Nutná obrana a spotrebiteľ

V niektorých prípadoch môže nastať situácia, že poskytovateľ blokuje konkrétneho konkurenta na svojej infraštruktúre preto, lebo sám konkurent postupuje protiprávne - nekal (napríklad neplatí za licenciu, čím získava nekalú konkurenčnú výhodu). Inými slovami, poskytovateľ síce pripúšťa, že koná nekalosúťažne, ale bráni sa tým, že jeho nekalá súťaž je konaním v tzv. nutnej obrane.

Nutná obrana, totiž ako jedna z okolností vylučujúcich protiprávnosť „neutralizuje“ protiprávnosť nekalosúťažného konania, na konanie, ktoré je s právom v súlade. Osoba, ktorá totiž koná v nutnej obrane nekoná protiprávne (§ 6 ObčZ, *pozri aj* § 227 BGB). Právo nekalej súťaže síce všeobecne neupravuje tento princíp, jeho priame vyjadrenie sa však nachádza v niektorých skutkových podstatách (napr. § 50 ods. 2 ObchZ) a taktiež § 6 ObčZ sa zvyčajne uplatní subsidiárne. Treba však povedať, že dovolanie sa nutnej obrany v nekalej súťaži nie je úplne bezproblémové. Predovšetkým, protiprávnosť tu častokrát vzniká nielen voči súťažiteľovi, ale aj voči spotrebiteľom. Ak by sme pripustili, že súťažiteľ môže inému na protiprávnu praktiku odpovedať protiprávne, urobili by sme spotrebiteľa zajatcom ich konfliktu.

Práve preto, napríklad Súdny dvor Európskej Únie v nedávnej prejudiciálnej otázke *PMÚ v. Slovenská sporiteľňa C-68/12* z Najvyššieho súdu SR v kontexte kartelovej dohody (čl. 101 ZFEÚ) uviedol, že cieľom súťažného práva „*je nielen ochrana záujmov účastníkov hospodárskej súťaže alebo spotrebiteľov, ale aj ochrana štruktúry trhu a tým hospodárskej súťaže ako takej*“. Vychádzajúc z toho následne SDEÚ uzavrel, že „*je úlohou orgánov verejnej moci a nie podnikov alebo združení súkromných podnikov, aby zabezpečili dodržiavanie právnych predpisov*“, a preto odmietol legitimizovať nutnou obranou kartel, ktorého cieľom je vylúčiť nekalú súťaž na trhu.

Obdobné musí platiť o výklade ustanovení o nekalej súťaži (§ 44 a nasl. ObchZ) v kontexte § 6 ObčZ. Preto aj keď by jeden súťažiteľ (poskytovateľ) odpovedal protiprávnou praktikou (nekalým blokovaním služieb) na protiprávnu súťaž zo strany iného podnikateľa (napr. podnikateľa bez licencie), v rámci dovolenej nutnej obrany (§ 6 ObčZ), táto praktika prvého súťažiteľa ostane rovnako protiprávna, minimálne vo vzťahu k spotrebiteľom, ktorí sú ňou dotknutí⁹. Nutná obrana totiž **nemôže smerovať voči inej osobe ako tej, ktorá koná protiprávne**. Spotrebiteľ tak nemôže byť rukojemníkom konfliktu dvoch súťažiteľov, ktorí navzájom konajú nekalo. Ak nutná obrana nemá negatívny dopad na spotrebiteľa, jej uplatnenie môže byť v poriadku (narozdiel od kartelu).

9 To isté platí aj o iných skutkových okolnostiach, ktoré nie sú okolnosťami vylučujúcimi protiprávnosť, ale len neutralizujú nekalosť v rámci skutkovej podstaty nekalej súťaže, ako napríklad nemecký koncept *Abwehreinwand* (pozri napr. Droste, *Abwehr im Wettbewerb*, WuW 1954, 507; Erichsen, *Die Rechtsgrundlage des Einwands der Abwehr im Wettbewerb und die Grenzen seiner Anwendbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, GRUR 1958, 425; Walter, *Das Institut der wettbewerblichen Abwehr*, 1986). K neprípustnosti zasiahnutia do záujmov iných v tejto konštrukcii pozri BGH GRUR 83, 335, 336 – *Trainingsgerät*; BGHZ 111, 188, 191 = GRUR 90, 685, 686 f – *Anzeigenpreis I*; BGH GRUR 08, 530 – *Nachlass bei der Selbstbeteiligung*. Navyše aj v týchto prípadoch sa požaduje aby takouto obranou neboli sledované iné účely ako skutočne nevyhnutná obrana (BGH GRUR 1962, 45, 48 – *Betonzusatzmittel*; GRUR 1971, 259, 161)