



ÚŘAD PRO OCHRANU OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Pplk. Sochora 27, 170 00 Praha 7
tel.: 234 665 111, fax: 234 665 444
posta@uouu.cz, www.uouu.cz



Čj. UOOU-03916/19-49

ROZHODNUTÍ

Předsedkyně Úřadu pro ochranu osobních údajů jako odvolací orgán příslušný podle § 10 a § 152 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, rozhodla podle § 152 odst. 6 písm. b) správního řádu takto:

Rozklad obviněné, společnosti XXXXXX, proti rozhodnutí čj. UOOU-03916/19-42 ze dne 6. března 2020, se zamítá a napadené rozhodnutí se potvrzuje.

Odůvodnění

I. Vymezení věci

[1] Správní řízení ve věci podezření ze spáchání přestupku podle § 11 odst. 1 písm. a) bod 1 zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, bylo zahájeno oznámením Úřadu pro ochranu osobních údajů (dále jen „Úřad“) doručeným obviněné společnosti XXXXXX (dále jen „obviněná“), dne 23. září 2019. Podkladem pro zahájení řízení byl především spisový materiál shromážděný v rámci kontroly dle zákona č. 255/2012 Sb., kontrolní řád, sp. zn. UOOU-01284/17 provedené ve dnech 7. září 2017 až 4. září 2019. Podkladem řízení byly dále i další podněty od stěžovatelů na zasílání nevyžádaných obchodních sdělení, které již z časových důvodů nebylo možno do kontroly zařadit.

[2] Rozhodnutím čj. UOOU-03916/19-42 ze dne 6. března 2020 (dále též jen „rozhodnutí“) Úřad coby správní orgán I. stupně shledal obviněnou vinnou ze spáchání přestupku podle § 11 odst. 1 písm. a) bod 1 zákona č. 480/2004 Sb., neboť v případech blíže specifikovaných v bodech A-D) výroku rozhodnutí šířila obchodní sdělení ve smyslu § 2 písm. f) zákona č. 480/2004 Sb. bez platného právního titulu, čímž porušila povinnost stanovenou v § 7 odst. 2 zákona č. 480/2004 Sb. Za výše popsané deliktní jednání jí byla uložena pokuta ve výši 6.000.000 Kč.

[3] Obviněná vinu i výši uložené pokuty odmítá. Proti rozhodnutí se tak ohradila rozkladem. Ten byl doručen v zákonné lhůtě a současně je z něj patrné, v jakém rozsahu i z jakého důvodu obviněná rozhodnutí napadá. Odvolací orgán tak konstatuje, že jej považuje za včasný a řádný.

II. Obsah rozkladu

[4] Obviněná body svého rozkladu blíže člení do písmen A) – F). K jednotlivým bodům blíže uvádí následující:

[5] A) Obviněná prvně namítá, že je rozhodnutí nepřezkoumatelné, jeho odůvodnění je v rozporu s § 68 odst. 3 správního řádu a je vnitřně rozporné. K tomu konstatovala, že Úřad ve vztahu ke způsobu prokazování souhlasů obviněnou v rozhodnutí uvádí, že způsob prokázání souhlasů záleží zcela na obviněné, přičemž po obviněné nepožaduje metodu double opt-in, ani doložení nahrávek hovorů. Současně však shledal (bez uvedení jiných přípustných způsobů prokázání právních titulů) souhlasy se zasíláním obchodních sdělení doložené obviněnou jako neprokazatelné, neboť obviněná nepoužívala při jejich získávání metodu double opt-in, resp. neuchovávala nahrávky telefonních hovorů. Odůvodnění tak má obsahovat protichůdné závěry, přičemž není zřejmé, proč Úřad shledal předložené souhlasy neprokazatelnými, ani to, jaké jiné způsoby prokázání souhlasu jsou dle Úřadu přípustné.

[6] Taktéž měla zůstat nevypořádána námitka, že takové pořizování a uchovávání nahrávek telefonních hovorů by bylo v rozporu se zásadou minimalizace osobních údajů dle čl. 5 odst. 1 písm. e) 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 (obecné nařízení o ochraně osobních údajů).

[7] B) Skutková zjištění Úřadu obsažená v rozhodnutí jsou neúplná a nesprávná, neboť Úřad na základě nedoložení (nadbytečně) požadovaných podkladů obviněnou ke vzorku 1 % e-mailových adres z Úřadem posuzované rozesílky dovedl, že obviněná neprokázala právní tituly pro zasílání obchodních sdělení ke zbývajícím částem celé předmětné rozesílky (tedy k 459 523 e-mailovým adresám), což zohlednil při určení výměry pokuty jako přitěžující okolnost.

[8] Obviněná uvádí, že dne 8. června 2017 předložila databázi (v rozsahu právního titulu k rozesílce, právního titulu ke zpracování osobních údajů, rozsah zpracovávaných osobních údajů a databáze odmítnutých souhlasů) včetně dokumentů dokládajících zákaznický vztah (tam, kde nebyl právním titulem rozesílky souhlas), a detailní popis procesů získávání a evidence souhlasů prostřednictvím hovorů na centrálu obviněné a prostřednictvím webového formuláře a jak se souhlasy propisují do databáze CRM. Současně uvádí, že lze předpokládat, že převážná část adresátů rozesílky ze dne 7. června 2017 byli její zákazníci, avšak na základě rozhodnutí o zkrácení dob uchování osobních údajů byly údaje o jejich nákupu vymazány. Úřad se přitom neměl zabývat legitimitou takového postupu, když jej bez dalšího považoval za účelový. V rozhodnutí současně absentuje uvedení toho, jak dlouho měla a mohla obviněná osobní údaje uchovávat. Šlo přitom o naplnění zásady omezení uložení, které jí nemůže být přičítáno k tíži. Pokud jde o vybraný vzorek 1 % kontaktů z rozesílky ze dne 7. června 2017, většina kontaktů existenci právního titulu pro zasílání obchodních sdělení nikdy nerozporevala a nepodala stížnost, a proto presumpce neexistence titulu pro celou

rozesílku na základě vzorku 1 % má být v rozporu s povinností prokázání skutkového stavu na úrovni materiální pravdy.

[9] C) Právní závěry Úřadu obsažené v rozhodnutí o absenci oprávnění obviněné k rozesílání obchodních sdělení v případech uvedených ve výroku I. rozhodnutí jsou nesprávné. Úřad došel k chybnému právnímu závěru o neplatnosti a neprokazatelnosti souhlasů obviněné pro zasílání obchodních sdělení. Úřad dále nesprávně posoudil postavení obviněné při rozesílání obchodních sdělení prostřednictvím smluvních partnerů obviněné, když dovodil, že je obviněná za takovou rozesílku odpovědná jako šířitel obchodních sdělení, aniž by měl tento pojem oporu v zákoně nebo v odůvodnění rozhodnutí.

[10] Námitky vad nesprávného právního posouzení věci obviněná blíže rozděluje do 4 bodů:

- 1) Nejprve se zabývá prokazatelností souhlasu uděleného prostřednictvím formuláře na webu, kde opětovně namítá, že Úřad byl ochoten uznat pouze tzv. double opt-in souhlas, když v souladu s pokyny Pracovní skupiny zřízené podle čl. 29 ukládá při udělení souhlasu informace o relaci v rozsahu IP adresy zařízení, příp. identifikátor cookie, avšak k jejich předložení nebyla Úřadem nikdy vyzvána. Současně uvádí, že je připravena je dodatečně předložit v doplnění rozkladu. To skutečně učinila, když byl následně Úřadu doručen přípis ze dne 31. března 2020 spolu s přílohou – .xlsx tabulkou tříděnou do 3 sloupců obsahující celkem 2 251 e-mailových kontaktů vždy s příslušnou informací „IP adresa“ a „Datum zpracování souhlasu v CRM“. Obviněná dále nesouhlasí s názorem Úřadu, že by souhlasy se zasíláním obchodních sdělení ztrácely po několika měsících bez reakce sílu a sdělení by pak mohlo být vnímáno jako obtěžující. Platnost souhlasu totiž z časového hlediska není zákonem ani samotným souhlasem omezena. Posledně se obviněná vyjádřila k otázce svobody a dobrovolnosti udělení souhlasu prostřednictvím webového formuláře. Popisuje-li Úřad podobu formuláře, kde je zaškrťovací pole souhlasu automaticky předvyplněno, mohlo se jednat o chybu v systému poplatnou konkrétnímu okamžiku místního šetření, nikoli době sběru předmětných osobních údajů.
- 2) K prokazatelnosti souhlasu uděleného během telefonního hovoru opětovně uvádí, že postupuje v souladu s Pokyny WP 29. Operátorky call centra mají postupovat podle interního pokynu, podle kterého zapíše souhlas do databáze až po řádném vysvětlení možného využití kontaktních údajů volajícímu. Pořizování a uchovávání nahrávek má přitom odporovat zásadě minimalizace.
- 3) K charakteru zasílané komunikace obviněná uvádí, že některé sdělení nelze považovat za obchodní sdělení. Byla zde časová souvislost mezi poptávkou a reakcí a ta nebyla rozesílána z kontaktů užívaných pro kampaně, nýbrž z kontaktů jednotlivých pracovníků. Odpověď na poptávku zákazníka nelze považovat za obchodní sdělení, přičemž není rozhodné, že je odpověď obecnějšího či automatizovaného charakteru.
- 4) K zasílání obchodních sdělení prostřednictvím partnerů obviněná předně trvá na názoru, že zákon č. 480/2004 Sb. pojem „šířitel“ nevymezuje a neupravuje povinnosti či odpovědnost osoby, která si u třetí strany objedná rozesílku obchodních sdělení. Jako zadavatel proto nemůže za rozesílku odpovídat.

Odpovědnost by na ni naopak kladla nepřiměřené požadavky a byla v rozporu se zásadou minimalizace.

[11] D) Obviněná nesouhlasí s výší pokuty. Na tomto místě opakuje, že Úřad na základě nedoložení právního titulu ke vzorku 1 % e-mailových adres z Úřadem posuzované rozesílky dovodil, že obviněná neprokázala titul pro zasílání sdělení ke zbývajícím částem celé rozesílky (tedy k 459 779 e-mailovým adresám). Dokazování nad rámec zkušební vzorku však nebylo prováděno, a nemůže proto být hodnoceno. Pokud jde o adresnou opakovanost sdělení, domnívá se, že se tak nestalo u 18 adresátů, nýbrž se fakticky jednalo pouze o jednoho (správce domén XXXXXX). Konečně má za to, že nemůže být považována za profesionála v oboru, kde dochází k rozsáhlému zpracování osobních údajů. Její hlavní činností je obchodování s vozidly, přičemž rozesílání obchodních sdělení je pouze jednou z vedlejších činností. Jako hodnocená okolnost by toto mohlo být považováno pouze v případech, kdy je hlavní činností obchodníka marketing či poskytování online služeb.

[12] E) Rozhodnutí mělo zasáhnout do legitimního očekávání obviněné. V této souvislosti vyjmenovává některá rozhodnutí Úřadu, v nichž byla uložena nižší pokuta, přičemž nemá být zřejmé, proč v případě obviněné bylo rozhodnuto jinak.

[13] F) Úřad měl konečně postupovat při opatřování podkladů rozhodnutí v rozporu se základními zásadami činnosti správních orgánů obsažených v hlavě II. správního řádu, když v rozporu se zásadou hospodárnosti ve smyslu § 6 odst. 2 správního řádu kladl na obviněnou nepřiměřené požadavky na součinnost, které by představovaly nepřiměřené časové a finanční zatížení obviněné. Převážná část odůvodnění rozhodnutí, na jehož základě Úřad shledal obviněnou vinnou ze spáchání přestupku, se zakládá na údajném nesplnění těchto nepřiměřených požadavků obviněnou.

[14] Konkrétně obviněná uvádí, že Úřad měl požadovat prokázání právních titulů ke 4 600 e-mailovým adresám, a to jím specifikovaným způsobem – záznamy hovorů, potvrzujícími e-maily a ke kontaktům získaným v souvislosti s prodejem doložením kupní smlouvy, faktury či obdobných dokladů. Úřad tak nespécifikoval, že by jako dostatečné považoval doložení údajů o relaci. Současně však uvádí, že proces exportu údajů ze systému není automatizovaný a zabral by mnoho času. Nadto neměl Úřad ani specifikovat, jaké konkrétní informace požaduje, a proto z podstaty věci nemohla obviněná požadavkům vyhovět. Vždy však poskytovala součinnost v požadovaném rozsahu. Obviněná je proto přesvědčena, že postup Úřadu pro ni znamenal nepřiměřené časové a finanční zatížení rozporné s principy dle § 6 odst. 2 správního řádu.

[15] Na základě shora uvedeného obviněná navrhla, aby předsedkyně Úřadu napadené rozhodnutí zrušila v celém rozsahu a řízení zastavila, případně rozhodnutí zrušila a věc vrátila k novému projednání.

III. Posouzení orgánem druhého stupně

[16] Odvolací orgán přezkoumal napadené rozhodnutí v celém rozsahu, včetně procesu, který předcházela jeho vydání, a dospěl k následujícím závěrům.

[17] **Ad A)** Šíření obchodních sdělení elektronickými prostředky je na národní úrovni regulováno primárně zákonem č. 480/2004 Sb., jenž je vnitrostátní reakcí na Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES, o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí

v odvětví elektronických komunikací a Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu). Zejména směrnice 2002/58/ES pak vymezuje ochranu osobních údajů, jakož i oprávněných zájmů právnických osob v souvislosti s elektronickými komunikacemi, přičemž konkrétně v čl. 13 upravuje práva a povinnosti při šíření obchodních sdělení. Zjevnou snahou zákonodárce je omezení šíření adresátem – ať už fyzickou či právnickou osobou – předem a zcela konkrétně nevyžádaných komerčních sdělení, aniž by je mohl rozumně očekávat. Současně je zde patrný důraz na přenos povinností na šířitele, transparentnost takové případné činnosti a minimalizaci finančních i časových nákladů adresáta, neboť jde o sdělení, která si nevyžádal a ve svém důsledku jej často pouze obtěžují. Obdobně je však nutno přihlédnout i k oprávněným zájmům provozovatelů elektronických sítí a poskytovatelů dalších obdobných služeb, neboť jak uvedl Městský soud v Praze v rozsudku čj. 14 A 242/2018-40 ze dne 7. dubna 2020: „*obecně je zasílání nevyžádaných obchodních sdělení nežádoucí, neboť odesílatel přenáší rozhodující část nákladů marketingové kampaně na někoho jiného. Náklady na distribuci nesou hlavně poskytovatelé internetových služeb a potažmo též jejich příjemci (časové či finanční). Nadto může být jejich zasíláním narušeno řádné fungování interaktivních sítí, může dojít k zahlcení mail-serverů apod. Přesto je však zasílání nevyžádaných obchodních sdělení v oblasti marketingu velmi využíváno, neboť náklady odesílatele takových zpráv jsou minimální a jím odeslané sdělení se může dostat k velkému množství adresátů.*“

[18] Jde tak o ideová východiska, která je nutno mít při interpretaci § 2, 7 a 11 zákona č. 480/2004 Sb. na paměti, neboť nelze připustit výklad, který by popíral jejich smysl a účel.

[19] Z konstrukce § 7 i § 11 zákona č. 480/2004 Sb. potom jednoznačně vyplývá, že očekávání adresáta v možnost obdržení nevyžádaných obchodních sdělení je založeno primárně souhlasem se zasíláním obchodních sdělení. Při dodržení zásady eurokonformního výkladu národního práva, resp. v tomto případě souladu se směrnicí 2002/58/ES, je nutno souhlas též vykládat i ve smyslu souhlasu se zpracováním osobních údajů, neboť souhlas se zasíláním obchodních sdělení musí splňovat obdobné předpoklady. Toto konkrétně vyplývá jak z recitálu 17 směrnice 2002/58/ES, tak i její normativní části v čl. 2 písm. f), podle něhož platí, že „*souhlas*“ uživatele či účastníka odpovídá souhlasu subjektu údajů podle směrnice 95/46/ES.“ Vzhledem ke zrušení směrnice 95/46/ES se v tomto odkazuje na nařízení (EU) 2016/679, a to v souladu s jeho čl. 94 odst. 2. Ustanovení čl. 7 odst. 1 nařízení (EU) 2016/679 potom stanoví: „*Pokud je zpracování založeno na souhlasu, musí být správce schopen doložit, že subjekt údajů udělil souhlas se zpracováním svých osobních údajů.*“ Souhlas tak musí být zcela jednoznačně prokázán, přičemž důkazní břemeno leží výhradně na správci osobních údajů, resp. šířiteli obchodních sdělení. Nadto, jak vyplývá z definice souhlasu dle čl. 4 odst. 11 nařízení (EU) 2016/679, k relevanci souhlasu je nutno prokázat, že tento je svobodný, konkrétní, informovaný a jednoznačný projev vůle, kterým konkrétní subjekt údajů, resp. adresát obchodních sdělení, dává svolení ke zpracování svých osobních údajů (šíření blíže specifikovaných obchodních sdělení). Obdobně ustanovení § 7 odst. 3 zákona č. 480/2004 Sb. podmiňuje, kromě jiného, zaslání obchodního sdělení schopností dostatečně prokázat vznik zákaznického vztahu v souladu s pravidly pro ochranu osobních údajů, resp. nařízením (EU) 2016/679.

[20] K prokázání právního titulu k šíření obchodních sdělení ve vztahu k jednotlivým adresátům byla obviněná opakovaně vyzývána. K tomu Úřad návodně uváděl příklady běžně používaných způsobů prokazování existence udělení souhlasu či zákaznického vztahu.

Vzhledem k tomu, že po dobu celého trvání kontrolního, resp. správního řízení obviněná doložila toliko popis jednotlivých postupů při získávání a uchování elektronických kontaktů, resp. souhlasů, spolu s informací, kterým z popisovaných postupů byl ten který elektronický údaj získán, nelze než konstatovat, že souhlasy konkrétních adresátů nebyly dostatečně doloženy. Ačkoliv opakovaně uváděla, že je schopna doložit údaje o relacích při vyplnění webového formuláře adresáty, avšak toto pro ni představuje měsíc práce, je třeba především připomenout, že kontrolní řízení začalo v září 2017, trvalo téměř 2 roky, následovalo správní řízení v I. stupni, přičemž obviněná tyto tvrzené skutečnosti předložila teprve až v rámci doplnění rozkladu ze dne 31. března 2020. Nicméně odvolací orgán konstatuje, že ani EXCEL tabulka doložená v rámci doplnění rozkladu udělení platného souhlasu konkrétními adresáty nijak nedokládá. Nikterak z ní nevyplývá, že by skuteční držitelé předmětných e-mailových schránek v uvedený čas udělili souhlas se zasíláním obchodních sdělení, přičemž pokud jde o předkládané IP adresy, ani ty souhlas ze strany konkrétního adresáta (zákazníka) jednoznačně neprokazují (mnohdy se jedná o totožné IP adresy a nejde o identifikátor konečného adresáta). Nadto se odvolací orgán pozastavuje nad relevancí předložených údajů, neboť jak je z databáze v porovnání s IP adresami zjištěnými během kontroly jako adresami patřícími do rozsahu obviněné zřejmé, některé údajné souhlasy měly být uděleny právě z jejich adres (např. XXXXXX).

[21] Pokud jde o tvrzené postupy získávání souhlasů, ani ty nezaručují existenci a validitu souhlasu. Jak vyplynulo z místního šetření čj. UOOU-01284/17-58 ze dne 8. října 2018, je možné, aby operátor call centra zaznamenal do systému CRM příslušný souhlas se zpracováním osobních údajů a zasíláním obchodních sdělení, ačkoliv volající uvede výslovný nesouhlas. Případně, jak se i stalo v rámci zkušebního hovoru během místního šetření, zaznamená údaje k osobě zcela odlišné od osoby volající. Podobné platí i v případě zkušebního nákupu v autobazaru, kdy kontrolující coby zákazníci souhlas k marketingovým účelům odmítli, avšak do systému byl souhlas propsán.

[22] Za důkazní prostředek může sloužit v zásadě vše, co umožňuje zjistit skutkový stav věci. Vzhledem k tomu, že zákon nestanoví, jakým způsobem mají být souhlasy prokazovány, uplatní se zásada volného hodnocení důkazů. Jak bylo však předestřeno výše, musí jít o důkaz jednoznačně průkazný, přičemž zákon č. 480/2004 Sb. ve spojitosti s nařízením (EU) 2016/679 přenáší důkazní břemeno v této věci na šířitele obchodních sdělení, tj. obviněnou. S ohledem na to, že Úřad neví a nemůže vědět, jakým způsobem má obviněná v úmyslu souhlasy doložit, nelze označit úřední postup za nesprávný, jestliže obviněnou vyzve toliko obecnou výzvou k doložení skutečností spolu s informací, jakými prostředky se dané skutečnosti obvykle prokazují či jinými doporučeními, aniž by zcela přesně konkretizoval, co má být předloženo. Na nutnost souhlas doložit včetně toho, že dosud předložené informace jsou nedostatečné, však byla obviněná jak v průběhu kontroly, tak i správního řízení upozorněna, resp. z průběhu řízení to jednoznačně vyplývalo. Současně pokud se obviněná obává, že by při některé z aktivit nebyla schopna vyhovět zásadám zpracování osobních údajů, zejména v rozkladu opakovaně výslovně odkazovanému principu minimalizace osobních údajů, odvolací orgán odkazuje na zásadu odpovědnosti správce. Určení účelu, prostředků zpracování, jakož i plnění všech navazujících povinností je povinností správce, který za svá rozhodnutí a postupy odpovídá. Je tedy na něm, aby svou činnost řádně zhodnotil, nicméně to jej žádným způsobem nezabavuje povinnosti být schopen doložit souhlas.

[23] Na základě shora uvedeného odvolací orgán neshledal napadené rozhodnutí vnitřně rozporným, neboť nelze učinit závěr, že by Úřad v rozporu se svým tvrzením respektoval pouze

jím doporučený způsob prokazování skutkového stavu. Žádný prokazatelný důkaz totiž v kontrole, ani během správního řízení předložen nebyl, což bylo zásadním východiskem pro rozhodnutí.

[24] Pakliže nebyl žádný souhlas v řízení doložen, rozkladem napadané konstatování Úřadu o skutečnosti, že i přes udělený souhlas je třeba přihlížet k tomu, že preference lidí se v průběhu času mění a obchodní sdělení po dlouhé proluce mohou být vnímána jako obtěžující, nemá pro posouzení daného případu žádnou relevanci. V obecné rovině má Úřad pravdu, byť k projevům nezájmu o další obchodní sdělení v případě předem uděleného souhlasu slouží primárně možnost jeho odvolání. Z rozhodnutí je však zjevné, že Úřad na tomto své závěry nestavěl a konstatování mělo toliko informační a upozorňující charakter. Obdobné potom platí i o zjištění učiněného během místního šetření, kdy bylo zjištěno, že při vyplňování webového formuláře je pole marketingového souhlasu předzaškrtnuto, přičemž toto nepředstavuje aktivní úkon adresáta. Ačkoliv na toto upozorňoval i podnět čj. UOOU-01284/17-61 ze dne 17. března 2019, z čehož se lze domnívat, že se nejednalo toliko o ojedinělou chybu během místního šetření, jak obviněná uvádí, nicméně jde opětovně o konstatování informačního charakteru bez významu pro učiněné závěry. Ostatně ani obviněnou předkládaný dokument v rámci součinnosti ze dne 23. dubna 2018 nijak nedokládá skutečný stav v době sběru předmětných osobních údajů.

[25] **Ad B)** Nad rámec výše uvedeného odvolací orgán připomíná, že dle výroku rozhodnutí bod I. písm. A) byla obviněná shledána vinnou pouze v rozsahu 4 344 e-mailových zpráv, tedy v rozsahu plně podloženém spisovým materiálem. Není proto pravdou, že by Úřad dospěl k závěru, že obviněná neprokázala právní tituly k celé rozesílce. V této souvislosti bylo toliko přihlédnuto k vysokému procentu chybovosti vzorku, přičemž s ohledem na vysoký počet adresátů a systémovost pochybení lze skutečně považovat reálné množství zasažených adresátů za daleko vyšší.

[26] V souvislosti s provedenou anonymizací části databáze v průběhu kontroly, čímž obviněná odůvodňuje nemožnost doložení právních titulů ve vztahu k některým adresátům obchodních sdělení se odvolací orgán ztotožňuje s názorem správního orgánu I. stupně. Přestože nelze seznat, zda bylo k likvidaci údajů, o jejichž nezbytnosti musela obviněná vědět s ohledem na předmět a rozsah kontroly, jakož i výzvy ze strany Úřadu, pristoupeno z účelových důvodů či z nedbalosti, důkazních povinností ji to nijak nezbavilo. Svým rozsahem přitom kontrola zcela evidentně nesměřovala pouze na konkrétní stěžovatele, nýbrž byla koncipována obecněji. Proto i požadavky správního orgánu I. stupně musely být takové, aby bylo možno zjistit jakým způsobem dochází k zasílání obchodních sdělení, jak jsou obecně dodržovány povinnosti při zasílání obchodních sdělení a zpracování souvisejících osobních údajů. Nešlo tedy pouze o vyřešení konkrétních stížností.

[27] **Ad C)** V tomto bodě obviněná napadla právní posouzení Úřadem. Polemika v bodech C.1) a C.2) se dotýká závěrů o prokazatelnosti souhlasů se zasíláním obchodních sdělení. S ohledem na to, že jde o otázky velmi blízké problematice řešené v úvodu posouzení rozkladu odvolacím orgánem v zásadě vyřizující jeho bod A), odvolací orgán je vyřídil již v tomto rámci.

[28] **Ad C.3)** Obviněná se domnívá, že některá sdělení Úřadem posouzená jako obchodní sdělení byla ve skutečnosti individuální komunikací pracovníků obviněné s adresáty těchto sdělení, přičemž toto nelze za obchodní sdělení považovat.

[29] Obchodní sdělení je ustanovením § 2 písm. f) zákona č. 480/2004 Sb. definováno jako *všechny formy sdělení, včetně reklamy a vybízení k návštěvě internetových stránek, určeného k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image podniku osoby, která je podnikatelem nebo vykonává regulovanou činnost*. Právní úprava týkající se podmínek šíření obchodních sdělení je pak obsažena v § 7 zákona o některých službách informační společnosti.

[30] O otázce, zda jde o sdělení, tj. v zásadě informační obsah přenášený mezi subjekty, nelze mít sporu. Obdobně postavení obviněné jako podnikatele jednoznačně vyplývá z § 420 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Spornou otázkou proto zůstává, zda bylo sdělení určeno k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image. Ačkoliv je reklama pouze jednou z možných forem obchodních sdělení, Nejvyšší správní soud při výkladu pojmu uvedl v rozsudku čj. 5 As 48/2009-76 ze dne 22. července 2010 následující: *„...v případě posouzení toho, zda jednání stěžovatele naplňuje znaky šíření reklamy, nejsou rozhodné jeho vnitřní pohnutky či sympatie k předmětnému podniku, na něž stěžovatel poukazoval. Jinými slovy, pro posouzení jednání osoby šířící určité sdělení je rozhodné to, zda šířené sdělení naplňuje znaky reklamy podle § 1 odst. 1 zákona o regulaci reklamy, nikoliv vnitřní pohnutky osoby, která reklamní sdělení šíří.“* S touto optikou je třeba přistupovat i k obchodním sdělením dle zákona č. 480/2004 Sb., jak uzavřel i Nejvyšší správní soud v rozsudku čj. 1 As 136/2019-38 ze dne 16. června 2020. Definiční znaky vymezené v § 2 písm. f) zákona č. 480/2004 Sb. se tak hodnotí výhradně z objektivních hledisek bez ohledu na to, co obviněná uvádí. Není přitom ani rozhodné, zda se očekávaný výsledek ve formě reálné podpory zboží, služeb či image dostavilo.

[31] Jak je všeobecně známo a obviněná sama připouští, její hlavní podnikatelskou činností je obchodování s vozidly. Pakliže ve sdělení zasílaných elektronickou cestou adresátům nabízela své služby spojené s prodejem automobilu, pak nepochybně cílem takového sdělení byl mj. její ekonomický prospěch. Je přitom irelevantní, že tyto zprávy posílali pracovníci obviněné, a nikoliv automatizovaný systém, případně z jakého čísla byla sdělení zasílána. Jak vyplývá z obsahu spisu, někteří inzerenti dokonce výslovně předem uvedli, že si nepřejí být jakýmkoliv autobazarem kontaktováni. Zcela evidentně tak jde o nevyžádané obchodní sdělení, resp. obchodní sdělení ve smyslu § 2 písm. f) zákona č. 480/2004 Sb.

[32] **Ad C.4)** V souvislosti s tvrzením obviněné, že zákon č. 480/2004 Sb. výslovně nedefinuje osobu šířitele, je třeba jí dát za pravdu. Není však pravdou, že by zákon neupravoval povinnosti osoby, která si u třetí strany objedná rozesílku obchodních sdělení, neboť i tato osoba je jejich šířitelem. Pojmy šíření a (faktické) odeslání nejsou totiž pojmy totožné, mezi nimiž rozlišuje i zákon č. 480/2004 Sb., přičemž jejich význam i smysl lze jednoznačně dovodit. Jak je zřejmé z již výše citovaných rozsudků Městského soudu v Praze čj. 14 A 242/2018-40 a Nejvyššího správního soudu čj. 1 As 136/2019-38, při interpretaci ustanovení § 2, 7 a 11 zákona č. 480/2004 Sb. je třeba důsledně dbát, aby zůstal zachován smysl a účel jich samých, jakož i evropských směrnic, z nichž zákon vychází. K tomu odvolací orgán odkazuje především na argumentaci Městského soudu v Praze čj. 14 A 242/2018-40, kde soud pod bodem 45 uzavírá: *„A takto soud musí souhlasit se žalovaným, že za osobu, jež šíří obchodní sdělení elektronickými prostředky, nelze považovat pouze jejich přímého odesílatele, nýbrž též osobu, která jejich odeslání iniciovala, dala k němu příkaz či z něj také profitovala. Jestliže cílem zákonodárce byla především ochrana adresátů obchodních sdělení před obtěžujícími marketingovými akcemi, musí výklad dotčených právních norem odpovídat tomuto záměru. Opačný výklad, tedy že za šíření odpovídá pouze faktický odesílatel, by činila předmětné právní normy ve své podstatě neúčinnými, neboť v současném digitálním světě by se skutečný šířitel*

obchodního sdělení mohl velmi snadno zbavit své odpovědnosti tím, že by odesláním obchodních sdělení pověřil jinou osobu, typicky tu, která by se nacházela mimo dosah českých orgánů veřejné moci. Navíc nelze odhlédnout od faktu, že zákon o některých službách informační společnosti nehovoří o povinnostech toho, kdo rozesílá obchodní sdělení, nýbrž toho, kdo jej šíří. A takto je nezbytné považovat za šířitele obchodních sdělení elektronickými prostředky nikoli nejen subjekt, který fakticky „klikem na myš“ rozešle daná obchodní sdělení, nýbrž subjekt, který dal podnět k jejich šíření ke konečným adresátům.“

[33] Odpovědnost za šíření obchodních sdělení tak lze uplatnit vůči každému, kdo šíří obchodní sdělení, bez ohledu na to, zda tak činí vlastními silami. S tímto korespondující odpovědnost pak nelze smluvně přenést, neboť případná smlouva bude mít účinky výhradně *inter partes*. Šířit obchodní sdělení zákonnou cestou je tak povinností nejen faktického odesílatele, ale i osoby, která za účelem své propagace k takovému šíření vydala příkaz či jiným způsobem jej iniciovala. Rozhodne-li se podnikatel šířit obchodní sdělení prostřednictvím jiného subjektu, jedná tak na vlastní nebezpečí, neboť je primárně jeho povinností zajistit zákonnost takového jednání, jak potvrzují i výše nastíněné judikaturní závěry.

[34] **Ad D)** Obviněná namítá, že měla být nesprávně stanovena výše pokuty. Úvodem posouzení tohoto bodu odvolací orgán odkazuje na první odstavec vypořádání bodu B) rozkladu. Zohlednění vysoké míry chybovosti v rámci vzorku reklamní kampaně ze dne 8. června 2017 a evidentní systémové pochybení obviněné považuje odvolací orgán za zcela na místě. Pokud jde o námitku vztahující se k adresné opakovanosti šířených obchodních sdělení, kdy má za to, že měla být vztažena toliko k jednomu uživateli, je třeba odkázat na smysl a dikci zákona č. 480/2004 Sb. Ten totiž nepodmiňuje ochranu možným zásahem do práv konkrétně individualizované osoby, nýbrž chrání elektronické kontakty jako takové. Adresnou opakovanost proto lze aplikovat ve smyslu opakovaného zaslání obchodních sdělení na tytéž adresy elektronické pošty, ačkoliv je možné, že ve výsledku jsou spravovány pouze jednou osobou. Skutečnost, že je obviněná profesionálem v oboru, jelikož při její činnosti dochází k rozsáhlému zpracování osobních údajů, je též nutno vzít v potaz. Bez zpracování osobních údajů (tedy e-mailových adres či telefonních čísel určených či určitelných osob) nemůže ani dojít k zaslání obchodních sdělení, a spojitost je zde tedy jednoznačná. Vzhledem k nezbytné provázanosti této činnosti s činností hlavní (tj. obchodování s vozidly), komplexnosti a rozsáhlosti s tímto spojených nabízených služeb a množství zpracovávaných osobních údajů, o čemž mimo jiné svědčí i velmi vysoké množství adresátů v rámci jediné reklamní kampaně ze dne 8. června 2017, pak nemá zásadní relevanci, že jde pouze o činnost vedlejší.

[35] **Ad E)** Uložená výše sankce nemá odpovídat skutkově obdobným případům. K tomu odvolací orgán předesílá, že ani jeden z odkazovaných případů není případem obdobným. Předně nelze vytrhávat z kontextu celého řízení a rozhodnutí pouhou skutečnost, zda byla shledána adresná opakovanost, profesionalita v oboru či jiné dílčí aspekty a na základě toho porovnávat výši uložené pokuty. Zásadním rozlišujícím prvkem mezi veškerými v rozkladu zmiňovanými rozhodnutími a projednávaným případem je předmět řízení, neboť v tomto případě nešlo o řízení ve vztahu k jednotlivým stížnostem adresátů obchodních sdělení, nýbrž šlo o kontrolu, resp. správní řízení zaměřující se na celou reklamní kampaň a plnění se šířením obchodních sdělení spojenými povinnostmi v obecnosti. V tomto rámci byla zjištěna rozsáhlá pochybení komplexního charakteru, přičemž zjištěné množství zaslaných obchodních sdělení bez právního titulu bylo též mnohem vyšší než ve zmiňovaných případech. Nadto nelze pominout ani majetkové poměry obviněné, neboť nejenže má sankce plnit funkci represivní,

nýbrž má, a to především, působit na obviněnou i veřejnost *pro futuro* odstrašujícím a preventivním účinkem.

[36] Odvolací orgán konstatuje, že uložená výše sankce se pohybuje v zákonných mezích a byla řádně odůvodněna. Současně odvolací orgán zdůrazňuje, že i přes zjištění pochybení systematického charakteru, a to ve vysokém množství případů, zvolil správní orgán I. stupně výši sankce při polovině zákonné sazby. Není nikterak ani zřejmé, že by výše pokuty byla pro obviněnou likvidační, přičemž ta to ani nenamítá.

[37] **Ad F)** K přiměřenosti postupu Úřadu, resp. oprávněnosti Úřadu požadovat doložení některých skutečností odvolací orgán především odkazuje na shora uvedené, zejména vypořádání bodu A) zabývající se nutností doložit souhlas se zasíláním obchodních sdělení. Ze spisového materiálu je zřejmé, že obviněná byla vyzývána k součinnosti pouze v nezbytném rozsahu, přičemž jí k tomu byly poskytovány dostatečné lhůty. Tyto byly několikrát prodlužovány. O přiměřenosti a snaze vstřícnosti k oprávněným zájmům obviněné svědčí též fakt, že po ní nebylo požadováno prokázání všech cca 460 000 obchodních sdělení z uskutečněné reklamní kampaně, nýbrž pouze 1 % vzorek obsahující mimo jiné adresy stěžovatelů.

[38] Po celkovém přezkoumání pak odvolací orgán neshledal rozhodnutí nezákonným, ani neshledal žádná pochybení v postupu, který předcházela vydání rozhodnutí. Na základě všech uvedených skutečností proto odvolací orgán argumentaci žadatele odmítl a rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí se podle ustanovení § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, nelze odvolat.

Praha 26. srpna 2020

otisk úředního razítka

JUDr. Ivana Janů
předsedkyně
(podepsáno elektronicky)