



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Ladislava Hejtmánka a soudkyně JUDr. Naděždy Treschlové a JUDr. Hany Kadaňové, Ph.D., ve věci

žalobce: **O2 Czech Republic, a.s.**, IČ: 60193336, se sídlem v Praze 4, Za Brumlovkou 266/2

proti

žalovanému: **Český telekomunikační úřad**, se sídlem v Praze 9, Sokolovská 219,

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Rady žalovaného ze dne 25. 7. 2016, čj. ČTÚ-23 935/2016-603,

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění

[1] Žalobce podanou žalobou napadl shora uvedené správní rozhodnutí, kterým byl zamítnut jeho rozklad a potvrzeno rozhodnutí žalovaného, odboru kontroly a ochrany spotřebitele, ze dne 22. 1. 2016, čj. ČTÚ-53 515/2015-620/Vl. vyř. Fol. Ve správním řízení byla žalobci uložena pokuta ve výši xxxx Kč podle ust. § 118 odst. 22 písm. b) zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „*zákon o elektronických komunikacích*“) v souvislosti s ust. § 120 odst. 3 tohoto zákona (výrok III. prvostupňového rozhodnutí), a to za dva skutky: (a) že žalobce porušil zákaz užití nekalé obchodní praktiky stanovený v ust. § 4 odst. 3 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „*zákon o ochraně spotřebitele*“), ve spojení s ust. § 5a odst. 2 tohoto zákona, dále specifikovaný v příloze č. 2 písm. f) tohoto zákona, a to tak, že použil zakázanou agresivní obchodní praktiku tím, že všem spotřebitelům, kteří mají u žalobce sjednaný datový tarif automaticky a bez jejich aktivního souhlasu aktivoval ke dni 15. 5. 2015 službu „Obnovení objemu dat“, na základě této změny poté spotřebitelům, kteří si službu vlastním jednáním

ne deaktivovali, účtuje po vyčerpání základního datového balíčku pro další žalobcem jednostranně zvolené objemové jednotky datových služeb cenu za nesnížení (zachování stávající) rychlosti datového připojení, čímž se dopustil správního deliktu podle ust. § 24 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele (výrok I.); (b) že neinformoval všechny účastníky, jejichž smlouva obsahuje ustanovení o úhradě v případě ukončení smlouvy před uplynutím doby trvání, na kterou je smlouva uzavřena, o jejich právu ukončit smlouvu ke dni nabytí účinnosti změny, a to bez této úhrady, jestliže nové podmínky nebude účastník akceptovat, čímž nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích a dopustil se správního deliktu podle ust. § 118 odst. 14 písm. v) zákona o elektronických komunikacích (výrok II.). Dále byla žalobci uložena povinnost nahradit náklady řízení paušály částkou ve výši 1 000 Kč podle ust. § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „*správní řád*“) – výrok IV. Zároveň byla žalobci podle ust. § 63 odst. 5 zákona o elektronických komunikacích uložena povinnost ke změně smluv všech účastníků, kteří jsou spotřebiteli a využívají mobilních datových služeb poskytovaných žalobcem tak, aby ve lhůtě 60 dnů od nabytí právní moci rozhodnutí, ze smluv všech těchto účastníků byla odstraněna všechna ujednání, na jejichž základě by žalobce byl oprávněn bez výslovného a aktivního objednání ze strany spotřebitele automaticky obnovit po vyčerpání základního datového balíčku objem poskytovaných datových služeb a za takto provedené automatické obnovení objemu poskytovaných datových služeb účtovat cenu (výrok V.).

[2] Žalobce napadl rozhodnutí v celém rozsahu a domáhal se jeho zrušení (ač se nedomáhal vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení, vzhledem k tomu, že se jedná o procesní následek, plynoucí přímo z procesního právního předpisu, soud jej nevyzýval k opravě žalobní žádosti). V žalobě žalobce uváděl tyto žalobní body, jimiž je soud při svém přezkumu vázán. Napadl, že rozhodnutí vycházejí ze stavu, který neodpovídá skutečnosti, podle svého názoru bylo zapotřebí uložit žalobci pokutu za každou cenu, rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, povinnost je vágně formulována, takže pro žalobce není určitá.

[3] Žalobce v další části žaloby uvádí, že podle jeho názoru je jiný skutečný stav věci. Žalobce poskytuje veřejně dostupnou službu elektronických komunikací, zákazník si u něj zakoupí konkrétní tarif za předem danou cenu (měsíční paušál), ten podle své specifikace obsahuje v sobě určitý objem volání a SMS zdarma a konkrétní objem dat, záleží pak na zákazníkovi, zda tento objem vyčerpá, či nikoliv, což nemůže žalobce nijak ovlivnit. Službu mu podle jeho názoru nemůže vnutit, neboť čerpání dat záleží na vůli zákazníka. Od 15. 5. 2015 zavedl pro zákazníky možnost, že po vyčerpání měsíčního objemu dat může zákazník dále pokračovat v připojení k internetu neomezenou rychlostí, samotné zavedení této služby bylo zdarma, a lze jej podle názoru žalobce přirovnat k otevření závory na mýtnici na dálnici. Ten, kdo na konec prvního úseku nedojel, toho se změna nedotkla, ten, který k závoře dojel, pro něj se závora zdarma zvedla, ten, kdo dálnici využívá hodně, mohl bez přerušování pokračovat dál, zpoplatněno bylo až další použití dálnice. Znovu opakuje, že možnost čerpání dalšího objemu dat byla pro zákazníky zavedena zdarma a tato aktivace podle jeho názoru není žádnou dodávkou služby. Tato skutečnost byla zákazníkům oznámena podle ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích. Žalobce potom v žalobě uvádí další, podle jeho názoru na danou věc přílehlavý případ, a to spotřebu elektrické energie, kdy zákazník také plynule a kontinuálně svítí, topí, vaří a jinak spotřebovává elektrickou energii, její spotřebu kontroluje na elektroměru, a nikdo se nepozastavuje, že by se jednalo o agresivní obchodní praktiku. Podle názoru žalobce byla funkce Obnovení objemu dat sankcionována, ač žalobce svým zákazníkům oznámil, že dochází ke změně služeb. Podle jeho názoru aktivací této funkcionality nedošlo k dodávce žádné služby a ani tato aktivací zavedená funkce není nijak zpoplatněna. Zákazník je v průběhu čerpání a spotřeby datového objemu informován o tom, kolik ze svého základního měsíčního datového objemu již

spotřeboval, žalobce jej v průběhu informuje SMS zprávou o objemu vyčerpaných služeb, tutéž informaci má i v aplikaci Moje O2. Pokud po vyčerpání základního měsíčního objemu dat pokračuje zákazník v čerpání dat, je tak proto, že podle názoru žalobce tak hodlá činit bez omezení ve všech činnostech jako doposud a tím svým aktivním jednáním čerpá data, která mu jsou zpoplatněna. Znovu opakuje, že se jedná o vůli zákazníka, nikoliv žalobce, který ji vyjadřuje čerpáním dat.

[4] V další části žaloby žalobce opět poukazuje na jiný případ, který považuje příležitý na danou věc, a to aktivaci roamingu, když poukazuje na rozhodnutí České obchodní inspekce, kdy dospěla k závěru, že aktivace služby roamingu nebyla agresivní obchodní praktikou. Skutkově se jednalo o situaci, kdy na podzim roku 2008 aktivoval žalobce svým zákazníkům funkci roamingu, která následně umožňovala telefonovat ze zahraničí, změna služby spočívala v tom, že pokud zákazník vyjel do zahraničí, nemusel si aktivovat roaming a mohl jej využívat, pokud chtěl, čerpání roamingu provedl tak, že v zahraničí provedl telefonické spojení a hovor (k tomuto žalobnímu bodu přikládal rozhodnutí České obchodní inspekce ze dne 7. 12. 2009). Vzhledem k tomu, že žalovaný na základě zákona č. 468/2011 Sb. se stal rovněž orgánem ochrany spotřebitele pro žalobce, měl by závěr z tohoto rozhodnutí respektovat i v dané věci.

[5] V další části žaloby žalobce uváděl, že ve výroku I. prvostupňového správního rozhodnutí není jasné, co je podle žalovaného agresivní obchodní praktikou, když takové jednání podle názoru žalobce není popsáno – konkrétně uvedl, že není jasné, co je myšleno „tímto jednáním“, znovu opakuje, že aktivace funkcionality Obnovení objemu dat je zřízena bezplatně a nepředstavuje žádnou dodávku služby. Nejsou tak naplněny znaky platby za službu a dodání služby podle přílohy č. 2 písmeno f) přílohy k zákonu o ochraně spotřebitele. Je-li agresivní obchodní praktika spatřována v jednání spočívajícím v účtování ceny za další datové služby, tak naplňuje znak skutkové podstaty, že si zákazník službu neobjednal, což však podle názoru žalobce učinil, když data čerpal. Znovu uvádí, že čerpání dat nad limit zákazníkům nenutil a ti jej užívali na základě svého rozhodnutí, a že byli informováni o tom, že jejich limit bude vyčerpán (argumentace se stále opakuje, soud ji již uváděl v předchozím odstavci). Konkrétně uvádí, že skutek nesplňuje současně všechny tři zákonné znaky agresivní obchodní praktiky podle přílohy č. 2 písmeno f) přílohy k zákonu o ochraně spotřebitele. Dále odkazuje na důvodovou zprávu k novele zákona o ochraně spotřebitele, který považuje za spotřebitele rozumnou osobu, která má dostatek informací a je v rozumné míře pozorná a opatrná, a znovu opakuje již řečené o vůli zákazníka o čerpání dat a v jaké míře.

[6] V dalším žalobním bodě napadá vymezení deliktu podle ust. § 118 odst. 14 písm. v) zákona o elektronických komunikacích, kdy podle názoru žalobce není zřejmé, kdy neinformoval zákazníky, když na str. 3 žalovaný uvádí, že žalobce účastníky vyrozuměl o změně fungování datového limitu a způsobu objednávání z aktuální nabídky volitelných služeb. Namítá, že příslušná změna je nepodstatnou změnou, která tak nevyžaduje povinnosti stanovené v ust. § 63 odst. 6 věta třetí zákona o elektronických komunikacích. Uvádí, že pokud je zavedení funkce obnovení objemu dat bezplatné, pak nezasahuje do majetkové sféry zákazníka, a nejedná o podstatnou změnu smlouvy vedoucí k zhoršení postavení účastníka, což nebylo ani předmětem řízení.

[7] Žalobce dále napadá popis skutku, který považuje za velmi obecný a postrádající konkrétní skutkové okolnosti. Poukazuje na to, že v oznámení o zahájení řízení je uvedeno, že samotná podstata služby „Obnovení objemu dat“ je předmětem řízení, to se však nenaplnilo, a proto podle názoru žalobce jsou nezákonné výroky I. až IV. prvostupňového správního rozhodnutí.

[8] V dalším žalobním bodě namítá nesrozumitelnost a neurčitost výroku V. prvostupňového správního rozhodnutí, když není uvedeno, jak by měl žalobce smluvní ustanovení a která má odstranit (zda se týká článku 2.12 Všeobecných podmínek), nestanoví, čím mají být tato ujednání nahrazen. Žalobce tak neví, která ujednání má změnit, a vystavuje se riziku dalšího postihu, uvádí, že sám sice do smluvní dokumentace zasáhl, neví však, zda se jedná o dostatečnou opravu. Není uvedeno, jaká ujednání mají být ze smluv odstraněna, nerozlišuje mezi smlouvami uzavřenými před 15. 5. 2015 a po tomto datu, když noví zákazníci byli již od začátku o fungování datového limitu informováni.

[9] Žalobce v dalším žalobním bodě obecně uvádí, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné, neboť z rozhodnutí podle jeho názoru neplyne, proč došlo k jejich vydání a polemizují pouze s názory žalobce, přičemž s těmi relevantními se žalovaný nevypořádal. Tento žalobní bod je velice obecný a není nijak dále konkrétně rozveden.

[10] V posledním žalobním bodě napadá žalobce výši sankce, přičemž uvádí, že mu připadá nepřiměřená, když bez rychlých dat by byli zákazníci odříznuti od internetu, nezohledňuje náročnost internetových aplikací, drtivá většina zákazníků změnu přivítala, když si stěžovalo pouze malé množství zákazníků.

[11] Žalovaný s podanou žalobou nesouhlasil a navrhoval ji zamítnout jako nedůvodnou, přičemž obsahově odkazoval na důvody v rozhodnutí a obsahu správního spisu. Poukázal na praxi žalobce do 15. 5. 2015, kdy po vyčerpání balíčku byla zpomalena rychlost připojení, ale data byla poskytována i nadále nad smluvený rozsah, zavedení nové funkce bylo sice bezplatné, ale byla účtována další data, podobnost s roamingem nemůže být v dané věci případná, neboť po spotřebiteli nebyla požadována žádná platba, ale jednalo se pouze o aktivaci roamingu, žalobce jednostranně změnil podmínky smluvního vztahu, když požadoval platbu za službu, kterou si zákazníci výslovně a předem neobjednali, změna smluvních podmínek byla podstatná, totožnost skutku v oznámení zahájení správního řízení a rozhodnutí byla zachována, pokuta nebyla nijak nepřiměřená s ohledem na dopad jednání žalobce na počet jeho zákazníků.

[12] Při ústním jednání účastníci na svých procesních stanoviscích setrvali.

[13] V odůvodnění napadeného správního rozhodnutí je ve vztahu k uplatněným žalobním bodům mj. uvedeno, že účastník řízení zveřejnil dne 13. 4. 2015 informaci o plánované změně podmínek poskytování služeb, tato změna spočívala v tom, že v rámci zavedené nové služby „Obnovené objemu dat“, která byla aktivována ke dni 15. 5. 2015, mělo dojít k nastavení datové služby všech spotřebitelů využívajících mobilních datových služeb tím způsobem, že po vyčerpání základního objednaného balíčku dat je automaticky datový balíček obnoven ve stejné výši a za toto obnovení je následně účastníkovi účtována cena. Objem dat může být celkem až třikrát automaticky obnoven v rámci jednoho zúčtovacího období. V ceníku základní služeb – O2 Mobilní hlasová služba a O2 Mobilní internetové připojení – platného od 15. 4. 2015, se v článku I. Obecné obchodní podmínky a pojmy uvádí: „Od 15. 5. 2015 zavádíme nový způsob fungování všech datových tarifů bez omezení FUP. V paušální ceně tarifu bude k dispozici základní objem dat na zúčtovací období, který bude v závislosti na čerpání dat až třikrát automaticky obnoven. Každý obnovený objem dat je možné čerpat pouze v rámci příslušného zúčtovacího období, a bude zpoplatněn dle příslušného tarifu. Parametry obnovování bude možné nastavit v aplikaci MojeO2.cz. Po vyčerpání objemu dat může účastník využívat omezené čerpání dat dle podmínek uvedených v příloze č. 1 – Volitelné služby.“ Z uvedeného vyplývá, že od doby účinnosti změny smluvních podmínek, tj. od 15. 5. 2015 nabízel a zároveň automaticky

poskytoval účastník řízení službu „Obnovení objemu dat“ všem svým zákazníkům, kteří byli uživateli mobilních datových služeb. Ve shora citované změně smluvních podmínek proto žalovaný, ve shodě se správním orgánem prvního stupně, jednání účastníka řízení je ve zjevném rozporu se zákonem, protože požadovat další platby bez předchozí objednávky a bez souhlasu spotřebitele je výslovně označeno za nekalou obchodní praktiku v zákoně o ochraně spotřebitele. V příloze č. 2 k zákonu o ochraně spotřebitele je mezi takovým výčtem obchodních praktik označovaných za „agresivní“, výslovně uvedena pod písmenem f) taková, kdy „*Podnikatel požaduje na spotřebiteli okamžitou nebo odloženou platbu za výrobky nebo služby, které mu dodal, ačkoli je spotřebitel neobjednal*“. V posuzovaném případě je třeba konstatovat, že spotřebiteli je na základě změněných podmínek automaticky aktivovaná služba, aniž by spotřebitel projevil s objednááním této služby předem výslovný souhlas (může toliko projevit svůj nesouhlas prostřednictvím deaktivace služby), přičemž za tuto předem neobjednanou službu si podnikatel následně nárokuje další platbu, pokud dojde k vyčerpání základního balíčku dat smlouveného tarifního limitu. Tím dochází k dokonání daného správního deliktu.

[14] K námitce účastníka řízení k výkladu pojmu „služba“ žalovaný uvedl, že pojem „služba“ je v zákoně o elektronických komunikacích v § 2 písm. n) definována tak, že s jí „rozumí služba obvykle poskytovaná za úplatu, která spočívá zcela nebo převážně v přenosu signálů po sítích elektronických komunikací, včetně telekomunikačních služeb a přenosových služeb v sítích používaných pro rozhlasové a televizní vysílání a v sítích kabelové televize, s výjimkou služeb, které nabízejí obsah prostřednictvím sítí a služeb elektronických komunikací nebo vykonávají redakční dohled nad obsahem přenášeným sítěmi a poskytovaným službami elektronických komunikací; nezahrnuje služby informační společnosti, které nespočívají zcela nebo převážně v přenosu signálů po sítích elektronických komunikací“, přičemž účastník řízení poskytl svým zákazníkům možnost přenosu dat za úplatu, čímž naplnil znaky služby, jak je zákonem definována, a je irelevantní zda účastník řízení (účelově) argumentuje zpoplatněním jednotky služby původní, neboť se stále jednalo o poskytování služby (původní, změněné). Spotřebitel si v daném případě obnovení objemu dat výslovně a předem ve smlouvě neobjednal. Účastník řízení tak jednostranně změnil podmínky smluvního vztahu a následně dodal spotřebiteli služby, které nebyly předem upraveny a odsouhlaseny spotřebitelem, za něž si účastník řízení účtoval platbu. Spotřebitel se totiž dle původní smlouvy a zavedené praxe domníval, že po vyčerpání stanoveného objemu dat dojde toliko ke zpomalení rychlosti přenosu dat, nikoliv k jeho obnovení a zpoplatnění. Účastníkovi řízení přitom nebránilo využít systém opt-in, tedy informování zákazníků, že v případě zájmu o zachování rychlosti přenosu dat po vyčerpání sjednaného datového objemu mohou svým aktivním jednáním zvolit službu obnovy objemu dat. Pouze takový postup by prokázal skutečný zájem účastníků o další datový balíček. Na místo toho účastník řízení jednostranně aktivoval plošně službu za pomoci systému opt-out, a to bez souhlasu spotřebitelů, s tím, že tuto službu bylo možné službu deaktivovat pouze prostřednictvím internetové samoobsluhy na adrese www.mojeo2.cz.

[15] V této souvislosti je podle žalovaného zcela účelové přirovnání k poskytování dodávky vody, plynu, či elektřiny, neboť při poskytování těchto komodit uzavírá zákazník smlouvu, v níž se neuvádí konkrétní objem (rozsah, počet jednotek) služby, jež bude v daném období poskytnuta. Je přitom na zákazníkovi, kolik jednotek dané komodity spotřebuje, a následně mu je za sjednané období vyúčtována skutečná spotřeba. V případě účastníka řízení je však situace zcela opačná, kdy si spotřebitel předem a konkrétně ve smlouvě sjedná určitý rozsah (objem) služby na určité období a poskytnutí dané služby nad sjednaný rozsah účastníkům řízení v daném období je neobjednaným plněním, za které však požaduje účastník řízení po spotřebitelích platbu. Na místo ponechání na svobodné vůli každého spotřebitele, v jakém rozsahu a zda vůbec si další datový balíček při zachování rychlosti připojení objedná, či nikoliv zvolil

účastník řízení postup agresivního vnučení (dodání) služby nad spotřebitelem skutečně smluvně sjednaný rozsah bez předchozího aktivního souhlasu spotřebitele. Účastník řízení veden snahou získat pro sebe vyšší majetkový prospěch tak spoléhal na to, že pozornosti spotřebitele unikne podstata změny způsobu poskytování dané služby provedená dne 15. 5. 2015, což dokládají právě stížnosti spotřebitelů, a účastník řízení díky tomu získá majetkový prospěch, jehož by při ponechání volby na spotřebiteli jinak nedosáhl.

[16] Odkazuje-li účastník řízení na rozhodnutí ČOI v obdobné věci, tak žalovaný uvádí, že ČOI řešilo jinou situaci. V daném případě se jednalo o bezplatnou aktivaci roamingu. Po spotřebiteli tedy nebyla vyžadována žádná platba, když mu byla ze strany poskytovatele bezplatně aktivována možnost využívat služby v zahraničí a bylo zcela na rozhodnutí daného spotřebitele, zda bude služby elektronických komunikací v rámci roamingu využívat, či nikoliv. V této projednávané věci je však situace zásadně odlišná a přirovnání účastníka řízení zcela liché. Účastník řízení totiž do doby zavedení služby „Obnovení objemu dat“ umožňoval spotřebitelům po vyčerpání sjednaného datového balíčku datovou službu i nadále využívat, a to bezplatně s omezením rychlosti. Provedenou změnou však došlo po vyčerpání datového balíčku k aktivaci nového, a to toliko na základě rozhodnutí účastníka řízení, tj. bez souhlasu spotřebitele. Neobstojí ani argumentace účastníka řízení, že účastníkům, kteří vyčerpají svůj datový balíček, je zasílána o této skutečnosti informační SMS. Okamžik 100 % vyčerpání datového balíčku a jeho obnovení totiž často nastane objektivně dříve, než spotřebitel obdrží informační SMS, kde je mu sdělena skutečnost, že k obnovení objemu dat již prakticky došlo.

[17] Podle ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích je podnikatel povinen nejméně 1 měsíc před nabytím účinnosti změny smlouvy uveřejnit informaci o této změně v každé své provozovně a způsobem umožňujícím dálkový přístup, a pokud se jedná o změnu náležitostí smlouvy podstatných, taktéž o jeho právu ukončit smlouvu ke dni nabytí účinnosti této změny, a to bez sankce, jestliže nové podmínky nebude účastník akceptovat. Ze správního spisu vyplývá, zákazníci byli o změně fungování poskytování datové služby informováni, avšak nebyli informováni o svém právu smlouvu ukončit. S argumentací účastníka řízení, že zavedení „obnovení objemu dat“ nemůže být podstatnou změnou vedoucí ke zhoršení postavení spotřebitele, se žalovaný neztotožnil, neboť podle něj každá změna, jež dopadá do majetkové sféry spotřebitele, představuje pro každého účastníka (nejen spotřebitele) takový zásah, který musí být účastníkovi řádně oznámen v souladu s ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích, přičemž každému účastníkovi musí být dána možnost volby, tj. zda takové podmínky bude akceptovat, či nikoliv. Těž nelze v této souvislosti souhlasit s argumentací účastníka řízení, že tuto informační povinnost neměl, protože tato se vztahuje pouze na smlouvy na dobu určitou, přičemž ten má se zákazníky podepsány smlouvy na dobu neurčitou. Podle žalovaného však tato skutečnost není významná, neboť uzavře-li účastník řízení se zákazníkem smlouvu, v níž je poskytováno poskytnutí služby elektronických komunikací na dobu určitou, je zcela nepochybně povinností účastníka řízení splnit v případě podstatné změny podmínek vedoucí ke zhoršení postavení spotřebitele všechny povinnosti stanovené v ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích.

[18] Správní orgán I stupně podle žalovaného při ukládání sankce správně aplikoval per analogiám legis shora citované ustanovení zákona o přestupcích a uložil účastníkovi řízení úhrnnou sankci, a to za správní delikt nejpřísněji postižitelný, kterým je v tomto případě správní delikt podle ust. § 118 odst. 14 písm. v) zákona o elektronických komunikacích. Z hlediska závažnosti spáchaných správních deliktů správně podle žalovaného vyhodnotil správní orgán I. stupně jako zásadní tu skutečnost, že se správních deliktů účastnil opakovaně, a dále též to, že se ho dopustil vůči řádově statisícům účastníků a společenská nebezpečnost jednání účastníka řízení

je vzhledem k takto vysokému počtu dotčených účastníků velmi vysoká. Jako přítěžující okolnost. Správní orgán I. stupně hodnotil vysokou cenu za jednotlivé obnovené balíčky služby „Obnovení objemu dat“ kdy spotřebiteli je obnoven datový balíček ve výši základního a účastníkem sjednaného datového objemu. Spotřebiteli tedy může být na základě aktivace této služby doručeno až čtyřnásobně vyšší vyúčtování. Pokud účastník namítá, že správní orgán I. stupně bez konkrétního zjištění konstatuje dotčení řádově statisíců, tak tuto námitku neshledal žalovaný jako důvodnou, neboť zjištění přesného počtu osob z hlediska naplnění skutkové podstaty není podstatné. Vzhledem k zákonnému limitu pro dosažení pokuty, k závažnosti správních deliktů a prokázané recidivě účastníka řízení se uložená pokuta ve výši xxxx,- Kč jeví jako přiměřená.

[19] Žalovaný dále v odůvodnění schválil postup, podle kterého správní orgán I. stupně uložil ve výroku V. napadeného rozhodnutí povinnost účastníku řízení změnit smlouvu, jsou-li v rozporu se zákonem obsahujícím pravidla ochrany spotřebitele, neboť tento postup je zcela v souladu s ust. § 63 odst. 5 zákona o elektronických komunikacích. Jak již bylo uvedeno, správní orgán I. stupně dospěl k závěru, že účastník řízení používal zakázaných nekalých agresivních obchodních praktik, proto v daném případě byl současně oprávněn uložit účastníkovi řízení zákaz užívání těchto praktik povinnost změnit ty části smlouvy se zákazníky, které obsahují ustanovení znamenající agresivní obchodní praktiku účastníka řízení vůči spotřebitelům.

[20] V průběhu řízení o rozkladu účastník řízení změnil Ceník s platností od 15. 6. 2016 a od 15. 7. 2016, přičemž tvrdí, že tím byla splněna povinnost uložená mu výrokem V. napadeného rozhodnutí. Avšak s tímto žalovaný nesouhlasí, protože posouzením obou Ceníků účastníka řízení shledal, že vytýkaná ujednání umožňující účastníkovi řízení bez výslovného a aktivního objednání ze strany spotřebitele automaticky obnovit po vyčerpání základního datového balíčku objem poskytovaných datových služeb a za takto provedené automatické obnovení objemu poskytovaných datových služeb účtovat cenu, odstraněna nebyla. Např. v čl. I. Obecné podmínky a pojmy Ceníku platného od 15. 6. 2016 se stanoví: „... *Uskutečnění datového spojení po vyčerpání objemu dat se ve smyslu čl. 2. 12 Všeobecných podmínek považuje za výslovnou žádost o další poskytování služby formou obnoveného datového objemu...*“. Smluvní podmínky (do nichž náleží též citovaný Ceník) i nadále obsahují ujednání, jež bez výslovného souhlasu spotřebitele umožňují účastníkovi řízení obnovit mu objem dat, když jejich zavedením nebyla ze smluvních podmínek odstraněna vytýkaná ujednání. Proto neshledal důvod výrok V. napadeného rozhodnutí rušit, jak navrhl v rozkladu účastník řízení.

[21] K tvrzení účastníka řízení, že výrok V. napadeného rozhodnutí je zcela neurčitý s tím, že neuvádí konkrétní ujednání, jež by měla být účastníkem řízení měněna, žalovaný nesouhlasil, neboť tvorba a koncepce účastnické smlouvy a smluvních podmínek je zcela v dispozici každého podnikatele v oboru elektronických komunikací, tedy účastníka řízení. Představa účastníka řízení, že mu bude uloženo odstranit konkrétní ujednání, je lichá, jelikož takový postup nemá reálný základ. Pokud by byla účastníkovi řízení uložena povinnost odstranit konkrétní smluvní ujednání, mohl by takový postup mít vážný dopad na celkovou koncepci Ceníku a způsobit problémy jak účastníkovi řízení, tak spotřebitelům, jak ostatně v rozkladu namítá účastník řízení. Správní orgán I. stupně ve výroku V. napadeného rozhodnutí identifikoval ujednání, ež je v rozporu s právními předpisy a uložil účastníkovi řízení povinnost toto změnit. Takový postup na jednu stranu autoritativně nařizuje účastníkovi řízení změnit ujednání umožňující popsany postup, zároveň však na druhou stranu zachovává účastníkovi řízení autonomii k provedení změny ujednání takovým způsobem, s nímž se účastník řízení v co nejvyšší míře ztotožní.

[22] Městský soud v Praze přezkoumal napadené rozhodnutí, včetně řízení, jež jeho vydání předcházelo, v mezích žalobních bodů, jimiž je vázán, vycházející přitom ze skutkového a

právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí správního orgánu (ust. § 75 odst. 1, 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „s.ř.s.“), a o důvodnosti podané žaloby uvážil takto.

[23] Podle ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích, ve znění účinném v rozhodné době: *„Podnikatel poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací nebo zajišťující připojení k veřejné komunikační síti je povinen nejméně 1 měsíc před nabytím účinnosti změny smlouvy uveřejnit informaci o této změně v každé své provozovně a způsobem umožňujícím dálkový přístup. Zároveň je podnikatel povinen informovat účastníka o uveřejnění. Pokud se jedná o podstatnou změnu smlouvy vedoucí ke zhoršení postavení účastníka, je podnikatel povinen prokazatelně informovat účastníka, jebož smlouva obsahuje ustanovení o úhradě v případě ukončení smlouvy před uplynutím doby trvání, na kterou je smlouva uzavřena, rovněž o jeho právu ukončit smlouvu ke dni nabytí účinnosti změny, a to bez této úhrady, jestliže nové podmínky nebude účastník akceptovat. Informaci je podnikatel povinen poskytnout účastníkovi způsobem, který si účastník zvolil pro zasílání vyúčtování. Právo ukončit smlouvu podle tohoto ustanovení nevzniká, pokud dojde ke změně smlouvy na základě změny právní úpravy nebo v případě změny smlouvy podle odstavce 5.“*

[24] Podle ust. § 118 odst. 14 písm. v) zákona o elektronických komunikacích: *„(14) Podnikatel zajišťující veřejnou komunikační síť nebo poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací se dopustí správního deliktu tím, že... (v) nevyrozumí účastníka v zákonem stanovené lhůtě o změně smlouvy nebo o jeho právu bez sankce vypovědět smlouvu podle § 63 odst. 6,...“*

[25] Podle ust. § 118 odst. 22 písm. b) zákona o elektronických komunikacích: *„(22) Za správní delikt podle § 118 se uloží pokuta do ... (b) 10 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. m), odstavce 2 písm. c) až e), odstavce 3 písm. a), odstavce 8 písm. d) až m), odstavce 10 písm. j) až r), odstavce 12 písm. f) až o), odstavce 13 písm. i) až m), odstavce 14 písm. k) až ad) nebo odstavce 15,...“*

[26] Podle ust. § 120 odst. 3 zákona o elektronických komunikacích: *„Sazba pokuty za správní delikt podle tohoto zákona se zvyšuje na dvojnásobek, nejvýše však na částku 40 000 000 Kč, jestliže je týž správní delikt spáchán opakovaně. Správní delikt je spáchán opakovaně, pokud ode dne, kdy rozhodnutí o uložení pokuty za týž správní delikt nabylo právní moci, neuplynuly 2 roky.“*

[27] Podle § 4 odst. 3 zákona o ochraně spotřebitele: *„Užívání nekalých obchodních praktik při nabízení nebo prodeji výrobků, při nabízení nebo poskytování služeb či práv se zakazuje. Nekalé jsou zejména klamavé a agresivní obchodní praktiky.“*

[28] Podle ust. § 5a odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele: *„Agresivní obchodní praktikou je vždy praktika uvedená v příloze č. 2 k tomuto zákonu.“* Podle přílohy č. 2 k tomuto zákonu, písm. f): *„Obchodní praktiky jsou vždy považovány za agresivní, pokud podnikatel... (f) požaduje na spotřebiteli okamžitou nebo odloženou platbu za výrobky nebo služby, které mu dodal, ačkoli si je spotřebitel neobjednal nebo požaduje vrácení či uschování neryžádaných výrobků, nejedná-li se o náhradní dodávku podle předem uzavřené smlouvy,...“*

[29] Podle ust. § 24 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele: *„(1) Výrobce, dovozce, vývozc, dodavatel, prodávající nebo jiný podnikatel se dopustí správního deliktu tím, že ... (a) poruší zákaz používání nekalých obchodních praktik,...“*

[30] První žalobní námitkou žalobce bylo, že ve výroku I. prvostupňového správního rozhodnutí není jasné, co je podle žalovaného agresivní obchodní praktikou, když takové jednání podle názoru žalobce není popsáno.

[31] V nyní posuzované věci bylo ve výroku I prvostupňového rozhodnutí kladeno za vinu naplnění skutkové podstaty správního deliktu dle ust. § 24 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele porušením právní povinnosti uvedené v § 4 odst. 3, v návaznosti na § 5 odst. 1, téhož zákona tím, že porušil zákaz užití nekalé obchodní praktiky, spočívající v tom, že všem spotřebitelům, kteří mají u účastníka řízení sjednaný datový tarif automaticky, a bez jejich aktivního souhlasu aktivoval ke dni 15. 5. 2015 službu „Obnovení objemu dat“, v důsledku čehož spotřebitelům, kteří si službu vlastním jménem nedeaktivovali, účtuje po vyčerpání základního datového balíčku cenu za nesnížené (zachování stávající) rychlosti datového připojení.

[32] Soud je toho názoru, že z formulace výroku je patrné, které jednání (skutek) bylo postiženo a žádnou neurčitost zde nevidí. Z výroku prvostupňového rozhodnutí je zřejmé, za jaké jednání je žalobce sankcionován, resp. v jakém jednání spatřuje naplnění zakázané obchodní praktiky, kterou spatřuje v tom, že bez výslovného souhlasu spotřebitele se spotřebiteli po vyčerpání základního objednaného balíčku dat obnovuje automaticky datový balíček ve stejné výši a za toto obnovení je následně spotřebiteli účtována cena. Jinými slovy se dopustil správního deliktu spočívající v jednání, že užil nekalých obchodních praktik při nabízení nebo poskytování služeb tím, že požadoval na spotřebiteli okamžitou nebo odloženou platbu za výrobky nebo služby, které mu dodal, ačkoli si je spotřebitel neobjednal.

[33] Soud přitom musí též hned v úvodu zdůraznit, že se ztotožňuje s právní kvalifikací jednání žalobce provedenou žalovaným. Jednání žalobce popsané ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí nelze kvalifikovat jinak než jako porušení povinnosti stanovené v ustanovení § dle ust. § 24 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele spočívající v zákazu použití nekalých obchodních praktik. Nekalou obchodní praktikou se podle § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele rozumí obchodní praktika, je-li jednání podnikatele vůči spotřebiteli v rozporu s požadavky odborné péče a je způsobilé podstatně ovlivnit jeho rozhodování tak, že může učinit obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil. Nekalé jsou zejména klamavé a agresivní obchodní praktiky, přičemž přílohy č. 1 a č. 2 k zákonu o ochraně spotřebitele obsahují výčet jednání, která je třeba vždy považovat za nekalá. Citovaný § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele je generální klauzulí nekalých obchodních praktik. V § 5 a § 5a zákona o ochraně spotřebitele jsou pak upraveny dva nejběžnější typy nekalých obchodních praktik, a to klamavé a agresivní obchodní praktiky. Přílohy č. 1 a č. 2 k zákonu o ochraně spotřebitele obsahují výčet jednání, která je třeba vždy považovat za nekalá.

[34] Vztahem mezi generální klauzulí nekalých obchodních praktik, speciálními ustanoveními v § 5 a § 5a zákona o ochraně spotřebitele a přílohami č. 1 a č. 2 tohoto zákona se Nejvyšší správní soud zabýval v rozsudku ze dne 23. 10. 2014, č. j. 7 As 110/2014 - 52, dostupném na www.nssoud.cz, kde objasnil, že při zjišťování, zda je obchodní praktika zakázaná podle zákona o ochraně spotřebitele, se uplatní postup od nejspécifitějšího k nejobecnějšímu. Správní orgán má proto nejprve posuzovat, zda dotčená obchodní praktika spadá do výčtu nekalých obchodních praktik v příloze č. 1 (klamavé obchodní praktiky) nebo č. 2 (agresivní obchodní praktiky) tohoto zákona, přičemž v případě nekalých obchodních praktik zde uvedených není třeba provádět hodnocení jednotlivých znaků podle § 4, § 5 nebo § 5 a zákona o ochraně spotřebitele, neboť praktiky vyjmenované v těchto přílohách jsou nekalé za všech okolností.

[35] V nyní posouzeném případě jde právě o výše uvedený případ, neboť žalobci bylo kladeno za vinu to, že se dopustil agresivní obchodní praktiky tím, že požadoval na spotřebiteli okamžitou nebo odloženou platbu za výrobky nebo služby, které mu dodal, ačkoli si je spotřebitel neobjednal, což je podstata spadající do Přílohy č. 2 písm. f) k zákonu o ochraně spotřebitele. Podle názoru soudu správní orgán I stupně postupoval správně, když jednání žalobce pod tuto skutkovou podstatu podřadil, neboť se podle názoru soudu jedná evidentně o nekalou praxi, neboť způsob, jakým žalobce jednal ve svých věcných souvislostech a s přihlédnutím ke všem jejím rysům a okolnostem výrazně zhoršilo svobodnou volbu nebo chování průměrného spotřebitele ve vztahu k produktu či službě.

[36] Služba, kterou zavedl operátor O2 ve vztahu k mobilnímu internetu, svobodnou volbu a chování zákazníka neovlivnila, spíše jeho svobodnou volbu obešla, když mu službu automaticky obnovila a požadovala za to úplatu, aniž měla k takovému jednání souhlas zákazníka. Žalobce v žalobě často argumentuje tím, že možnost čerpání dalšího objemu dat byla pro zákazníky zavedena zdarma a tato aktivace podle jeho názoru není žádnou dodávkou služby. V této souvislosti pak musí soud zdůraznit, že z výroku prvostupňového rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že žalobce není sankcionován samo o sobě za „Obnovení dat“, nýbrž za účtování dat po vyčerpání limitu. Ostatně to bylo zdůrazňováno již v prvostupňovém rozhodnutí, kde bylo uvedeno, že za „*agresivní obchodní praxi není správním orgánem považována možnost dalšího čerpání dat...*“ s tím, že agresivní obchodní praxi spatřuje v „...*zachování rychlosti čerpání dat a s tím související požadavek platby za toto zachování rychlosti*“ (viz. str. 7 prvostupňového rozhodnutí). V rozhodnutí je dále k této věci rozvedeno, že „*spotřebiteli je na základě změněných podmínek automaticky aktivována služba, aniž by spotřebitel projevil s objednáním této služby předem výslovný souhlas (může toliko projevit svůj nesouhlas prostřednictvím deaktivace služby), přičemž za tuto předem neobjednanou službu si podnikatel následně nárokuje další platbu (případně více plateb) pokud dojde k (i opakovanému) vyčerpání základního balíčku*“ (viz. str. 45 napadeného rozhodnutí). Proto soud nemůže přisvědčit žalobci v jeho poněkud z kontextu vytržené argumentaci, podle níž sama aktivace „Obnovení objemu dat“ je zřízena bezplatně a nepředstavuje žádnou dodávku služby, v důsledku čehož nemůžou být naplněny znaky platby za službu a dodání služby podle přílohy č. 2 písmeno f) přílohy k zákonu o ochraně spotřebitele.

[37] Taktéž s touto argumentací se nemůže soud ztotožnit, neboť službou se podle ust. 2 písm. n) rozumí „*služba obvykle poskytovaná za úplatu, která spočívá zcela nebo převážně v přenosu signálů po sítích elektronických komunikací, včetně telekomunikačních služeb a přenosových služeb v sítích používaných pro rozhlasové a televizní vysílání a v sítích kabelové televize...*“, kam předmětná „hlavní“ služba spočívající v poskytování dat rozhodně náleží. Dospěl-li soud však k názoru, že v posuzovaném případě není sankcionována „možnost obnovení dat“, nýbrž automatického obnovení dat za úplatu, došlo tak jednoznačně k prodlužování původní služby původní, a to za stejných podmínek, ve stejném rozsahu a za příslušnou úplatu. Proto ani odvolávání se na rozhodnutí ČOI ze dne 7. 12. 2009, č.j. ČOI 19610/2009/0100/2000/Be/Št zde není příležitá, poněvadž předmětem sporu v této věci byla skutečnost, zdali se aktivací funkcionality roamingu naplnila skutková podstata nekalé soutěže ve smyslu výše citovaného písmene f) přílohy k zákonu o ochraně spotřebitele, za což v právě posuzovaném případě žalobce sankcionován není, jak bylo vysvětleno výše.

[38] Žalobce v žalobě argumentuje tím, že souhlas s obnovou dat projevil zákazník sám, když po vyčerpání základního měsíčního objemu dat pokračoval v čerpání dat, což je podle názoru dostatečný projev vůle k tomu, že tak hodlá činit bez omezení ve všech činnostech jako doposud a tím svým aktivním jednáním čerpá data, která mu jsou zpoplatněna.

[39] S tímto tvrzením však soud nesouhlasí, neboť je třeba mít na paměti to, že v posuzovaném případě se jedná o právní vztah mezi podnikatelem (žalobcem) a jeho zákazníky (spotřebiteli), kteří ze zákona požívají daleko větší právní ochrany. Proto taková právní konstrukce neobstojí, poněvadž souhlas je ve spotřebitelských smlouvách nutno projevit výslovně. Ostatně to přímo vyplývá též z ust. § 1817 zákona č. 89/2012 Sb. (dále jen „NOZ“), v němž je uvedeno, že „*Podnikatel nesmí po spotřebiteli požadovat další platbu, než kterou je spotřebitel povinen uhradit na základě hlavního smluvního závazku, pokud spotřebitel nedal k této další platbě výslovný souhlas*“. V této souvislosti je nutno doplnit, že toto ustanovení je provedením čl. 22 směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitelů, podle něhož: „*Před tím, než je spotřebitel vázán smlouvou nebo nabídkou, si obchodník vyžádá výslovný souhlas spotřebitele pro každou další platbu kromě dohodnuté úhrady za hlavní smluvní závazek obchodníka. Pokud obchodník tento výslovný souhlas spotřebitele neobdržel, ale podsunul mu jej pomocí předem nastavených možností, které musí spotřebitel zamítnout, aby se vyhnul dodatečné platbě, má spotřebitel nárok na vrácení této platby*“, což je třeba mít při výkladu ust. § 1817 NOZ vždy na paměti. Byť druhá věta směrnice nebyla převzata do ust. § 1817 NOZ, výkladem je nutné dojít k závěru, že toto ustanovení nedovoluje považovat za výslovný souhlas absenci projevu vůle spotřebitele, přičemž porušení této povinnosti v ust. § 1817 NOZ bude mít stejné důsledky jako v neuvedené druhé větě směrnice, neboť takový postih nesplnění povinnosti podle ust. § 1817 NOZ může být jediným postihem nekalé praktiky spočívající ve zneužívajícím podsunutí spotřebiteli závazku k další platbě, kdy profesionál předpokládá, že závazek zůstane nepovšimnut.

[40] Z výše uvedeného tedy vyplývá, že výslovným souhlasem se rozumí včasný „aktivní“ souhlas, tedy výslovný projev vůle k takové další platbě (např. zaškrtnutí zaškrtačového okénka v elektronickém formuláři, nikoli naopak absenci zrušení jeho zaškrtnutí přednastaveného). Nikoliv však projev vůle spočívající v právní konstrukci, že souhlas se předpokládá, pokud není výslovně projeven nesouhlas, jak je tomu v nyní projednávaném případě. Takový výklad podle názoru zcela odpovídá interpretačnímu principu ve prospěch spotřebitele obsaženým ve spotřebitelském právu (viz. také čl. 5 směrnice 93/13/EHS o zneužívajících klauzulích). V rámci výše uvedeného proto lze uzavřít, že nelze za výslovný aktivní souhlas považovat to, že bylo povinností zákazníka, pokud nechce službu „obnovení dat“ využít, přihlásit se do internetového účtu O2 a projevit svůj nesouhlas zaškrtnutím kolonky nesouhlasím s automatickým obnovením. Soud se proto musí ztotožnit s argumentací žalovaného, a též prvostupňového orgánu, jenž zkonstatoval, že postup žalobce by byl správný jedině v případě, pokud by „*aktivace služby „Obnovení objemu dat“ byla založena na aktivním úkonu účastníka a nebyla tedy všem účastníkům aktivována automaticky*“.

[41] Soud se též neztotožňuje s námitkou žalobce, podle něhož svou informační povinnost splnil v souladu s ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích, protože podle názoru tuto povinnost zcela nesplnil. Podle ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích má Podnikatel poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací nebo zajišťující připojení k veřejné komunikační síti povinnost před nabytím účinnosti změny smlouvy informovat účastníka o jeho právu ukončit smlouvu ke dni nabytí účinnosti změny, a to bez této úhrady, jestliže nové podmínky nebude účastník akceptovat. Správním orgánem bylo zjištěno, že žalobce zveřejnil informaci o připravované změně podmínek v Ceníku platném od 15. 4. 2015 v tomto znění: „*Od 15. 4. 2015 budeme měnit fungování datového limitu u mobilních datových služeb. Nové podmínky najdete od 15. 4. 2015 v cenících O2 Mobilní hlasová služba a O2 Mobilní internetové připojení, které jsou k dispozici na www.o2.cz/cenik-služeb. V návaznosti na vydání nových všeobecných podmínek (VP) si Vás dovoluujeme informovat, že dojde ke změně ve způsobu oznamování změn smlouvy (čl. 17 VP) ze strany O2 a ve způsobu objednávání z aktuální nabídky volitelných služeb (čl. 2.1. VP a příloha č. 1 Ceníku). Tyto změny pro Vás budou platné 1 měsíc od obdržení této informace. Plné znění VP naleznete na www.o2.cz*“. Už z pouhého nahlédnutí do oznámení je zřejmé, že nejdůležitější informace ohledně práva spotřebitele ukončit smlouvu ke dni nabytí účinnosti změny, jestliže nové podmínky nebude

akceptovat, obsažena v oznámení nebyla. Správní orgán proto podle názoru soudu správně zkonstatoval, že žalobce se neinformováním účastníků podle ust. § 63 odst. 6 věty třetí zákona o elektronických komunikacích dopustil spáchání správního deliktu podle ust. § 118 odst. 14 písm. v) zákona o elektronických komunikacích.

[42] Soud též nesouhlasí s argumentací žalobce, podle něhož je příslušná změna změnou nepodstatnou, a tudíž nepodléhá režimu podle ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích. V této souvislosti je nutno podotknout, že změnu podmínek v Ceníku platném od 15. 4. 2015 zahrnující aktivaci služby „Obnovení objemu dat“, kterou provedl žalobce, je nepochybně změnou obchodních podmínek podle ust. § 1752 NOZ. Ustanovení § 1752 NOZ pro možnost změny obchodních (smluvních) podmínek vyžaduje, aby si strany ve smlouvě takovou možnost změny smlouvy sjednaly, a dále, aby bylo ujednáno, jak se změna obchodních podmínek oznámí druhé straně. Musí být současně zachováno právo druhé strany změny odmítnout a závazek z tohoto důvodu vypovědět, když výpovědní lhůta musí být dostatečná k obstarání obdobných plnění od jiného dodavatele. V případě, že nebudou splněny požadavky kladené občanským zákoníkem na jednostrannou změnu smluvních podmínek, nebude taková změna platná, resp. účinná. Současně platí, že § 1752 NOZ resp. možnost jednostranné změny smluvních podmínek, se vztahuje na smlouvy zavazující dlouhodobě k opětovným plněním. V případě sjednání krátkodobé smlouvy se tak plně uplatní princip pacta sunt servanda promítnuté v § 1759 NOZ, který stanoví, že smlouvu lze změnit nebo zrušit jen se souhlasem všech stran.

[43] Právní úprava obsažená v ust. § 1752 NOZ představuje obecný základ pro jednostranné změny obchodních podmínek, která se též uplatní ve vztahu vůči zvláštním zákonům. Ve vztahu zvláštních zákonů se pak bude muset přezkoumávat, zda jejich jednotlivá ustanovení jsou lex specialis vůči konkrétním normám obecného závazkového práva. Není pochyb o tom, že ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích je ve vztahu k ust. § 1752 NOZ lex specialis, která tuto obecnou úpravu doplňuje o konkrétní specifika spočívající hlavně v informační povinnosti podnikatele vůči spotřebiteli. Ale protože ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích možnost jednostranné změny obchodních podmínek neřeší, proto se v tomto rozsahu zcela uplatní úprava obsažená v ust. § 1752 NOZ, která stanoví, že: „*Uzavírá-li strana v běžném obchodním styku s větším počtem osob smlouvy zavazující dlouhodobě k opětovným plněním stejného druhu s odkazem na obchodní podmínky a vyplývá-li z povahy závazku již při jednání o uzavření smlouvy rozumná potřeba jejich pozdější změny, lze si ujednat, že strana může obchodní podmínky v přiměřeném rozsahu změnit. Ujednání je platné, pokud bylo předem alespoň ujednáno, jak se změna druhé straně oznámí a pokud se této straně založí právo změny odmítnout a závazek z tohoto důvodu vypovědět ve výpovědní době dostatečné k obstarání obdobných plnění od jiného dodavatele; nepřiblíží se však k ujednání, které s takovou výpovědí spojuje zvláštní povinnost zatěžující vypovídající stranu*“.

[44] Jedná-li se proto o smlouvy uzavírané za okolností dle první věty § 1752 odst. 1, lze ke změně přistoupit, pouze pokud byly předem ujednány náležitosti stanovené ve druhé větě § 1752 odst. 1; jedná se přitom o kogentní ustanovení, od něž není možné se odchýlit dohodou stran.

[45] Dospěl-li soud k závěru, že ust. § 1752 odst. 1 NOZ je ustanovením vztahujícím se k ust. § 63 odst. 3 zákona o elektronických komunikacích, a je ustanovením kogentním, není též podle názoru soudu příliš rozhodující, jestli se jednalo o „*podstatnou změnu smlouvy*“, neboť ust. § 1752 odst. 1 NOZ, pracuje výhradně s pojmem „*změna*“ bez rozlišení.

[46] Pokud tedy spojoval dříve zákon o elektronických komunikacích (ve znění účinném v době jednání žalobce, které bylo postiženo) informační povinnost s „*podstatnou změnou smlouvy*“

vedoucí ke zhoršení postavení účastníka“, jednalo se o podmínku, která byla podle názoru soudu mírnější v neprospěch spotřebitele (úprava provedená v kogentním ust. § 1752 NOZ byla pro spotřebitele výhodnější), což však nemá pro samotný právní závěr v tomto konkrétním případě vliv – v jednání žalobce bylo řádně spatřováno porušení povinností spojených s podstatnou změnou smlouvy, což naplnilo i přísnější režim ust. § 1752 NOZ.

[47] Dále je nutné v argumentační rovině upozornit na to, že zákonodárce ve shora uvedeném smysl novelizoval příslušné ustanovení zákonem č. 252/2017 Sb. ze dne 19. července 2017, který s účinností od 2. 9. 2017 změnil příslušné ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích tak, že: *„Podnikatel poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací nebo zajišťující připojení k veřejné komunikační síti je povinen nejméně 1 měsíc před nabytím účinnosti změny smlouvy uveřejnit informaci o této změně v každé své provozovně a způsobem umožňujícím dálkový přístup. Zároveň je podnikatel povinen informovat účastníka o uveřejnění. Pokud se jedná o změnu náležitostí smlouvy uvedených v odstavci 1 písm. c) až p) a r), je podnikatel povinen informovat účastníka způsobem sjednaným ve smlouvě rovněž o jeho právu ukončit smlouvu ke dni nabytí účinnosti této změny, a to bez sankce, jestliže nové podmínky nebude účastník akceptovat.“*

[48] V rámci výše uvedeného proto soud, stejně jako žalovaný, zastává názor, že se v daném případě jednalo o změnu podstatnou, která spočívala v tom, že účastník o ní nebyl vyrozuměn bez sankce vypovědět smlouvu. Soud podotýká, že každá změna obchodních podmínek vztahující se k majetkové sféře spotřebitele (účastníka), je změnou zásadní, jaká může nastat, proto se muselo jednat o podstatnou změnu podmínek (což podporuje jednoznačně i znění ust. § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích účinných od 2. 9. 2017). Změna podmínek, která po účastníkovi vyžaduje další platbu nad sjednanou cenu příslušné služby, pokud dosavad taková platba vyžadována nebyla a služba byla, byť v jiné kvalitě, poskytována bezplatně, je změnou, která má v konkurenčním prostředí vliv na rozhodování spotřebitele, zda službu využije, či nikoliv.

[49] Napadá-li žalobce nesrozumitelnost a neurčitost výroku V. prvostupňového rozhodnutí, tak soud uvádí, že podle ust. § 63 odst. 5 zákona o elektronických komunikacích může Úřad podnikateli poskytujícímu veřejně dostupnou službu elektronických komunikací uložit podnikateli rozhodnutím provedení změn jeho smluv, jsou-li v rozporu s tímto zákonem nebo v rozporu se zákonem obsahujícím pravidla ochrany spotřebitele, a to z důvodu nekalých, klamavých nebo agresivních obchodních praktik nebo z důvodu diskriminace spotřebitele, přičemž není podle názoru soudu povinností Úřadu přesně specifikovat, jaké konkrétní změny smluv by měl sankcionovaný podnikatel učinit, a čím mají být příslušná ujednání nahrazena, aby je uvedl do souladu s žádaným stavem. Povinností Úřadu je samozřejmě dostatečně srozumitelně specifikovat, v čem spatřuje rozpor a jak tento rozpor odstranit, což v posuzovaném případě prvostupňový orgán učinil dostatečně, když uložil povinnost *ze všech smluv těchto účastníků odstranit všechna ujednání, na jejichž základě by účastník řízení byl oprávněn bez výslovného a aktivního objednání ze strany spotřebitele automaticky obnovit po vyčerpání balíčku objem poskytovaných datových služeb a za takto provedené automatické obnovení objemu poskytovaných služeb účtovat cenu*. Bližší specifikace podle názoru není nutná, ostatně není povinností Úřadu dát do souladu smlouvy, které jsou v rozporu se zákonem, to je povinností žalobce, tj. toho, kdo nesoulad smlouvy se zákonem způsobil.

[50] Pokud jde o námitku nepřiměřenosti sankce, soud ji rovněž neshledal důvodnou.

[51] Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku: *„ukládání pokut za správní delikty se děje ve sféře volného správního uvážení (diskrečního práva) správního orgánu, tedy v zákonem dovolené volnosti*

správního orgánu rozhodnout ve vymezených hranicích, resp. volit některé z více možných řešení, které zákon dovoluje. Na rozdíl od posuzování otázek zákonnosti, jimiž se soud musí při posuzování správní věci k žalobní námitce zabývat, je oblast správní diskrece soudní kontrole prakticky uzavřena. Podrobit volné správní uvážení soudnímu přezkoumání při hodnocení zákonnosti rozhodnutí lze jen potud, překročil-li správní orgán zákonem stanovené meze tohoto uvážení, vybočil-li z nich nebo volné uvážení zneužil. Není však v pravomoci správního soudu, aby vstoupil do role správního orgánu a položil na místo správního uvážení soudcovské a sám rozhodl, jaká pokuta by měla být uložena. To by mohl soud učinit podle § 78 odst. 2 s. ř. s. jen na návrh žalobce, pokud by dospěl k závěru, že pokuta byla správním orgánem uložena ve zjevně nepřiměřené výši (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 8. 2003, č. j. 6 A 96/2000 - 62, publikovaný pod č. 225/2004 Sb. NSS, www.nssoud.cz). [...] prostor pro zohlednění přiměřenosti ukládané sankce při hodnocení zákonnosti uložené pokuty (§ 78 odst. 1 s. ř. s.) by byl dán pouze tehdy, pokud by vytýkaná nepřiměřenost měla kvalitu nezákonnosti, tj. v případě, že by správní orgán vybočil ze zákonných mantinelů při ukládání pokuty, jeho hodnocení kritérií pro uložení pokuty by postrádalo logiku, správní orgán by nevzal do úvahy všechna zákonná kritéria, uložena pokuta by byla likvidační apod.“ (viz. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, č.j. 1 Afs 1/2012-36).

[52] Soud přitom považuje zdůvodnění výše pokuty v prvostupňovém rozhodnutí a doplnění v napadeném rozhodnutí za dostatečně jasné, logické a srozumitelné. Z obou rozhodnutí je dostatečně vysvětleno, jakými úvahami se správní orgán při svém rozhodování řídil, jaká kritéria byla vzata v úvahu a jak význam deliktu zvyšují či naopak snižují. Soud proto nemá důvod vytýkat žádné nedostatky v užití správního uvážení, protože správní orgány svého diskrečního práva užily podle zákonného příkazu a také z mezí zákonem vytyčených nijak nevybočily.

[53] V posuzovaném případě byla žalobci uložena ve výši xxxx Kč, přičemž podle ust. § 118 odst. 22 písm. b) zákona o elektronických komunikacích může správní orgán uložit za tento správní delikt pokutu až do výše 20 000 000 Kč. Stanovená pokuta proto představuje xxxx % z celkového rozpětí. Soud proto nemůže výši takové pokuty považovat za nepřiměřenou, nehledě na to, že ani žalobce, ač tvrdí, že je pokuta nepřiměřená, pak tento nesouhlas ničím nezduodnil, nevedl, z jakých důvodů považuje takovou pokutu za nepřiměřenou, a ani nevedl, jakou pokutu považuje za přiměřenou, a to vzhledem k jeho majetkovým poměrům.

[54] V dané věci tak soud uzavírá, že podanou žalobu nepovažuje za důvodnou a proto ji zamítl (ust. § 78 odst. 7 s.ř.s.).

[55] Výrok o náhradě nákladů řízení je odůvodněn ust. § 60 odst. 1 s.ř.s., podle kterého má účastník, který měl ve věci úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem. Vzhledem k tomu, že žalovanému státu tyto nevznikly, soud rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou (2) týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

Praha 22. února 2018

JUDr. Ladislav Hejtmánek v.r.
předseda senátu