



Český telekomunikační úřad

ODBOR PRO OBLAST PRAHA se sídlem Sokolovská 219, Praha 9
poštovní přihrádka 02, 225 02 Praha 025

Číslo jednací
ČTÚ-31 651/2023-631/l. vyř. - RaK

Praha 9
14.08.2023

Český telekomunikační úřad jako příslušný správní orgán podle § 10 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád"), podle § 60 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen "zákon o přestupcích"), a podle § 120 odst. 1 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích dále též jen „ZEK“), ve znění pozdějších předpisů, vydává, podle § 150 odst. 1 správního řádu a podle § 90 odst. 1 zákona o přestupcích, tento

příkaz:

I. Obviněný z přestupku, kterým je **netpromotion group s.r.o., IČO 039 03 907, se sídlem Vodičkova 791/41, Nové Město, 11000 Praha 1 (dále jen „obviněný“)**, se uznává vinným ze spáchání přestupku podle § 118 odst. 1 písm. j) zákona o elektronických komunikacích, kterého se dopustil tím, že prostřednictvím telefonního hovoru trvajícím 272 vteřin uskutečněného z tel. čísla [REDAKCE] na tel. číslo [REDAKCE] ze dne 28. 2. 2023, ve 12:39 hod obtěžoval marketingovou reklamou týkající se nabídky úpravy webové stránky.

II. Za přestupek uvedený ve výroku I. se podle § 118 odst. 26 písm. c) zákona o elektronických komunikacích ukládá pokuta ve výši **20 000,00 Kč**, splatná do 30 dnů ode dne nabytí právní moci tohoto příkazu na účet vedený u České národní banky, číslo účtu 3754-725001/0710, pod variabilním symbolem 6000316513.

Odůvodnění:

Kontrolní orgán obdržel dne 28. 2. 2023 podnět stěžovatele evidovaný pod č.j. ČTÚ-11 028/2023-631. Stěžovatel uvedl, že mu společnost aktivně nabízí služby úpravy webových stránek, aniž by se někde registroval nebo s telemarketingem souhlasil. Stěžovatel tvrdí, že se jedná o [REDAKCE]. Z podkladů doložených stěžovatelem vyplývá, že ve výpisu hovorů existují dva záznamy o hovorech ze dne 28. 2. 2023, a to v 9:48 hod a 12:39 hod. Z doložených podkladů (audionahrávka) dále vyplývá, že dne 28. 2. 2023 ve 12:39 hod stěžovatel přijal nevyžádaný hovor za účelem nabídky úpravy webových stránek a na to navazující zprostředkování schůzky, který byl uskutečněn z tel. čísla [REDAKCE]. Hovor trval dle záznamu mobilního telefonu 4:30 min. Správní orgán věc prošetřil u poskytovatele volajícího [REDAKCE] a tato u výše uvedeného tel. čísla ztotožnila účastníka řízení. Tento zároveň potvrdil personální a majetkové propojení se subjektem [REDAKCE]. Dále bylo předloženo podrobné záznamy hovorů telefonního čísla [REDAKCE] ze dne

28.02.2023 potvrzeno, že tohoto dne došlo k telefonickému kontaktu v 11:39 hod z telefonního čísla [REDAKCE] na telefonní číslo [REDAKCE] s dobou trvání 272 sekund.

Na základě výše uvedeného správní orgán dospěl k závěru, že zahájí kontrolu obviněného, jejímž předmětem bylo dodržování zákazu uvedeného v ust. § 96 odst. 1 ZEK, který vyslovuje zákaz prostřednictvím sítí nebo služeb elektronických komunikací nabízet marketingovou reklamu nebo jiný obdobný způsob nabídky zboží nebo služeb účastníkům nebo uživatelům, kteří ve veřejném seznamu podle ust. § 95 odst. 1 písm. b) nebo § 95 odst. 2 ZEK neuvedli, že si přejí být kontaktováni za účelem marketingu, dále kontrola dodržování zákazu uvedeného v ust. § 96 odst. 2 ZEK, kterým je zakázáno využívat účastnické seznamy podle ust. § 95 ZEK, síť nebo službu elektronických komunikací pro účely přímého marketingu prostřednictvím automatických systémů volání bez lidské účasti (automatická volací zařízení), faksimilních přístrojů nebo elektronické pošty, nedal-li k tomu dotčený účastník nebo uživatel předem souhlas a dále kontrola dodržování zákazu vyplývajícího z § 118 odst. 1 písm. j) ZEK tedy prostřednictvím sítí nebo služeb elektronických komunikací neobtěžovat marketingovou reklamou nebo jiným obdobným způsobem nabídky zboží nebo služeb.

Z vyjádření obviněného ze dne 29. 5. 2023 je zřejmé, že telefonní číslo [REDAKCE] si neopatřil z žádného veřejného účastnického seznamu. Toto číslo označuje jako veřejně dostupné tel. číslo právnické osoby [REDAKCE] které je dostupné také na webovém odkazu:

[REDAKCE] ze kterého došlo k čerpání tel. čísla.

Z kontrolního závěru uvedeného v protokolu o kontrole č. 2305-131-00/K3 (dále též jen „protokolu“) mj. dále vyplynulo, že kontrolovanou osobu nepojí s majitelem volaného tel. čísla žádná obchodní minulost, na základě které by bylo možné danou osobu kontaktovat a dále skutečnost, že kontrolovaná osoba nedisponuje individuálním souhlasem s kontaktováním za účelem marketingu a jedná se o nevyžádaný hovor.

Obviněný podal proti kontrolnímu protokolu námitky dne 26. 6. 2023, které byly zamítnuty dne 21. 7. 2023.

Podle § 118 odst. 1 písm. j) zákona o elektronických komunikacích *Právnická nebo podnikající fyzická osoba se dopustí přestupku tím, že prostřednictvím sítí nebo služeb elektronických komunikací obtěžuje marketingovou reklamou nebo jiným obdobným způsobem nabídky zboží nebo služeb.*

K výroku I. správní orgán uvádí následující.

Z doložených podkladů (vyjádření poskytovatele obviněného ze dne 15. 3. 2023 vč. doložení podrobného výpisu doloženého v rámci šetření podnětu č.j. ČTÚ-11 028/2023-631) není pochyb, že obviněný *prostřednictvím sítí nebo služeb elektronických komunikací* využil tel. číslo [REDAKCE] k uskutečnění hovoru na telefonní číslo [REDAKCE] který trval 272 sekund.

Správní orgán považuje za důležité vyhodnotit doloženou audionahrávku ze dne 28. 2. 2023 jako klíčový důkaz svědčící o skutečnosti, že se ze strany obviněného jednalo o kontaktování stěžovatele za účelem marketingu. Tuto skutečnost lze vyhodnotit zejména z následujícího.

Operátorka po představení na úvod sděluje, že na webové stránce [REDAKCE] chybí stěžovateli dva bezpečnostní prvky. Po konfrontaci se stěžovatelem, kdy je operátorka dotazována na podrobnosti o společnosti, jejímž jménem jedná [REDAKCE] v nahrávce v čase 1:47 min zazní od operátorky informace, že klientům předá kontakt na svého kolegu. V čase 2:37 min operátorka potvrdí, že nabízí službu [REDAKCE] a tuto informaci opětovně potvrdí v čase 2:46 min na dotaz stěžovatele.

V čase 3:30 min zazní informace o sjednání obchodní schůzky. Na dotaz stěžovatele, zda se jedná o telemarketing, operátorka v čase 3:50 min tuto informaci potvrdí. Jako zdroj kontaktu uvádí „interní databázi“.

Správní orgán nejprve k obsahu hovoru uvádí, že posouzení „co lze považovat za kontaktování za účelem marketingu“ vypořádává společné výkladové stanovisko Českého telekomunikačního úřadu, Úřadu pro ochranu osobních údajů a Ministerstva průmyslu a obchodu [k dispozici např. zde: [File.ashx \(uoou.cz\)](File.ashx(uoou.cz))] na str. 6, kde se uvádí „...*Marketingem ve smyslu předmětné právní úpravy lze rozumět nabídku zboží nebo služeb nebo jinou propagaci podnikatelské činnosti kontaktujícího. Za kontaktování za účelem marketingu ve smyslu § 96 odst. 1 zákona o elektronických komunikacích lze tak považovat i případy kontaktování za účelem nabídky schůzky s možností nabídky zboží nebo služeb.*“ Vzhledem ke skutečnosti, že operátorka opakovaně potvrdila, že se jedná o nabídku úpravy webu a dále předání kontaktu kolegovi a sjednání schůzky je správní orgán toho názoru, že bylo spolehlivě prokázáno, že se o marketingovou nabídku jedná.

Správní orgán dále k otázce, zda byla tato marketingová nabídka obtěžující uvádí následující. První, kdo je marketingové reklamě vystaven, resp. kdo se s marketingovou reklamou setká, je její adresát. Z toho logicky vyplývá, že právě adresát, kterému je mark. reklama určena, je ten, kdo může subjektivně i objektivně vyhodnotit, zda je taková marketingová reklama obtěžující. V předmětném podnětu č.j. ČTÚ-11 028/2023-631 sám stěžovatel označil marketingové hovory jako nevyžádané a obtěžující (tímto bylo vyvráceno tvrzení obviněného, který v námitkách proti kontrolnímu protokolu uvedl, že stěžovatel neuvedl v podání obtěžující charakter volání). V případě, kdy by stěžovatel nepovažoval volání za obtěžující, lze si jen stěží představit, proč by vůbec zasílal podnět správnímu orgánu. To, že je to v první řadě adresát (účastník), kdo určuje, zda se jedná o obtěžující volání (ať už jde o marketing či jiné obtěžování), vyplývá nejen z ust. § 67 odst. 1 ZEK, ale také z důvodové zprávy k zákonu č. 374/2021 Sb., k bodu 239, tedy k ust. § 67 ZEK, kde se uvádí „*Toto ustanovení zajišťuje zvýšenou ochranu soukromí uživatelů služeb elektronických komunikací, tím, že umožňuje účastníkovi identifikovat účastnické číslo, z kterého byla uskutečněna zlomyslná nebo obtěžující komunikace.*“ Podle samotného znění § 67 odst. 1 ZEK stačí pro tyto účely účastníkovi pouze *označit* konkrétní komunikaci jako zlomyslnou nebo obtěžující. Z výše uvedeného jednoznačně vyplývá, že není sporu o tom, že skutečnost, zda je mark. reklama obtěžující či nikoliv, je na posouzení adresáta, a odpadá tak polemika nad výkladem pojmu „obtěžování marketingovou reklamou nebo jiným obdobným způsobem nabídky zboží nebo služeb“ a není třeba provádět zevrubné dokazování v tomto smyslu ze strany kontrolního orgánu.

Správní orgán dále zkoumal, zda na zmiňované webové stránce [redacted] a dále na webovém odkazu: [redacted]

[redacted] je obsažena informace, že si stěžovatel přeje být kontaktován za účelem marketingu, a to s negativním výsledkem. Dále je z doloženého vyjádření obviněného ze dne 12. 5. 2023 patrné, že neexistuje žádný oprávněný zájem [vyplývající z čl. 6 odst. 1 písm. f) NAŘÍZENÍ EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (známé též jako „GDPR“)], tedy např. obchodní minulost, na základě kterého by bylo možné stěžovatele kontaktovat.

Správní orgán dále považuje za důležité přidat následující právní úvahy o veřejném účastnickém seznamu podle § 95 odst. 1 písm. b) a odst. 2 ZEK a aplikace § 96 odst. 1 ZEK, kterými vypořádal námitky obviněného proti kontrolnímu protokolu.

Podle § 95 odst. 1 písm. b) zákona o elektronických komunikacích *Každý, kdo shromažďuje osobní údaje účastníků k vydání seznamu účastníků, jehož účelem je vyhledávání*

podrobného kontaktu o osobě na základě jejího jména nebo případně nezbytného minimálního množství dalších identifikačních prvků, je povinen získat předem souhlas účastníků s uveřejněním jejich osobních a identifikačních údajů a zajistit, aby účastníci měli možnost stanovit, které osobní údaje z rozsahu relevantního pro účely seznamu stanovenými vydavatelem mají být uvedeny ve veřejném seznamu; dále je povinen zajistit, aby účastníci měli možnost tyto údaje ověřovat a žádat jejich opravu a jejich odstranění. Současně je povinen zajistit, aby účastníci nebo uživatelé mohli u svých osobních údajů uvést, že si přejí být kontaktováni za účelem marketingu. Neuvedení ve veřejném seznamu účastníků, ověřování, opravení a odstranění osobních údajů ze seznamu a uvedení údaje, že si účastník nebo uživatel přeje být kontaktován za účelem marketingu, je bezplatné.

Podle § 95 odst. 2 zákona o elektronických komunikacích *Bude-li účel veřejného seznamu jiný, než je vyhledávání podrobného kontaktu o osobě na základě jejího jména nebo případně nezbytného minimálního množství dalších identifikačních prvků, je každý, kdo zamýšlí vydat takový seznam účastníků, povinen vyžádat si od dotčených účastníků další souhlas.*

Podle § 96 odst. 1 zákona o elektronických komunikacích *Je zakázáno prostřednictvím sítí nebo služeb elektronických komunikací nabízet marketingovou reklamu nebo jiný obdobný způsob nabídky zboží nebo služeb účastníkům nebo uživatelům, kteří ve veřejném seznamu podle § 95 odst. 1 písm. b) nebo § 95 odst. 2 neuvedli, že si přejí být kontaktováni za účelem marketingu.*

K aplikovatelnosti výše uvedených ustanovení zákona o elektronických komunikacích správní orgán uvádí, že nelze užít takový výklad, který uvádí, že se na marketingový hovor učiněný na předemné telefonní číslo ZEK neaplikuje, pokud na základě výše uvedeného lze vycházet z předpokladu, že zdrojem kontaktu nebyl veřejný seznam dle § 95 ZEK. Tento výklad vychází z ne zcela jednoznačně formulovaných pasáží Výkladového stanoviska („Telemarketing – výkladové stanovisko s odpověďmi na nejčastější dotazy veřejnosti“, dostupné např. na:

<https://www.ctu.cz/sites/default/files/obsah/ctunew/telekomunikace/telemarketing/vykladove-stanovisko-telemarketing-a-faq.pdf>, dále jen „Stanovisko“), a to např. z části A/B/b)/I. (s. 5), dle které se zákaz kontaktování za účelem marketingu vztahuje k veřejnému seznamu podle § 95 odst. 1 písm. b) nebo § 95 odst. 2 ZEK, a stanovisko v části C/A/6. Tento výklad (zdrojem kontaktu není veřejný seznam dle § 95 ZEK, tedy se neuplatní na takové kontaktování ZEK), vyplývá z částí C/B/5 (s. 12) a C/B/6 (s. 13) Stanoviska. To celé ve spojení s názorem, že zákaz uvedený v § 118 odst. 1 písm. j) ZEK má být užíván jako sankční ustanovení za porušení zákazu dle § 96 ZEK s ohledem na pasáž bodě C/B/9 Stanoviska, kde je uvedeno: „*Dozor nad plněním povinností podle § 96 odst. 1 zákona o elektronických komunikacích, ve znění zákona č. 374/2021 Sb., bude vykonávat Český telekomunikační úřad (k tomu srov. skutkové podstaty přestupků uvedených v § 118 odst. 1 písm. j) a § 119 odst. 1 písm. i) zákona o elektronických komunikacích.*“

Správní orgán předně uvádí, že co se týče veškerých citací ze Stanoviska, je nutné nejprve zdůraznit, že závěry v něm uvedené nelze považovat za závazný výklad právních předpisů, a to ani v případech, kdy ve vztahu k těmto předpisům vystupuje Český telekomunikační úřad v roli gestora. K závaznému výkladu právních předpisů jsou povolány v rámci daných zákonných zmocnění toliko soudy, resp. příslušné správní orgány, a to v rámci konkrétních správních řízení.

V případě, kdy je zdrojem kontaktu údaj uvedený na webových stránkách či na Facebookovém profilu, které nejsou veřejným účastnickým seznamem, nevztahují se na něj zákonná ustanovení týkající se veřejného účastnického seznamu, tedy § 95 a § 96 ZEK. Pouze tato ustanovení jsou onou „*předmětnou právní úpravou*“, kterou Stanovisko v odpovědi na otázku B5 zmiňuje [viz také úvodní část Stanoviska – „*Vymezení relevantní*

právní úpravy (zákona o elektronických komunikáciach, ve znění zákona č. 374/2021 Sb. a souvisejících předpisů), kde ustanovení § 118 odst. 1 písm. j) ZEK není nezahrnuto].

Je nutné brát v potaz skutečnost, že většinový postoj účastníků je takový, že si nepřejí být kontaktováni za účelem marketingu. Proto zákonodárce změnil legislativu tak, že na rozdíl od dosavadního přístupu, kdy účastník musel vyjádřit, že si nepřeje být kontaktován za účelem marketingu, jinak kontaktování toho konkrétního účastníka nebylo v rozporu se zákonem, se od 1. 7. 2022 tento přístup mění a lze kontaktovat pouze ty účastníky, kteří si přejí být kontaktováni. Předpokládá se, že pokud účastník aktivně nevysloví souhlas s kontaktováním za účelem marketingu, tento souhlas neexistuje a je na volajícím, aby si tento souhlas předem získal, pokud zamýšlí uskutečnit marketingové volání. V opačném případě se pak vystavuje riziku porušení § 118 odst. 1 písm. j) ZEK. Tento závěr plně koresponduje též s účelem novelizace a základními výkladovými východisky uvedenými ve Stanovisku.

Ustanovení § 96 odst. 1 ZEK a § 118 odst. 1 písm. j) ZEK je (stejně jako všechna jiná ustanovení právních předpisů obecně) nutné vykládat nejen jazykově, ale s přihlédnutím k jejich smyslu a účelu. V opačném případě by se ustanovení ohledně zákazu marketingu stala absolutně neúčinnými a správní orgán by z nedostatku zákonných pravomocí nemohl nikdy zasáhnout a případně sankcionovat protiprávní jednání.

V důvodové zprávě k bodu 236 zákona č. 374/2021 Sb., tedy k novému znění § 66 ZEK, se uvádí, že *„se navrhuje změna pojetí, kdy lze, resp. nelze, účastníka kontaktovat za účelem marketingu. Na rozdíl od dosavadního přístupu, kdy účastník musel vyjádřit, že si nepřeje být kontaktován za účelem marketingu, se navrhuje přenést aktivitu na ty účastníky, kteří o tento typ komunikace stojí (aktivně vyjádří souhlas stejně jako například v případě podmínek zákaznických či slevových karet), jinak tento kontakt nebude možný, resp. dovolený. Vůli účastníka nebýt obecně kontaktován za účelem marketingu lze sice spatřovat již v samotné skutečnosti, že si nepřeje být uveden v účastnickém seznamu, resp. aby jeho údaje byly pro tento seznam či poskytnutí informační služby o číslech vůbec předány, pro jednoznačnost a právní jistotu všech dotčených se však navrhuje toto omezení v zákoně výslovně uvést. Kontaktovat účastníka za účelem marketingu je tedy možné, pouze pokud je o něm v seznamu účastníků veden konkrétní záznam s informací o jeho přání být kontaktován za účelem marketingu“.*

Ustanovení § 96 odst. 1 ZEK je třeba vykládat také pomocí argumentu *a minori ad maius*, který znamená, že platí-li něco pro méně významnou skutečnost, tím spíše to platí pro skutečnost významnější. Je-li tedy zakázáno (prostřednictvím sítí nebo služeb elektronických komunikací) nabízet marketingovou reklamu nebo jiný obdobný způsob nabídky zboží nebo služeb účastníkům nebo uživatelům, kteří ve veřejném seznamu podle § 95 odst. 1 písm. b) nebo § 95 odst. 2 ZEK neuvedli, že si přejí být kontaktováni za účelem marketingu, tím spíše je to zakázáno ve vztahu k účastníkům nebo uživatelům, kteří v takovém veřejném seznamu nejsou uvedeni vůbec.

Uvedenému názoru svědčí i skutečnost, že zatímco do 31. 12. 2021 bylo přestupkem právnické osoby jednání definované jako využívání sítě nebo služby elektronických komunikací v rozporu s § 96 odst. 1 nebo 2 ZEK (v případě přestupku fyzické osoby se jednalo o přestupek tehdy, pokud v rozporu s § 96 odst. 1 nabídla marketingovou reklamu nebo jiný obdobný způsob nabídky zboží nebo služeb účastníkovi nebo uživateli, který uvedl, že si nepřeje být kontaktován za účelem marketingu), nová právní úprava již neodkazuje pouze na § 96, ale obecně považuje za přestupek, pokud právnická nebo fyzická osoba prostřednictvím sítí nebo služeb elektronických komunikací obtěžuje marketingovou reklamou nebo jiným obdobným způsobem nabídky zboží nebo služeb.

Výklad zastávaný obviněným, který uvedl v námitkách proti kontrolnímu protokolu by vedl k situaci, kdy by osobám uskutečňujícím marketingové hovory stačilo pouze konstatovat, že

zdrojem kontaktu nebyl veřejný účastnický seznam, a to by v souladu se zastávaným názorem automaticky znamenalo, že by se na volající osobu nevztahovala ani § 96 odst. 1 ZEK a došlo by tak k přímému obcházení ust. § 118 odst. 1 písm. j) ZEK. V praxi by se tak zcela minul účinkem zákonem zamýšlený záměr ochránit účastníky před nevyžádanou a obtěžující marketingovou reklamou a § 118 odst. 1 písm. j) ZEK by se tak stal zcela neúčinným. Neexistovalo by zde již žádné zákonné ustanovení, podle kterého by bylo možné nežádoucí jednání sankcionovat. Takový výklad by byl v přímém rozporu se záměrem zákonodárců eliminovat nevyžádané a obtěžující hovory za účelem marketingu.

Výklad, který uvádí, že se na marketingový hovor učiněný na předemtné telefonní číslo ZEK neaplikuje, pokud na základě výše uvedeného lze vycházet z předpokladu, že zdrojem kontaktu nebyl veřejný seznam dle § 95 ZEK by dále znamenal, že účastníkům, kteří právě proto, aby minimalizovali možnost, že budou obtěžováni marketingovými hovory (viz výše – *„vůli účastníka nebyť obecně kontaktován za účelem marketingu lze sice spatřovat již v samotné skutečnosti, že si nepřeje být uveden v účastnickém seznamu“*) nejsou uvedeni ve veřejném seznamu, by nebyla ochrana před takovým jednáním zákonem vůbec poskytována. Jediným způsobem, jak by tito účastníci mohli ochrany dosáhnout, je – paradoxně – nechat se zapsat do veřejného seznamu. Takový stav je na první pohled zcela v rozporu s účelem novelizace. Z uvedeného jednoznačně vyplývá, že ustanovení § 118 odst. 1 písm. j) ZEK nelze vázat pouze na případy uvedené v § 96 odst. 1 ZEK a brát v potaz pouze účastníky, kteří jsou uvedeni ve veřejném seznamu.

Správní orgán dále k problematice údajné provázanosti § 96 ZEK a § 118 odst. 1 písm. j) ZEK uvádí, že ani z odkazované důvodové zprávy k zákonu č. 374/2021 Sb., která k § 118 a § 119 uvádí, že *„v souvislosti s úpravou zákona o elektronických komunikacích se nově upravuje struktura přestupků, upravují se přestupky tak, aby odpovídaly nově použité terminologii, doplňují se přestupky k povinnostem, které ve stávajícím zákoně o elektronických komunikacích chyběly, čímž se tyto povinnosti staly nevymahatelné a doplňují se přestupky k novým povinnostem. Jedná se například přestupek při zneužití účastnického čísla, obtěžování marketingovou reklamou nebo porušení povinnosti při shromažďování osobních údajů účastníků k vydání seznamu účastníků“*, nelze dovodit, že ustanovení § 118 odst. 1 písm. j) je vázáno pouze na případy uvedené v § 96 odst. 1. Naopak, nové znění § 118 odst. 1 písm. j) lze považovat za projev *„úpravy přestupků tak, aby odpovídaly nově použité terminologii“* (v případě § 96 odst. 1 přitom nejde ani tak o novou terminologii, jako spíše přímo o nové znění) – pokud by bylo úmyslem zákonodárce i nadále sankcionovat *nabízení marketingové reklamy nebo jiného obdobného způsobu nabídky zboží nebo služeb* pouze ve vztahu k účastníkům a uživatelům uvedeným ve veřejném účastnickém seznamu, ponechal by ustanovení § 118 odst. 1 písm. j) ZEK v dosavadním znění (*„právnícká nebo podnikající fyzická osoba se dopustí přestupku tím, že využívá síť nebo službu elektronických komunikací v rozporu s § 96 odst. 1 nebo 2“*). Správní orgán v tomto plně odkazuje na přechodí vyjádření v části týkající se důvodové zprávy k bodu 236 zákona č. 374/2021 Sb., viz výše.

Správní orgán dále uvádí, že jak vyplývá ze Stanoviska, zákona o elektronických komunikacích a důvodové zprávy k novele zákona č. 374/2021 Sb., osoba, která činí hovor za účelem marketingu, musí být schopna prokázat, že volaný s hovorem za účelem marketingu souhlasí, a to ještě před uskutečněním prvního hovoru. V případě, že nedisponuje individuálním souhlasem, nečiní tak na základě oprávněného zájmu, případně volaná osoba nemá vyznačený souhlas ve veřejném účastnickém seznamu a volaný dospěje k tomu, že je hovorem uskutečněným za účelem marketingu obtěžován, volající se dopouští obtěžování marketingovou reklamou, a dopouští se porušení zákazu uvedeného v § 118 odst. 1 písm. j) ZEK.

Podle § 5 zákona o odpovědnosti za přestupky „*přestupkem je společensky škodlivý protiprávní čin, který je v zákoně za přestupek výslovně označen a který vykazuje znaky stanovené zákonem, nejde-li o trestný čin.*“

Formální stránka přestupku je ve výše citované definici pojmu přestupku v § 5 zákona o přestupcích vyjádřena pomocí slov „*[p]řestupkem je [...] protiprávní čin, který je v zákoně za přestupek výslovně označen a který vykazuje znaky stanovené zákonem.*“ Formální stránka přestupku je tedy dána konkrétními v zákoně vyjádřenými skutečnostmi, které zákon výslovně označuje za obligatorní podmínku odpovědnosti za spáchání daného přestupku.

Správní orgán tak na základě souvislostí uvedených v protokolu o kontrole, vyhodnotil, že v posuzovaném případě obviněný prostřednictvím telefonního čísla [REDAKCE] uskutečnil marketingový hovor týkající se nabídky úpravy webu a s tím související sjednání schůzky na tel. číslo [REDAKCE] aniž by disponoval individuálním souhlasem či by zdrojem kontaktu byl veřejný účastnický seznam, kde by stěžovatel uveřejnil svůj souhlas a ani se tak nestalo na základě oprávněného zájmu. Hovor byl stěžovatelem označen jako obtěžující. Správní orgán je toho názoru, že uvedeným jednáním došlo k naplnění skutkové podstaty uvedené v § 118 odst. 1 písm. j) ZEK.

Správní orgán na základě výše uvedených skutečností konstatuje, že protiprávní jednání bylo účastníkovi řízení dostatečně prokázáno.

V § 21 odst. 1 zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich je uvedeno: „*Právníká osoba za přestupek neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby přestupku zabránila.*“

V § 37 zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich je uvedeno: „*Při určení druhu správního trestu a jeho výměry se přihlédne zejména*

a) k povaze a závažnosti přestupku,

b) k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení,

c) k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem,

d) u pokusu přestupku k tomu, do jaké míry se jednání pachatele přiblížilo k dokonání přestupku, jakož i k okolnostem a důvodům, pro které k jeho dokonání nedošlo,

e) u spolupachatelů k tomu, jakou měrou jednání každého z nich přispělo ke spáchání přestupku,

f) u fyzické osoby k jejím osobním poměrům a k tomu, zda a jakým způsobem byla pro totéž protiprávní jednání potrestána v jiném řízení před správním orgánem než v řízení o přestupku,

g) u právnické nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti,

h) u právního nástupce k tomu, v jakém rozsahu na něj přešly výnosy, užitky a jiné výhody ze spáchaného přestupku, a v případě více právních nástupců k tomu, zda některý z nich pokračuje v činnosti, při které byl přestupek spáchán,

i) u pokračujícího, trvajících a hromadného přestupku k tomu, zda k části jednání, jímž byl přestupek spáchán, došlo za účinnosti zákona, který za přestupek stanovil správní trest mírnější než zákon, který byl účinný při dokončení tohoto jednání.“

V § 38 zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich je uvedeno: „*Povaha a závažnost přestupku je dána zejména*

- a) významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen,
- b) významem a rozsahem následku přestupku,
- c) způsobem spáchání přestupku,
- d) okolnostmi spáchání přestupku,
- e) u fyzické osoby též druhem a mírou jejího zavinění, popřípadě pohnutkou, je-li tato znakem skutkové podstaty přestupku,
- f) délkou doby, po kterou trvalo protiprávní jednání pachatele nebo po kterou trval protiprávní stav udržovaný protiprávním jednáním pachatele,
- g) počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přestupku.“

V rámci posuzování výše uložené pokuty se správní orgán nejprve zabýval otázkou, zda nejsou naplněny podmínky uvedené v ustanovení § 21 odst. 1 zákona o přestupcích, tedy zda účastník řízení za přestupek neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby přestupku zabránil. Odpovědnost právnické osoby za porušení právních povinností dle zákona o elektronických komunikacích je zákonodárcem konstruována jako objektivní, kdy právnická osoba za protiprávní jednání neodpovídá pouze v případě, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Správní orgán k tomuto blíže poznamenává, že o naplnění liberačního důvodu lze uvažovat v případech preventivního jednání osoby (tedy nikoliv jednání ex post, které má pouze napravit již vzniklé důsledky protiprávního jednání), kdy toto jednání musí být zároveň objektivně způsobilé porušení povinnosti zabránit. Naplnění liberačního důvodu však správní orgán v tomto případě neshledal.

Podle § 43 odst. 2 zákona o přestupcích v současnosti platí, že „od uložení správního trestu lze též upustit, jestliže vzhledem k závažnosti přestupku, okolnostem jeho spáchání a osobě pachatele lze důvodně očekávat, že již samotné projednání věci před správním orgánem postačí k jeho nápravě.“ Správní orgán je toho názoru, že závažnost spáchaného přestupku (která je daná níže uvedenými okolnostmi) není natolik zanedbatelná, aby uvedený postup umožňovala, s ohledem na jeho postoj ke spáchanému přestupku nelze očekávat, že samotné projednání věci postačí k jeho nápravě.

Ustanovení § 44 zákona o přestupcích dále umožňuje uložit pokutu „(...) v částce nižší, než je zákonem stanovená dolní hranice sazby pokuty, jestliže a) vzhledem k okolnostem případu a osobě pachatele lze důvodně očekávat, že i tak lze jeho nápravy dosáhnout, b) je pokuta ukládána za pokus přestupku, c) pokuta uložená v rámci zákonem stanovené dolní hranice sazby by byla vzhledem k poměrům pachatele nepřiměřeně přísná, nebo d) pachatel spáchal přestupek, aby odvrátil útok nebo jiné nebezpečí, aniž byly zcela naplněny podmínky nutné obrany nebo krajní nouze, nebo překročil meze jiné okolností vylučující protiprávnost. Je-li výměra pokuty mimořádně snižována, musí být uložena pokuta alespoň ve výši jedné pětiny dolní hranice sazby pokuty stanovené zákonem.“ Aplikování tohoto ustanovení v posuzovaném případě ovšem nepřichází v úvahu, neboť zákon o elektronických komunikacích dolní hranici pokuty nestanoví.

Podle § 118 odst. 26 písm. c) zákona o elektronických komunikacích Za přestupek lze uložit pokutu do 50000000 Kč nebo do výše 10 % z čistého obratu pachatele přestupku dosaženého za poslední ukončené účetní období, podle toho, která z těchto hodnot je vyšší, jde-li o přestupek podle odstavce 1 písm. a) až l), odstavce 2 písm. a) a b), odstavce 4, odstavce 6, odstavce 7, odstavce 8 písm. a) až c), odstavce 9, odstavce 10 písm. a) až i), odstavce 11, odstavce 12 písm. a) až d), odstavce 13 písm. a) až e), odstavce 14 písm. a) až g), odstavce 15 písm. h), j) a k), nebo podle odstavce 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 nebo odstavce 24 písm. a).

Při určení druhu správního trestu a jeho výměry podle § 37 zákona o přestupcích přihlédl správní orgán jako k polehčující okolnosti k tomu, že uvedené protiprávní jednání bylo prokázáno pouze ve vztahu ke stěžovateli, nikoli jiným dalším osobám (tuto okolnost hodnotil správní orgán II. stupně jako polehčující například v rozhodnutí č.j. ČTÚ-37 340/2016-603).

Zájem chráněný zákonem je povinnost podnikajících osob dodržet zákaz spočívající v neobtěžování marketingovou reklamou nebo jiným obdobným způsobem. Tento zájem je jeden z nejvýznamnějších zájmů chráněných zákonem o elektronických komunikacích a správní orgán proto z tohoto důvodu hodnotí spáchaný přestupek jako velmi závažný. Vysoká závažnost přestupku podle § 118 odst. 1 písm. j) zákona o elektronických komunikacích je ostatně patrná již z toho, že za něj zákon o elektronických komunikacích umožňuje uložit nejvyšší možnou pokutu uvedenou v § 118 odst. 23 písm. c) tohoto zákona. Popsaný význam chráněných zájmů považuje správní orgán ve vztahu k výši pokuty za přitěžující.

Správní orgán při úvaze o výši pokuty dále vyhodnotil jako polehčující okolnost, že se účastník řízení dopustil tohoto konkrétního přestupku poprvé.

Při své úvaze o konkrétní výši uložené sankce správní orgán vycházel z údajů z veřejně dostupných zdrojů na <https://or.justice.cz/ias/ui/vypis-sl-firma?subjektId=892627>, kde nalezl nejaktuálnější dokument – VÝKAZ ZISKU A ZTRÁTY ke dni 31.12.2018 (založen dne 14. 1. 2020), ze kterého vyplývá čistý obrat ve výši 63 502 000. Přestože údaje nejsou za aktuální účetní období, správní orgán je toho názoru, že i tento údaj je schopen prokázat, že vystavená pokuta nebude pro obviněného likvidační.

Při své další úvaze o výši uložené sankce je správní orgán toho názoru, že závažnost spáchaného přestupku není natolik zanedbatelná, aby umožňovala upuštění od uložení správního trestu a že ani samotné projednání věci by nepostačilo k nápravě. Z hlediska výčtu druhů správních trestů, které jsou upraveny v § 35 zákona o přestupcích, zvolil správní orgán uložení peněžité pokuty, neboť je toho názoru, že uložená sankce ve výši 20000 Kč naplní výchovný a preventivní účel. Pokuta byla uložena v souladu s ustanovením § 2 odst. 4 správního řádu, tj. ve výši odpovídající obvyklé rozhodovací praxi Úřadu v druhově podobných věcech (srovnej viz např. č.j. ČTÚ-11855/2023, kdy byla udělena pokuta ve výši 20 000 Kč, č.j. ČTÚ-11100/2023, kdy byla udělena pokuta ve výši 40 000 Kč), avšak s dostatečným negativním dopadem na účastníka řízení, který je však dle správního orgánu nutné považovat za základní charakteristiku správního trestu v podobě finanční pokuty, protože k tomu, aby pokuta plnila své základní funkce, tedy represivní, výchovnou a individuálně preventivní, musí mít určitý negativní vliv na pachatele přestupku. Správní orgán má zároveň za to, že nižší částka této pokuty by eliminovala právě výchovnou a odrazující funkci pokuty, tj. v případě snížení pokuty by uložená pokuta ztratila schopnost odradit účastníka od případného opakování protiprávního jednání do budoucna.

Poučení:

Proti tomuto příkazu lze ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho doručení podat odpor k Českému telekomunikačnímu úřadu, a to v listinné podobě na adresu Český telekomunikační úřad, Odbor pro oblast Praha, Sokolovská 219, Praha 9, pošt. př. 02, 225 02 Praha 025, nebo v elektronické podobě do datové schránky Českého telekomunikačního úřadu: a9qaats, či elektronickou poštou s uznávaným elektronickým podpisem na adresu: podatelna@ctu.cz.

Podáním odporu se příkaz ruší a v řízení se pokračuje. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

Ing. Kateřina Rampouchová v. r.
odborný rada

Otisk úředního razítka

Za správnost: Ing. Kateřina Rampouchová, 14. 8. 2023

Vypraveno dne: 14. 8. 2023