



Český telekomunikační úřad

se sídlem Sokolovská 219, Praha 9

poštovní přihrádka 02, 225 02 Praha 025

Praha 13.7.2018

Čj. ČTÚ-35 524/2017-603

Na základě rozkladu, který podala dne 17. 5. 2017 obchodní společnost **O2 Czech Republic a.s.**, IČO 601 93 336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, podle § 152 odst. 1 a násl. zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „*správní řád*“), proti rozhodnutí Českého telekomunikačního úřadu, odboru kontroly a ochrany spotřebitele, ze dne 2. 5. 2017, čj. ČTÚ-105 614/2016-620/IV vyř. – ToJ, ve věci uložení pokuty podle § 24 odst. 14 písm. d) zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění účinném do 31. 12. 2016 (dále jen „*zákon o ochraně spotřebitele*“), za správní delikt podle § 24 odst. 1 písm. a) téhož zákona, vydávám podle § 23 odst. 15 a § 24b odst. 5 zákona o ochraně spotřebitele a podle § 108 odst. 2 a § 123 odst. 1 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „*zákon o elektronických komunikacích*“) a po projednání v rozkladové komisi ustavené podle § 152 odst. 3 správního řádu, toto

rozhodnutí:

- I. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu se výrok I. rozhodnutí Českého telekomunikačního úřadu, odboru kontroly a ochrany spotřebitele, ze dne 2. 5. 2017, čj. ČTÚ-105 614/2016-620/IV vyř. – ToJ mění tak, že nově zní:

„Účastník řízení, kterým je společnost O2 Czech Republic a.s., se sídlem Za Brumlovkou 266/2 Praha 4, PSČ 140 00, IČO 601 93 336 (dále jen „účastník řízení“ nebo „O2“), tím, že v době od 8. 8. 2016 do 31. 12. 2016 jím vybraným spotřebitelům, kteří v dané době využívali účastníkem řízení poskytovanou předplacenou mobilní hlasovou službu, znemožnil užívat jimi objednané tarify a bez jejich souhlasu jim aktivoval tarify O2 PředplaDENka, tj. tarif DEN VOLÁNÍ nebo DEN VOLÁNÍ + SMS, za jejichž využívání účtoval cenu, užil agresivní obchodní praktiku specifikovanou v příloze č. 2 písm. f) zákona o ochraně spotřebitele, spočívající ve vyžadování platby za služby, které spotřebitelům

dodal, ačkoliv tito si je neobjednali, čímž porušil zákaz užití nekalé obchodní praktiky stanovený § 4 odst. 4 zákona o ochraně spotřebitele. Popsaným jednáním tak účastník řízení spáchal správní delikt podle § 24 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele.“

- II. Podle § 90 odst. 5 správního řádu se rozklad ve zbytku zamítá a napadené výroky II. a III. rozhodnutí Českého telekomunikačního úřadu, odboru kontroly a ochrany spotřebitele, ze dne 2. 5. 2017, čj. ČTÚ-105 614/2016-620/IV vyř. – ToJ, se potvrzují.

Odůvodnění:

Na začátku července roku 2016 sdělila obchodní společnost O2 Czech Republic a.s., IČO 601 93 336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 (dále jen „účastník“) postupně celkem 28.669 zákazníkům využívajícím předplacenou mobilní hlasovou službu, že budou zařazeni do pilotního provozu nově zaváděných tarifů O2 PředplaDENka (dále také jako „pilot“ nebo „pilotní provoz“). Oznámení bylo zákazníkům doručeno formou SMS zprávy, a to v jednom z následujících znění:

Pro tarif DEN VOLÁNÍ: „Otestujte s nami super novinku. Jako první si od srpna vyzkousíte neomezené volání do všech sítí jen za 20 Kč na den. Neomezené volání až do půlnoci si vždy zapnete prvním zavoláním. Platíte jen za dny, kdy voláte. Cena SMS je 2 Kč. Nemáte-li zájem, pošlete do konce července SMS ve tvaru NE na: 999 167. Presně datum začátku Vám včas oznamíme. V testování máte garanci výhodnější ceny. Více na www.o2.cz/predpladenka Vase O2.“

Pro tarif DEN VOLÁNÍ + SMS: „Otestujte s nami super novinku. Jako první si od srpna vyzkousíte neomezené volání a SMS do všech sítí jen za 25 Kč na den. Neomezené volání a SMS až do půlnoci si vždy zapnete prvním zavoláním nebo zprávou. Platíte jen za dny, kdy voláte nebo smskujete. Nemáte-li zájem, pošlete do konce července SMS ve tvaru NE na: 999 167. Presně datum začátku Vám včas oznamíme. V testování máte garanci výhodnější ceny. Více na www.o2.cz/predpladenka Vase O2.“

Do pilotního provozu, který probíhal od 8. 8. 2016 do konce roku 2016, byli zařazeni ti oslovení zákazníci, kteří svou účast do konce července roku 2016 výslovně neodmítli, a to prostřednictvím SMS v předepsaném tvaru zasláné účastníkovi. Celkově bylo do pilotního provozu zařazeno 22.617 zákazníků účastníka (část z toho spotřebitelů).

Ode dne zařazení do pilotního provozu, jímž byl den 8. 8. 2016 či pozdější den, který byl zákazníkovi účastníkem sdělen, došlo u každého ze zákazníků pilotního provozu k deaktivaci tarifu, který měl se společností O2 dopsud sjednán a k aktivaci tarifu DEN VOLÁNÍ, nebo DEN VOLÁNÍ + SMS. Na zákazníka se nově vztahovaly Podmínky pilotního provozu tarifů O2 PředplaDENka, které po dobu trvání pilotního provozu tvořily doplněk

ceníku. Podle těchto podmínek se účastníci pilotního provozu podíleli na testování nastavení tarifů O2 PředplaDENka – DEN VOLÁNÍ a DEN VOLÁNÍ + SMS, jejichž podstatou je možnost na základě úhrady paušálního denního poplatku neomezeně využívat určité služby elektronických komunikací – volání na účastnická čísla v České republice se standardní tarifací, tzv. Internet pro zprávy a chat, který představuje mobilní přístup k síti internet s omezenou rychlostí odesílání a stahování dat (maximálně 32 kb/s) a v případě tarifu DEN VOLÁNÍ + SMS rovněž odesílání SMS zpráv do všech mobilních sítí a pevné sítě v České republice. K úhradě denního poplatku došlo vždy prvním využitím některé ze služeb elektronických komunikací, které jsou do něj zařazeny, a to automaticky, stržením příslušné částky z kreditu zákazníka. Účast v pilotním provozu trvala ode dne zařazení zákazníka do konce trvání pilotního provozu. K vyřazení před skončením pilotního provozu mohlo dojít na žádost zákazníka, která byla učiněna telefonicky nebo na prodejních místech účastníka řízení. K vyřazení na základě žádosti mělo dojít do 24 hodin od jejího obdržení.

Po skončení účasti v pilotu měl být zákazníkům opětovně aktivován tarif, který měli sjednaný před zařazením do pilotu. Jestliže o to zákazník do 30 dnů ode dne svého vyřazení z pilotního provozu požádal, vrátil mu účastník případný kladný rozdíl mezi částkou, kterou v 30 po sobě následujících dnech zpětně ode dne podání žádosti uhradil v rámci pilotního provozu tarifů O2 PředplaDENka a částkou, kterou by zaplatil dle podmínek tarifu, který měl původně sjednat.

Ve výše popsaném jednání, o kterém měl Český telekomunikační úřad, odbor kontroly a ochrany spotřebitele (dále jen „správní orgán I. stupně“) povědomí na základě kontroly vedené pod čj. ČTÚ-91 474/2016-620/IV.vyř.-PrJ a podkladů obdržených na základě výzvy čj. ČTÚ-83 138/2016-620/I-vyř.-ToJ, shledal správní orgán I. stupně znaky agresivní obchodní praktiky ve smyslu § 5b odst. 1 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně spotřebitele“), dále specifikovanou v příloze č. 2 písm. f) zákona o ochraně spotřebitele.

Na základě výše uvedené skutečnosti proto správní orgán I. stupně dne 11. 11. 2016 účastníka řízení vyrozuměl o zahájení správního řízení pro podezření ze spáchání správního deliktu dle § 24 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele. Předmětný delikt správní orgán I. stupně spatřoval v tom, že účastník po spotřebitelích požadoval platbu za služby poskytnuté v tarifu PředplaDENka, ačkoliv tito si je neobjednali. Oznámení o zahájení správního řízení bylo účastníku řízení doručeno dne 14. 11. 2016.

Dne 1. 12. 2016 účastník řízení využil svého práva a nahlédl do správního spisu. Následně dne 15. 12. 2016 se k věci vyjádřil, přičemž uvedl, že v souvislosti s pilotním provozem se nedopustil žádného správního deliktu. Účastník argumentoval zejména tím, že zařazením do pilotního provozu nedošlo ke změně stávajících tarifů, že byl zajištěn mechanismus pro zamezení účtování vyšších cen za odebrané služby, než kterou by byl

zákazník povinen hradit prostřednictvím svého původního tarifu, že změnu smluvních podmínek, k níž došlo v souvislosti s pilotním provozem tarifů O2 PředplaDENka, bylo možné sjednat na základě konkludentního souhlasu zákazníků a že z popisu skutku nevyplývá, že by společnost O2 dodala zákazníkům jakoukoliv službu, kterou si zákazníci neobjednali. Navíc, ve spise není založen žádný důkaz, že by do pilotního provozu byli zařazeni rovněž spotřebitelé.

Dne 6. 1. 2017 správní orgán I. stupně, v návaznosti na vyjádření účastníka řízení ze dne 15. 12. 2016, doplnil správní spis o kopii podání paní [REDAKCE] ze dne 7. 9. 2016. V uvedeném podání si paní [REDAKCE] stěžuje na aktivaci tarifu DEN VOLÁNÍ, k níž došlo dne 23. 8. 2016 na telefonním čísle užívaném její 90letou matkou. Účastník řízení byl o této skutečnosti vyrozuměn dne 9. 1. 2017.

Dne 13. 1. 2017 obdržel správní orgán I. stupně od účastníka žádost o doplnění správního spisu o spis evidovaný Úřadem pod čj. ČTÚ-111 196/2016-631. Tento spis je veden ve věci podnětu paní [REDAKCE] který byl správnímu orgánu doručen dne 28. 11. 2016. V tomto podnětu paní [REDAKCE] uvádí, že pravděpodobně v průběhu srpna roku 2016 došlo na telefonním čísle užívaném její babičkou k nevyžádané aktivaci některého z tarifů O2 PředplaDENka. Správní orgán I. stupně návrhu účastníka řízení na doplnění správního spisu vyhověl dne 6. 2. 2017, o čemž účastníka vyrozuměl.

Po posouzení obsahu spisu vydal dne 2. 5. 2017 správní orgán I. stupně rozhodnutí ČTÚ-105 614/2016-620/IV vyř. – ToJ, kterým shledal účastníka řízení odpovědným za správní delikt podle § 24 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele. Toho se měl účastník konkrétně dopustit tím, že v době od 8. 8. 2016 do 31. 12. 2016 jím vybraným spotřebitelům, kteří v dané době využívali účastníkem řízení poskytovanou předplacenou mobilní hlasovou službu, znemožnil užívat jimi objednané tarify a bez jejich souhlasu jim aktivoval tarify O2 PředplaDENka, tj. tarif DEN VOLÁNÍ nebo DEN VOLÁNÍ + SMS, za jejichž využívání účtoval cenu, čímž došlo k užití agresivní obchodní praktiky ve smyslu § 5b odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele, dále specifikovanou v příloze č. 2 písm. f) zákona o ochraně spotřebitele, a tím i k porušení zákazu stanoveného v § 4 odst. 4 zákona o ochraně spotřebitele. Za výše popsany správní delikt byla účastníkovi uložena sankce ve výši 2.000.000 Kč dle § 24 odst. 14 písm. d) zákona o ochraně spotřebitele. Dále byla účastníkovi uložena povinnost k náhradě nákladů správního řízení ve výši 1.000 Kč.

V odůvodnění správní orgán I. stupně uvedl, že účastník řízení spotřebitelům deaktivoval jejich dosavadní tarify a aktivoval některý z tarifů O2 PředplaDENka, čímž podstatným způsobem změnil vlastnosti poskytované služby. Služba, která byla spotřebitelům po jejich zařazení do pilotního provozu dodávána, proto nebyla shodná se službou, kterou jim účastník řízení dodával před jejich zařazením do pilotu, a kterou si

spotřebitelé u účastníka řízení objednali. Přesto účastník za tuto službu požadoval úhradu. Správní orgán I. stupně dále uvedl, že argumentace účastníka o udělení konkludentního souhlasu se změnou obsahu smlouvy není správná, neboť zákazníci nedisponovali dostatečnými informacemi o obsahu změny poskytované služby. Z tohoto důvodu nelze neodmítnutí účasti v pilotním provozu považovat za projev vůle být novými smluvními podmínkami vázán.

Správní orgán I. stupně dále uvedl, že garance finanční výhodnosti nového tarifu nebyla dostatečná, když bylo vyžadováno aktivní jednání zákazníka, a navíc byla tato garance poskytována pouze na omezený časový úsek. Garanci výhodnější ceny tak nelze považovat za mechanismus zaručující, že zákazníkům nemůže v souvislosti s účastí v pilotním provozu vzniknout škoda. K námitce, že nebylo prokázáno zařazení spotřebitelů do pilotního provozu, správní orgán I. stupně uvedl, že toto je zřejmé již z podmínek pilotního provozu, když dle uvedeného dokumentu je PředplaDENka určena pro běžné, osobní, využívání předplacených mobilních služeb ze strany jednotlivce – fyzické osoby. Nadto byl do spisu rovněž doložen konkrétní podnět spotřebitele, který si na zařazení do pilotního provozu stěžoval.

Z hlediska závažnosti spáchaného správního deliktu hodnotil správní orgán I. stupně jako zásadní zejména vysoký počet spotřebitelů, kteří mohli být nekalou obchodní praktikou účastníka řízení zasaženi a značnou délku trvání protiprávního jednání (pilotní provoz trval od 8. 8. 2016 do 31. 12. 2016). Rovněž pak zhodnotil, že nevyžádaná účast v pilotním provozu měla přímý dopad do majetkové sféry spotřebitelů. Správní orgán I. stupně přihlédl také ke skutečnosti, že účastník řízení se obdobného jednání dopustil v krátkém časovém odstupu od data, kdy byl rozhodnutím správního orgánu čj. ČTÚ-53 515/2015-620, jež nabylo právní moci 26. 7. 2016, shledán vinným ze spáchání totožného správního deliktu.

Na druhou stranu, jako polehčující okolnost správní orgán I. stupně zohlednil, že účastník vyvinul snahu o zmírnění ekonomických dopadů svého jednání zavedením tzv. garance výhodnější ceny.

Proti výše uvedenému rozhodnutí podal účastník dne 17. 5. 2017 blanketní rozklad, který následně dne 1. 6. 2017 doplnil. V rozkladu účastník uvádí, že z rozhodnutí není zřejmé, zda došlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Dle účastníka totiž výrok rozhodnutí neobsahuje dostatečný popis skutkových okolností případu a jejich jednoznačné podřazení pod zákonné znaky správního deliktu. Účastník zejména uvádí, že jak § 5b odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele, tak písm. f) přílohy č. 2 uvedeného zákona obsahují vícero skutkových podstat a z výroku není zcela zřejmé, k naplnění které mělo dojít a jakým způsobem.

Účastník dále uvádí, že správní orgán I. stupně chtěl své rozhodnutí patrně vystavět na domněnce, že účastník dodal zákazníkům služby, které si neobjednali. Účastník předně argumentuje tím, že službu elektronických komunikací nelze zákazníkovi poskytnout bez toho, že by si ji zákazník sám objednal, neboť funguje na principu vyžádání, což plyne rovněž z informačních SMS zaslaných zákazníkům. Uvedená skutečnost pak byla potvrzena rovněž v rozhodnutí Úřadu sp. zn. ČTÚ-79 271/2016-603. Dále účastník rozhodnutí vytýká, že zaměňuje pojmy „služba“ a „cena“. Poukazuje přitom na výrok rozhodnutí, kde je nejdříve zmíněna mobilní hlasová služba, ale následně se již mluví o tarifu jakožto ceně za službu. Účastník přitom zdůrazňuje, že zákon o elektronických komunikacích uvedené pojmy striktně rozlišuje. Upozorňuje rovněž, že pouhou změnou ceny nedochází ke změně služby, neboť cena službu nikterak necharakterizuje. Služby jsou totiž poskytovány stále ty samé (hlasové služby, internetové připojení atd.) i při změně tarifu. Tarif předplacenka není dle účastníka novou službou, nýbrž pouze výhodnějším zpoplatněním čerpaných služeb. Účastník dále zdůrazňuje, že napadené rozhodnutí se zabývá výhradně změnou ceny za poskytnuté služby, nikoliv změnou služby samotné. Změnou ceny ovšem nemohlo dojít k naplnění skutkové podstaty předmětného deliktu. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem účastník navrhuje, aby bylo rozhodnutí zrušeno a řízení zastaveno.

Správní orgán I. stupně neshledal důvod pro postup podle § 87 správního řádu (autoremedura), a v souladu s § 88 odst. 1 téhož zákona postoupil správní spis nadřízenému správnímu orgánu. Podle § 123 odst. 1 zákona o elektronických komunikacích, o rozkladu proti rozhodnutí správního orgánu I. stupně rozhoduje předseda Rady Českého telekomunikačního úřadu (dále jako „správní orgán II. stupně“).

Na základě rozkladu bylo napadené rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, posouzeno v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu z hlediska souladu s právními předpisy, a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popř. na jeho správnost, se nepřihlíží.

Podle § 2 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele, *je spotřebitelem fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání.*

Podle § 2 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně spotřebitele, *je prodávajícím podnikatel, který spotřebiteli prodává výrobky nebo poskytuje služby.*

Podle § 4 odst. 3 zákona o ochraně spotřebitele, *„nekalou obchodní praktikou se rozumí zejména klamavé konání podle § 5 nebo klamavé opomenutí podle § 5a a agresivní obchodní praktika podle § 5b. Obchodní praktiky, které se považují za nekalé za všech okolností, jsou uvedeny v příloze č. 1 a 2 tohoto zákona“.*

Podle § 4 odst. 4 zákona o ochraně spotřebitele, „užívání nekalé obchodní praktiky před rozhodnutím ohledně koupě, v průběhu rozhodování a po učinění rozhodnutí se zakazuje“.

Podle přílohy č. 2 písm. f) zákona o ochraně spotřebitele jsou obchodní praktiky vždy považovány za agresivní, pokud podnikatel „požaduje na spotřebiteli okamžitou nebo odloženou platbu za výrobky nebo služby, které mu dodal, ačkoli si je spotřebitel neobjednal nebo požaduje vrácení či uschování nevyžádaných výrobků, nejedná-li se o náhradní dodávku podle předem uzavřené smlouvy“.

Podle § 24 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele „výrobce, dovozce, vývozce, dodavatel, prodávající nebo jiný podnikatel se dopustí správního deliktu tím, že poruší zákaz používání nekalých obchodních praktik“. Za tento správní delikt se podle § 24 odst. 14 písm. d) zákona o ochraně spotřebitele uloží pokuta až do výše 5 000 000 Kč.

Správní orgán II. stupně shledává nezbytným připomenout, že od 1. 7. 2017 je v účinnosti zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále též jen „nový zákon o přestupcích“).

Dle ustanovení § 2 odst. 1 nového zákona o přestupcích platí, že „odpovědnost za přešupek se posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přešupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přešupku příznivější“.

Dle ustanovení § 112 odst. 1 nového zákona o přestupcích platí, že „na přešupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona hledí jako na přešupky podle tohoto zákona. Odpovědnost za přešupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se posoudí podle dosavadních zákonů, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona; podle tohoto zákona se posoudí jen tehdy, jestliže to je pro pachatele příznivější“.

Dle ustanovení § 112 odst. 3 nového zákona o přestupcích platí, že „na určení druhu a výměry sankce za dosavadní přešupky a jiné správní delikty se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona použijí ustanovení o určení druhu a výměry správního trestu, je-li to pro pachatele výhodnější“.

Dle ustanovení § 112 odst. 4 nového zákona o přestupcích platí, že „zahájená řízení o přešupku a dosavadním jiném správním deliktu, s výjimkou řízení o disciplinárním deliktu, která nebyla pravomocně skončena přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, se dokončí podle dosavadních zákonů“.

Správní orgán II. stupně dále konstatuje, že v průběhu správního řízení došlo i k novelizaci zákona o ochraně spotřebitele, nicméně skutková podstata předmětného správního deliktu, jakožto i výše pokuty, jíž je možno za tento správní delikt uložit, nebyly provedenými novelami nijak dotčeny, respektive nejsou pro účastníka řízení příznivější.

V souladu s obecně platnou zásadou, že trestnost činu se posuzuje, a trest se ukládá zásadně podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, jakožto i s výše citovanými ustanoveními nového zákona o přestupcích, rozhodoval tedy správní orgán II. stupně při vědomí skutečnosti, že pozdější právní úprava není pro účastníka řízení příznivější (když skutková podstata i výše pokuty za dané jednání nebyly nikterak měněny) dle zákona o ochraně spotřebitele, ve znění účinném do 31. 12. 2016.

Po seznámení se se spisem správní orgán II. stupně konstatuje, že rozklad účastníka řízení není důvodný. K uvedenému závěru dospěl na základě následující úvahy.

Předně nutno uvést, že skutkový stav věci pokládá správní orgán II. stupně za prokázaný, když výše uvedený popis fungování pilotního provozu, kterým měl být správní delikt spáchán, se opírá o výsledky kontroly vedené pod čj. ČTÚ-91 474/2016-620/IV.vyř.-PrJ a rovněž o podklady obdržené přímo od účastníka na základě výzvy čj. ČTÚ-83 138/2016-620/I-vyř.-ToJ. Nutno dodat, že pokud jde o skutková zjištění, účastník je nikterak nerozporuje a zpochybňuje pouze právní kvalifikaci svého jednání jakožto správního deliktu.

Správní orgán I. stupně deliktní jednání účastníka řízení shledal v tom, že tento *„v době od 8. 8. 2016 do 31. 12. 2016 jím vybraným spotřebitelům, kteří v dané době využívali účastníkem řízení poskytovanou předplacenou mobilní hlasovou službu, znemožnil užívat jimi objednané tarify a bez jejich souhlasu jim aktivoval tarify O2 PředplaDENka, tj. tarif DEN VOLÁNÍ nebo DEN VOLÁNÍ + SMS, za jejichž využívání účtoval cenu...“*.

Popsaným jednáním mělo dojít k užití agresivní obchodní praktiky ve smyslu § 5b odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele, dále specifikované v příloze č. 2 písm. f) zákona o ochraně spotřebitele, a tedy k porušení zákazu užití nekalé obchodní praktiky stanoveného § 4 odst. 4 zákona o ochraně spotřebitele, čímž byla naplněna skutková podstata správního deliktu dle § 24 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele.

Při posuzování toho, zda se účastník řízení dopustil užití nekalé praktiky, postupoval správní orgán I. stupně postupem nastíněným v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu čj. 7 As 110/2014-52 ze dne 23. 10. 2014, kde zmiňovaný Soud konstatoval následující: *„Správní orgán při určení, zda obchodní praktika představuje nekalou obchodní praktiku (ve smyslu zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu), nejprve zjišťuje, zda dotčená obchodní praktika naplňuje znaky některé z nekalých obchodních praktik uvedených v příloze č. 1 a č. 2 citovaného zákona, resp. v příloze I uvedené směrnice. Pokud obchodní praktika nespadá do výčtu nekalých obchodních praktik uvedených v příloze č. 1 a č. 2 citovaného zákona, posuzuje správní orgán, zda obchodní praktika představuje klamavou či agresivní obchodní praktiku dle § 5 a § 5a zákona o ochraně spotřebitele (články 5 až 9 uvedené směrnice). Konečně až poté, co správní orgán dospěje k závěru, že se nejedná o klamavou či agresivní obchodní praktiku, přistoupí*

k vyhodnocení otázky, zda dotčená obchodní praktika naplňuje znaky nekalé obchodní praktiky dle § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele (čl. 5 odst. 2 uvedené směrnice).“

Na tomto místě je patrně vhodné zdůraznit, že pokud je nějaké jednání podřaditelné pod praktiku uvedenou v příloze č. 1 nebo 2 zákona o ochraně spotřebitele, není již nutno dále zkoumat, zda naplňuje veškeré znaky nekalé obchodní praktiky uvedené v §§ 5, 5a a 5b nebo v generální klauzuli obsažené v § 4 odst. 1 uvedeného zákona. K tomuto závěru lze dospět výkladem § 4 odst. 3 věty druhé zákona o ochraně spotřebitele, dle které se obchodní praktiky, které jsou uvedeny v příloze č. 1 a 2 tohoto zákona, považují za nekalé za všech okolností.

Uvedená skutečnost pak plyne rovněž z judikatury, přičemž lze odkázat kupříkladu na rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 A 44/2013: *„Agresivní obchodní praktika je tedy formou nekalé obchodní praktiky (§ 4 odst. 3 zákona o ochraně spotřebitele), o agresivní obchodní praktiku však může jít i bez naplnění všech znaků generální klauzule nekalých obchodních praktik, a to tehdy, jsou-li splněny znaky podle § 5a odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele, a vždy, jde-li o jednání uvedené v příloze č. 2 zákona o ochraně spotřebitele...“.*

Z uvedeného tedy jednoznačně plyne, že pokud lze určité jednání podřadit pod některou skutkovou podstatu specifikovanou v příloze č. 1 nebo 2 zákona o ochraně spotřebitele, není pro účely posouzení delikttní odpovědnosti namístež zabývat se tím, zda účastník řízení jednal v rozporu s požadavky odborné péče, zda jeho jednání podstatně narušilo (nebo bylo způsobilé narušit) ekonomické chování spotřebitele (§ 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele), popřípadě zda došlo ke zhoršení svobody volby spotřebitele ve smyslu § 5b odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele. Takové jednání je totiž pokládáno za nekalou obchodní praktiku bez dalšího.

Správní orgán I. stupně výše popsané jednání účastníka podřadil pod definici agresivní obchodní praktiky uvedené pod písm. f) přílohy č. 2 zákona o ochraně spotřebitele. Dle uvedené definice je obchodní praktika vždy považována za agresivní, *„pokud prodávající požaduje na spotřebiteli okamžitou nebo odloženou platbu za výrobky nebo služby, které mu dodal, ačkoli si je spotřebitel neobjednal nebo požaduje vrácení či uschování nevyžádaných výrobků, nejedná-li se o náhradní dodávku podle předem uzavřené smlouvy“.*

Účastník ve svém rozkladu namítá, že výše citované ustanovení obsahuje popis dvou typů agresivní praktiky a z výroku není zřejmé, k naplnění které z nich mělo dojít. Účastník má pravdu, pokud tvrdí, že předmětné ustanovení obsahuje více jak jeden typ agresivní obchodní praktiky a výrok rozhodnutí by proto měl obsahovat označení konkrétní agresivní praktiky, která byla jednáním účastníka naplněna. Výše uvedené pochybení nicméně nelze pokládat za natolik závažné, že by snad mělo způsobit nezákonnost rozhodnutí.

Pod písmenem f) přílohy č. 2 zákona o ochraně spotřebitele lze najít definici dvou různých agresivních obchodních praktik. První spočívá v požadování okamžité nebo

odložené platby za výrobky nebo služby, které si spotřebitel neobjednal, druhá pak v požadování vrácení či uschování nevyžádaných výrobků, nejedná-li se o náhradní dodávku podle předem uzavřené smlouvy. Z popisu skutku, jak je vymezen ve výrokové části, je zcela jednoznačné, že mělo dojít k užití první z výše zmíněných praktik, naplnění definice druhé totiž popsaným jednáním vůbec nepřipadá v úvahu. Z popisu skutku je totiž jednoznačné, že účastník spotřebitelům aktivoval tarify O2 PředplaDENka (tedy poskytl službu, nikoliv výrobek), za jejichž užívání jim účtoval cenu (tedy požadoval platbu, nikoliv vrácení nebo uschování výrobku). Přesné vymezení skutkové podstaty je pak uvedeno jak v odůvodnění rozhodnutí (viz str. 11), tak ve vyrozumění o zahájení řízení. O tom, jaký druh agresivní praktiky byl shledán v jednání účastníka, tak není nejmenších pochyb. I přesto je nicméně vhodné tuto informaci do výroku doplnit.

Účastník rozhodnutí dále správnímu orgánu I. stupně vytýká, že účelově zaměňuje pojmy služba a cena, přičemž zdůrazňuje zejména užití výrazu tarif. S tímto názorem se správní orgán II. stupně neztotožňuje. Pojem tarif totiž není pouze synonymem pro sazbu, ale běžně je v prostředí elektronických komunikací užíván i ve významu poskytované služby, která je složena z dílčích služeb různých parametrů (volání, SMS, MMS, internet, atd..).

Uvedenou skutečnost lze doložit již z popisu tarifu PředplaDENka¹, ze kterého je zřejmé, že se jedná o mix služeb (volání, SMS, internet...) s jistými specifickými vlastnostmi (viz níže).

Odkázat lze rovněž na SMS zprávu ze dne 12. 8. 2016, kterou zaslal účastník jednomu ze svých zákazníků v souvislosti s aktivací tarifu PředplaDENka. V uvedené SMS (text SMS poskytl sám účastník ve vyjádření k čj. ČTÚ - 111 196/2016-631, jež je součástí spisu) stojí následující: „Dobry den, jsme radi, ze vyzkousite nasi novou sluzbu. Predpladenku Vam nastavime nejpozdeji 18. 8....“. Tarif PředplaDENka byl pak jakožto nová služba vnímán rovněž ze strany spotřebitelů (viz stížnosti založené ve spise).

Pokud tedy správní orgán I. stupně v rozhodnutí užívá pojem tarif, činí tak ve významu komplexu poskytovaných služeb, nikoliv ceny za tyto služby. Tato skutečnost je z napadeného rozhodnutí zcela jednoznačně patrná.

Nelze souhlasit ani s názorem, že změnou tarifu dochází pouze ke změně způsobu účtování, a nikoliv ke změně obsahu poskytované služby. O pouhé změně ceny by šlo mluvit výhradně v případě, že nastavení služeb by novou cenou nedoznalo žádných změn. Již při pouhé změně způsobu účtování lze mluvit o změně služby, neboť i způsob tarifikace je nepochybně jednou z charakteristik služby. Evidentně se jedná o rozdíl, pokud je volání zpoplatněno po sekundách, minutách nebo – jako v případě tarifu PředplaDENka – po kalendářních dnech.

V posuzovaném případě ovšem nedošlo k pouhé změně ceny, případně způsobu jejího účtování, ale rovněž ke změně základních vlastností doposud poskytovaných služeb.

¹ <https://www.o2.cz/osobni/predplacena-karta/#d540392>

Mobilní hlasová služba, která byla spotřebitelům před jejich zařazením do pilotního provozu poskytována, zahrnovala volání, odesílání SMS a MMS z mobilní sítě O2 na účastnická čísla v České republice a možnost volání do tzv. hlasové schránky. Internet byl dostupný po aktivaci některého z internetových balíčků (75 MB, 400 MB, 1,5 GB nebo 5 GB mobilního internetu). Po zařazení do pilotního provozu byl soubor služeb elektronických komunikací, který mohli spotřebitelé v rámci mobilní hlasové služby využívat, rozšířen o mobilní přístup k síti internet s omezenou rychlostí stahování a odesílání dat (tzv. Internet pro zprávy a chat). Poskytovaná služba tak byla co do rozsahu částečně rozšířena, a tudíž nepochybně změněna. Změnu pak lze pozorovat rovněž v kompatibilitě základních a doplňkových služeb, když k tarifům PředplaDENka nelze aktivovat veškeré internetové balíčky, ale pouze balíček 500 MB mobilního internetu. I kompatibilitu služby s jinými službami přitom nutno chápat jako její vlastnost. S ohledem na výše uvedené je tak nepochybné, že změnou původního tarifu na tarif PředplaDENka došlo ke změně poskytované služby.

Pro doplnění pak nutno poznamenat (zejména s ohledem na jednu z rozkladových námitek účastníka), že obdobný popis změny poskytované služby byl obsažen již v napadeném rozhodnutí, a není tudíž pravdou, že by správní orgán I. stupně změnu služby ztotožnil s pouhou změnou ceny za poskytovanou službu.

Nyní je namístě zabývat se otázkou, zda ke změně poskytované služby došlo v souladu se zákonem, nebo nikoliv.

Změnu smlouvy o poskytování služeb elektronických komunikací lze učinit buď dohodou smluvních stran, nebo za splnění určitých okolností i jednostranně.

Jednostranná změna smlouvy je upravena v § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích, přičemž jedním z předpokladů změny smlouvy tímto způsobem je to, že podnikatel poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací nejméně 1 měsíc před nabytím účinnosti změny smlouvy uveřejní informaci o této změně v každé své provozovně a způsobem umožňujícím dálkový přístup. Zároveň je podnikatel povinen informovat zákazníky o uveřejnění. V daném případě nebylo zjištěno, že by účastník postupoval výše nastíněným postupem, k jednostranné změně smlouvy proto nemohlo dojít již z tohoto důvodu.

Pokud jde o dvoustrannou dohodu o změně smlouvy, tato dle správního orgánu II. mezi účastníkem a spotřebitelem uzavřena nebyla. Smlouvu lze sice uzavřít jak na základě výslovného souhlasu, tak mlčky, zde ovšem pouze za předpokladu, že nevýslovný projev, s přihlédnutím ke všem okolnostem případu, vylučuje pochybnosti o tom, jaká vůle je tímto způsobem projevoována (viz např. rozhodnutí Nejvyššího soudu 21 Cdo 4569/2008). V daném případě ovšem nelze z ničeho dovodit, že by spotřebitelé, kterým byl návrh

účastníka doručen, na tento nereagovali právě z důvodu, že jej akceptují. Stejně tak jej mohli ignorovat nebo se s ním ani nemuseli seznámit (např. pokud měli delší dobu vypnutý mobilní telefon nebo neumějí službu SMS obsluhovat - viz stížnost spotřebitele založená ve spise). Nadto, jak dovodil Městský soud v Praze v rozhodnutí sp. zn. 6 A 182/2016, „*souhlas je ve spotřebitelských smlouvách nutno projevit výslovně*“.

Vzhledem k výše uvedenému pak nutno konstatovat, že spotřebitelé se změnou obsahu smlouvy nevyslovili souhlas, a tudíž jim měla být nadále poskytována služba dle stávajících tarifů.

Účastník v průběhu řízení opakovaně argumentuje, že služby elektronických komunikací jsou poskytovány na vyžádání a nelze je zákazníkům vnutit. S uvedeným tvrzením se dá souhlasit pouze částečně. Je sice pravdou, že poskytnutí konkrétní služby musí být ze strany zákazníka nějakým způsobem iniciováno, nicméně není pravdou, že nemůže dojít k poskytnutí nevyžádané služby. Pokud totiž spotřebitel iniciuje poskytnutí služby (např. uskutečněním volání), poptává tím právě tu službu, kterou má mít aktivovanou na základě smlouvy. Pokud mu je ovšem dodána jiná služba, ohledně jejíhož poskytování předem nesdělil výslovný souhlas, zcela jistě se jedná o službu nevyžádanou. Nad rámec uvedeného pak nutno doplnit, že argumentaci rozhodnutím čj. ČTÚ-79 271/2016-603 nelze pokládat za pádnou, když uvedené rozhodnutí se zabývalo jiným skutkovým stavem (neakceptace výpovědi spotřebitele) a otázce nuceného poskytnutí služeb se věnuje spíše okrajově.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem tak lze uzavřít, že účastník tím, že jednostranně změnil vlastnosti poskytované služby, spotřebitelům poskytoval neobjednané služby.

K naplnění skutkové podstaty dle písm. f) věty první přílohy č. 2 zákona o ochraně spotřebitele je ovšem nezbytné nejen poskytovat nevyžádanou službu, ale rovněž za tuto službu požadovat úhradu. Tato podmínka byla také naplněna.

Jak je patrné z ceníku tarifů PředplaDENka², účastník za užívání služby požaduje úhradu ve výši 20/25 Kč za každý kalendářní den, kdy byla služba využita. Cena za kalendářní den se účtuje započítáním prvního hovoru, odesláním SMS nebo připojením k internetu.

S ohledem na výše uvedené tak lze uzavřít, že poskytování služby PředplaDENka spotřebitelům, kteří si ji neobjednali, a následné požadování úhrady za tuto službu, je agresivní obchodní praktikou dle písm. f) věty první přílohy č. 2 zákona o ochraně spotřebitele.

² https://www.o2.cz/osobni/219208-cenik_predplacenyh_sluzeb/493750-o2_predpladenka.html

Z obsahu spisu je patrné, že účastník se uvedené praktiky dopustil vůči dvěma konkrétním spotřebitelům. S ohledem na rozsah pilotního provozu (zařazeno celkem 22.617 zákazníků) a s přihlédnutím ke skutečnosti, že služba PředplaDENka je určena pro osobní potřebu fyzických osob³, je nicméně zcela nepochybné, že spotřebitelů, vůči kterým byla agresivní praktika použita, jsou řádově tisíce.

Snad jen pro připomenutí lze uvést, že v souladu s judikaturou Soudního dvora Evropské Unie, zejména rozsudkem Soudního dvora ze dne 16. dubna 2015, sp. zn. C-388/13 (Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság vs. UPC Magyarország kft.) je za obchodní praktiku ve smyslu směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách na vnitřním trhu (a tedy i ve smyslu zákona o ochraně spotřebitele), považováno i jednání či opomenutí obchodníka směřující již jen vůči jedinému spotřebiteli.

Odpovědnosti za výše uvedený správní delikt nezbavuje účastníka řízení ani skutečnost, že součástí pilotního provozu byla rovněž tzv. garance výhodnější ceny. Uvedená garance totiž nic nemění na skutečnosti, že spotřebitelům byla poskytována nevyžádaná služba, za kterou byla požadována úhrada. Garanční systém tak může být brán v potaz pouze v otázce hodnocení závažnosti správního deliktu, což i správní orgán I. stupně učinil.

Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem tak lze uzavřít, že správní orgán II. stupně pokládá za prokázané, že účastník jednostrannou změnou tarifů předplacených karet začal spotřebitelům poskytovat neobjednanou službu, za kterou požadoval úhradu. Tímto došlo k použití agresivní obchodní praktiky definované v písm. f) věty první přílohy č. 2 zákona o ochraně spotřebitele a tím i ke spáchání správního deliktu dle § 24 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele.

Ačkoliv je výrok I. věcně správný, s ohledem na drobné, výše již uvedené pochybení správního orgánu I. stupně, je namístě tento postupem dle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu částečně změnit, a to tak, že zde nově bude obsažena přesná informace, jaký typ agresivní obchodní praktiky specifikovaný ve větě první písm. f) přílohy č. 2 zákona o ochraně spotřebitele účastník svým jednáním použil. Současně byl z důvodu přehlednosti z výroku odstraněn odkaz na § 5b výše uvedeného zákona, když tento je zcela nadbytečný, neboť jak bylo vysvětleno výše, praktika uvedená v příloze č. 2 zákona o ochraně spotřebitele je agresivní bez dalšího.

Pokud jde o výši uložené pokuty a její zdůvodnění, i zde se správní orgán II. stupně ztotožňuje s právním názorem vyjádřeným v napadeném rozhodnutí.

³ https://www.o2.cz/osobni/219208-cenik_predplacenych_sluzeb/493750-o2_predpladenka.html

Správní orgán I. stupně při ukládání pokuty zohlednil všechny skutečnosti, které jsou pro závažnost předmětného správního deliktu relevantní – rozsah a délku trvání deliktního jednání, dopad do majetkové sféry některých spotřebitelů jakož i to, že účastník se obdobného jednání již v nedávné minulosti dopustil. Kromě výše vyjmenovaných přitěžujících okolností pak byla zohledněna rovněž okolnost polehčující, a sice, že součástí pilotního programu byl rovněž garanční systém.

Účastník se k odůvodnění výše pokuty blíže nevyjadřuje, jedinou skutečnost, kterou v rámci svého rozkladu částečně zpochybnil, je ta, že bylo zasaženo do majetkových poměrů spotřebitelů.

Po posouzení uvedené námitky nutno konstatovat, že není důvodná. Již sám účastník řízení předpokládal, že jeho jednáním bude docházet k zásahu do majetkových poměrů některých zákazníků zařazených do pilotu, na což reagoval zavedením garance výhodnější ceny. Tato garance ovšem nemohla s ohledem na své podmínky odstranit veškeré ekonomické ztráty spotřebitelů, které jim v souvislosti se zařazením do pilotního provozu vznikly. Jednak proto, že garance byla časově ohraničena (na 30 kalendářních dnů zpětně od doručení žádosti o vyrovnání, přičemž pilot trval několik měsíců) a jednak z důvodu, že garance byla podmíněna aktivním jednáním spotřebitelů, kteří navíc o podmínkách garance ani neměli bližší informace a museli si je nejprve dohledat na internetových stránkách účastníka. S ohledem na skutečnost, že garance výhodnější ceny nebyla ze strany účastníka uplatňovaná automaticky a za celé období účasti spotřebitelů v pilotu, lze souhlasit s tvrzením správního orgánu I. stupně, že účast v pilotu měla dopad do ekonomické sféry spotřebitelů, když ne všem spotřebitelům, pro kterých byl nový tarif nevýhodný, se dostalo plné kompenzace zvýšených nákladů.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti tak správní orgán II. stupně uzavírá, že uložená pokuta je řádně odůvodněná a její výše odpovídá závažnosti správního deliktu.

Závěrem nezbývá než dodat, že správní orgán II. stupně (stejně jako správní orgán I. stupně) posuzoval odpovědnost účastníka za správní delikt jakož i otázku druhu a výměry sankce dle zákona platného v době spáchání správního deliktu, když k užití novější právní úpravy nebyl v projednávaném případě žádný důvod, neboť tato nebyla pro pachatele výhodnější.

Otázka odpovědnosti za spáchání správního deliktu nedoznala žádné změny (jednání účastníka nadále naplňuje veškeré pojmové znaky správního deliktu – protiprávnost, škodlivost, zákonné vyjádření skutkové podstaty, objekt, objektivní stránku, subjekt, subjektivní stránku, trestnost), nová právní úprava odpovědnosti za správní delikt tak není pro pachatele příznivější a není důvod ji aplikovat.

Pokud jde o otázku, zda při určení druhu a výměry sankce nezvolit novou právní úpravu, ani na tuto nelze odpovědět kladně. Nová právní úprava sice obsahuje instituty, jejichž užití může být pro pachatele správního deliktu v obecné rovině příznivější, v posuzovaném případě tomu tak ovšem není. Výhodnost aplikace té které normy nelze totiž vyhodnotit mechanicky jen na základě porovnání druhů trestů a zákonného rozpětí sazeb, ale je potřeba ji hodnotit skrze konkrétní případ. V uvedené souvislosti lze poukázat i na rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 9 Tz 70/98, v němž uvedený soud konstatoval, že *„Při rozhodování o tom, zda má být použita z hlediska trestnosti činu úprava podle zákona platného a účinného v době spáchání činu nebo úprava podle pozdějšího zákona nelze vycházet z hypotetických variant, ale z konkrétního případu. Při řešení otázky, kterého zákona má být použito, nelze vycházet z toho, zda ten který zákon je obecně mírnější, nýbrž z toho, zda při posuzování konkrétního případu, tedy po posouzení skutkového stavu věci ze všech hledisek významných pro otázku trestnosti, bude na tom pachatel lépe, bude-li jeho čin posouzen podle zákona pozdějšího.“*

V daném případě je správní orgán II. stupně přesvědčen, že aplikací novější právní úpravy týkající se výměry a druhu sankce nelze pro účastníka docílit příznivějšího výsledku. Vzhledem k povaze a závažnosti spáchaného správního deliktu totiž prakticky nelze uvažovat o tom, že by v projednávaném případě bylo možno využít některý z institutů nového zákona o přestupcích, který by vedl k mírnějšímu trestu. Pokud jde kupříkladu o trest napomenutí, tento by v daném případě s ohledem na závažnost spáchaného správního deliktu nebylo možné pokládat za dostatečný k naplnění veškerých funkcí trestu (sankce, výchova, prevence). Rovněž tak nelze užít ani institutu mimořádného snížení výměry pokuty, neboť zákon o elektronických komunikacích neobsahuje minimální dolní hranici (a logicky tedy není možné snížit zákonnou sazbu pod 0 Kč). Správní orgán II. stupně rovněž neshledal, že by zde byly okolnosti, které by odůvodňovaly užití institutu podmíněného upuštění od uložení správního trestu nebo upuštění od uložení správního trestu, neboť pouhé projednání případu za daných skutkových okolností nepokládá za dostatečné.

Nutno dodat, že za příznivější pro pachatele nelze pokládat ani novou úpravu polehčujících a přitěžujících okolností (§ 37–39 nového zákona o přestupcích), když rozsah skutečností, ke kterým je správní orgán povinen přihlédnout, zůstal nezměněn. Obě úpravy totiž obsahují toliko demonstrativní výčet a dle obou je povinností správního orgánu přihlédnout ke všem skutečnostem, které jsou pro povahu a závažnost deliktu stěžejní.

Vzhledem k výše uvedenému lze uzavřít, že v projednávaném případě právní úprava obsažená v novém zákoně o přestupcích není pro účastníka řízení v ničem příznivější.

Ze všech shora uvedených důvodů správní orgán II. stupně podle § 123 odst. 1 zákona o elektronických komunikacích rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 5 správního řádu nelze odvolat.

Ing. Mgr. Jaromír Novák
předseda Rady
Českého telekomunikačního úřadu