



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy, soudkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudce JUDr. Ivo Pospíšila v právní věci žalobkyně: **www.scio.cz, s. r. o.**, se sídlem Pobřežní 658/34, Praha 8, zastoupena JUDr. Janem Täubelem, LL.M., advokátem se sídlem Sokolovská 68/105, Praha 8, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu osobních údajů**, se sídlem Pplk. Sochora 727/27, Praha 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 20. 3. 2015, č. j. UOOU-11510/14-16, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 25. 3. 2019, č. j. 5 A 87/2015-37,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalobkyně **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Úřad pro ochranu osobních údajů rozhodnutím ze dne 14. 1. 2015, č. j. UOOU-11510/14-7 (dále jen „správní orgán prvního stupně“), shledal, že žalobkyně porušila povinnost stanovenou v § 7 odst. 1 zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů (zákon o některých službách informační společnosti), tedy šířit obchodní sdělení elektronickými prostředky jen za podmínek stanovených tímto zákonem. Žalobkyně tím spáchala správní delikt podle § 11 odst. 1 písm. a) téhož zákona, neboť hromadně šířila obchodní sdělení bez souhlasu adresátů. Správní orgán prvního stupně konkrétně zjistil, že žalobkyně používala

elektronické prostředky k šíření nevyžádaných obchodních sdělení ve smyslu § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti, neboť z elektronické adresy scio@scio.cz zaslala na elektronické adresy (vyjmenované ve výroku rozhodnutí správního orgánu prvního stupně) obchodní sdělení týkající se nabídky absolvování Národní srovnávací zkoušky a možnosti použití jejího výsledku k přijetí na Ekonomicko-správní fakultu Masarykovy univerzity (ESF MU) bez přijímacích zkoušek, a to 2717 uchazečům o bakalářské studium dne 20. 3. 2014 a 247 uchazečům o navazující magisterské studium dne 25. 3. 2014. Za tento správní delikt správní orgán prvního stupně uložil žalobkyni podle § 11 odst. 1 zákona o některých službách informační společnosti pokutu ve výši 450.000 Kč. Současně jí stanovil povinnost nahradit náklady řízení ve výši 1.000 Kč.

[2] Proti rozhodnutí správního orgánu prvního stupně podala žalobkyně rozklad, který předseda Úřadu pro ochranu osobních údajů v záhlaví označeným rozhodnutím zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Posouzení věci městským soudem

[3] Rozhodnutí o rozkladu žalobkyně napadla žalobou, kterou Městský soud v Praze v záhlaví označeným rozsudkem zamítl.

[4] Městský soud shledal, že výrok rozhodnutí správního orgánu prvního stupně obsahuje dostatečně konkrétní vymezení skutkových okolností deliktu, za který byla žalobkyně uložena sankce, aby tento delikt nebylo možno zaměnit s jiným. Výrok rozhodnutí obsahuje i ustanovení zákona, podle nichž bylo rozhodováno, a z rozhodnutí je zcela zřejmé, v jakém konkrétním jednání žalobkyně je spatřován správní delikt.

[5] Posuzované sdělení žalobkyně, kterým uchazečům o studium na vysoké škole nabízela možnost přihlásit se k Národní srovnávací zkoušce na webových stránkách žalobkyně, též s odkazem na zkušební test umístěný na internetových stránkách žalobkyně, městský soud posoudil jako obchodní sdělení, neboť tímto žalobkyně jako podnikatelka podporovala své služby. Žalobkyně získala elektronické kontakty od příslušné fakulty a jednalo se o kontakty, které označil každý uchazeč o studium na vysoké škole v podané přihlášce ke studiu. Je tedy nepochybné, že nešlo o elektronické kontakty patřící neznámým uživatelům, u kterých by byla pochybnost, zda se jedná o skutečně existující kontakty či nikoli. Pokud žalobkyně na získané elektronické kontakty, patřící konkrétním uchazečům o studium, zaslala obchodní sdělení bez souhlasu jejich uživatelů, naplnila tak skutkovou podstatu zákonem nedovoleného jednání a dopustila se správního deliktu. Za této situace by podle městského soudu bylo nadbytečné dokazovat, zda jednotlivá obchodní sdělení byla také doručena.

[6] K námitce nepřiměřenosti sankce městský soud uvedl, že hodnocení správního orgánu prvního stupně bylo racionální, v souladu se zásadami logiky a správní orgán nevybočil z mezí správního uvážení. Uložená sankce ve výši 450.000 Kč je sankcí blízká se dolní hranicí zákonem stanoveného rozpětí a je zcela přiměřená okolnostem věci a závažnosti správního deliktu. Městský soud proto nevyhověl návrhu žalobkyně na moderaci uložené sankce, neboť v dané věci nebyla pokuta uložena ve zjevně nepřiměřené výši.

III. Obsah kasační stížnosti

[7] Proti rozsudku městského soudu podala žalobkyně (stěžovatelka) kasační stížnost z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“) a domáhá se jeho zrušení, včetně rozhodnutí předsedy žalovaného. Argumentaci v kasační stížnosti stěžovatelka dále doplnila replikou, kterou reagovala na vyjádření žalované.

[8] Stěžovatelka v prvé řadě namítá, že výrok rozhodnutí správního orgánu prvního stupně je nezákonný, neboť nedostatečně vymezuje právní normu, na základě které byla uložena pokuta. Správní orgán opomněl, že § 11 odst. 1 písm. a) obsahuje také body 1 až 5 a na konkrétní bod daného ustanovení již neodkázal. Ani z odkazu na § 7 odst. 1 zákona o některých službách informační společnost nevyplývá, čeho konkrétně se měla stěžovatelka dopustit. Městský soud k této skutečnosti nepřihlédl, čímž zatížil svůj rozsudek vadou spočívající v jeho nezákonnosti.

[9] Výklad pojmu „obchodní sdělení“ ze strany správních orgánů a městského soudu považuje stěžovatelka za formalistický, nepřiměřeně extenzivní a jdoucí proti smyslu a účelu zákona. Stěžovatelka je právnickou osobou, která jako subdodavatelka poskytuje vysokým školám službu spočívající v realizaci přijímacích zkoušek. Jde o tzv. Národní srovnávací zkoušky. Vysoká škola může Národní srovnávací zkoušky využívat jako alternativu ke svému vlastnímu přijímacímu řízení, nebo může celé přijímací řízení tzv. „outsourcovat“ na stěžovatelku, kdy je jako jediné kritérium pro přijetí na předmětnou vysokou školu stanovení splnění Národních srovnávacích zkoušek s určitým výsledkem. Vysoké školy za tímto účelem uzavírají se stěžovatelkou smlouvu o dílo a smlouvu o zpracování osobních údajů, na základě které stěžovatelka zpracovává osobní údaje uchazečů o studium na dané vysoké škole. Stejně tak tomu bylo i v nyní posuzovaném případě, kdy ESF MU vystupovala v pozici objednatelky a správkyne osobních údajů zatímco stěžovatelka jednala jako zhotovitelka a zpracovatelka osobních údajů. Stěžovatelka odkazuje na § 6 odst. 1 a § 49 odst. 5 zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), a zdůrazňuje, že vysoké školy mohou, resp. musí informovat uchazeče o tom, jakým způsobem je možné splnit podmínky přijímacího řízení.

[10] O obchodní sdělení ve smyslu § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti může jít pouze v případě, že rozesláním sdělení odesílatel zamýšlel podpořit zboží nebo služby osoby, která je podnikatelem. V posuzovaném případě ale informativní e-mail nebyl rozeslán stěžovatelkou se záměrem podpořit zboží nebo služby stěžovatelky či jiné osoby. Záměrem e-mailu bylo pouze informovat uchazeče o podmínkách pro přijetí ke studiu podle § 49 odst. 5 zákona o vysokých školách. E-mail rozeslaný stěžovatelkou proto nepředstavuje obchodní sdělení. Pro případ, že Nejvyšší správní soud dojde i přes veškeré výše uvedené skutečnosti k tomu, že stěžovatelkou rozeslaný e-mail představoval obchodní sdělení, namítá, že byla oprávněna obchodní sdělení uchazečům rozeslat. Stěžovatelka vystupovala jako zpracovatelka osobních údajů pro správce – Masarykovu univerzitu. Vykonávala tak veškerou činnost spojenou s přijímacím řízením v zastoupení (jménem) Masarykovy univerzity.

[11] Závěrem stěžovatelka namítá, že pokuta byla vzhledem k okolnostem případu uložena ve zjevně nepřiměřené výši. Pokuta byla uložena ve výši téměř půl milionu korun za ojedinělý a neúmyslně spáchaný skutek, který i dle správního orgánu měl minimální dopad. Správní orgán totiž obdržel toliko jedinou stížnost, a to ještě pro jiné domnělé porušení zákona, které navíc nebylo prokázáno. Je proto zřejmé, že prakticky všichni příjemci e-mailu jej chápali jako naprosto standardní a legitimní informování o způsobu konání přijímací zkoušky na vysokou školu, neboť tím také byl. Pokuta je také zjevně nepřiměřená ve srovnání s pokutami ukládanými správní orgánem v obdobných případech. Městský soud měl dle názoru stěžovatelky uplatnit moderační právo a od uložení pokuty upustit, nebo ji alespoň adekvátně snížit. Pokud přiměřenost pokuty dovodil z toho, že byla uložena ve spodní hranici zákonné sazby, není takové odůvodnění podle stěžovatelky na místě. Přiměřenost pokuty není možno, zvláště za situace, kdy maximální zákonné výše některých pokut dosahují astronomických výšin, posuzovat podle rozpětí sazby vymezené v zákoně, nýbrž podle okolností konkrétního skutku a jeho závažnosti, tedy podle míry zásahu do právní sféry postižených osob, míry zavinění, ekonomického prospěchu a dalších kritérií určujících závažnost spáchaného správního deliktu.

IV. Vyjádření žalovaného

[12] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti a v duplice, tj. reakci na repliku stěžovatelky, uvedl, že se ztotožňuje se závěry městského soudu. K námitce neurčitosti výroku pro nedostatečnou specifikaci ustanovení zákona upozornil, že stěžovatelkou prezentovaná systematika § 11 odst. 1 písm. a) zákona o některých službách informační společnosti byla do zákona vložena až novelou č. 183/2017 Sb., a to s účinností od 1. 7. 2017.

[13] Pojem obchodního sdělení je podle názoru žalovaného třeba hodnotit objektivně, zda došlo k naplnění definičních znaků vymezených v § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti. Totéž potom platí o určenosti sdělení k přímé či nepřímé podpoře podnikatele, tj. i záměr sdělení je třeba hodnotit z objektivních hledisek. Jinými slovy jej lze v zásadě interpretovat jako způsobilost sdělení podpořit podnikatelskou činnost. V rámci posouzení sdělení je pak třeba hodnotit i jeho obsah. V projednávaném případě se netýkal poskytnutí obecné informace o podmínkách přijetí ke studiu ze strany ESF MU, nýbrž se omezil na informaci o stěžovatelkou nabízené komerční službě. Žalovaný v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 7. 2010, č. j. 5 As 48/2009-76, který se týkal vnitřního psychického vztahu sdělení a jeho důsledky v souvislosti s reklamou.

[14] Ke snaze podřadit jednání stěžovatelky pod plnění zákonné povinnosti podle § 49 zákona o vysokých školách žalovaný primárně odkazuje na smysl a účel tohoto ustanovení, nicméně nemožnost takové subsumpce vyplývá i ze samého jazyka. Smyslem § 49 zákona o vysokých školách je zajištění objektivity přijímacího řízení a rovnost uchazečů o studium prostřednictvím neměnných podmínek pro přijetí ke studiu a možnosti široké veřejnosti se s nimi seznámit v dostatečném předstihu. Selektivní rozeslání e-mailů upozorňující uchazeče o studium v průběhu již zahájeného přijímacího řízení o možnosti účasti na komerčních testech, které mohou být v rámci přijímacího řízení zohledněny, pak zcela zjevně není zveřejněním ve smyslu předmětného zákonného ustanovení.

[15] Žalovaný při úvaze o výši pokuty respektoval zákonnou hranici pro uložení pokuty. Vyměřenou sankci řádně odůvodnil, hodnotil přitom okolnosti zvyšující závažnost deliktního jednání, tak i okolnosti polehčující. Argumentace výši pokut uložených jiným subjektům je nepřiléhavá, neboť každý případ je třeba hodnotit v jeho individualitě, s čímž souvisí i diferenciací sankce reflektující okolnosti případu a škodlivost jednání pro společnost. Velmi vysoké množství šířených spamů přitom v případě stěžovatelky představovalo významnou okolnost zvyšující závažnost činu, přičemž žalovaný v této souvislosti zvláště zdůrazňuje, že v obdobných situacích bylo možno uvažovat i o řádově vyšší sankci.

V. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[16] Kasační stížnost je včasná, podaná osobou oprávněnou a přípustná. Důvodnost kasační stížnosti soud posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž je povinen přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[17] Kasační stížnost není důvodná.

a) Dotčená právní úprava

[18] Definici pojmu *obchodní sdělení* obsahuje § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti, podle kterého se *pro účely tohoto zákona* obchodním sdělením rozumí *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.*

[19] Právní úprava týkající se podmínek šíření obchodních sdělení je obsažena v § 7 zákona o některých službách informační společnosti. Podle § 7 odst. 1 tohoto zákona lze obchodní sdělení šířit *elektronickými prostředky jen za podmínek stanovených tímto zákonem.* Podle § 7 odst. 2 *[p]odrobnosti elektronického kontaktu lze za účelem šíření obchodních sdělení elektronickými prostředky využít pouze ve vztahu k uživatelům, kteří k tomu dali předchozí souhlas.* Podle § 7 odst. 3 zákona o některých službách informační společnosti *[n]ehledě na odstavec 2, pokud fyzická nebo právnická osoba získá od svého zákazníka podrobnosti jeho elektronického kontaktu pro elektronickou poštu v souvislosti s prodejem výrobku nebo služby podle požadavků ochrany osobních údajů upravených zvláštním právním předpisem, může tato fyzická či právnická osoba využít tyto podrobnosti elektronického kontaktu pro potřeby šíření obchodních sdělení týkajících se jejích vlastních obdobných výrobků nebo služeb za předpokladu, že zákazník má jasnou a zřetelnou možnost jednoduchým způsobem, zdarma nebo na účet této fyzické nebo právnické osoby odmítnout souhlas s takovýmto využitím svého elektronického kontaktu i při zasílání každé jednotlivé zprávy, pokud původně toto využití neodmítl.* Podle § 7 odst. 4 téhož zákona je zakázáno zaslání elektronické pošty za účelem šíření obchodního sdělení, pokud *a) tato není zřetelně a jasně označena jako obchodní sdělení, b) skrývá nebo utajuje totožnost odesílatele, jehož jménem se komunikace uskutečňuje, nebo c) je zaslána bez platné adresy, na kterou by mohl adresát přímo a účinně zaslat informaci o tom, že si nepřeje, aby mu byly obchodní informace odesílatelem nadále zasílány.*

[20] Podle § 11 odst. 1 písm. a) zákona o některých službách informační společnosti, ve znění účinném v době spáchání správního deliktu, tj. ve znění do 30. 6. 2017, *[p]rávnícké osobě, která hromadně nebo opakovaně šíří elektronickými prostředky obchodní sdělení bez souhlasu adresáta se uloží pokuta do výše 10.000.000 Kč.*

[21] Podle § 12 odst. 2 zákona o některých službách informační společnosti, ve znění účinném do 30. 6. 2017, *[p]ři stanovení výše pokuty právnícké osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.*

b) K výroku správního rozhodnutí

[22] Náležitostmi výrokové části správního rozhodnutí podle § 68 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, jsou mimo jiné právní ustanovení, podle nichž bylo rozhodováno. Stěžovatelka namítá, že výrok rozhodnutí správního orgánu prvního stupně je nezákonný, neboť nedostatečně vymezuje právní normu, na základě které byla pokuta uložena.

[23] Správní orgán prvního stupně ve výrokové části odkázal na § 2 písm. f), § 7 odst. 1 a § 11 odst. 1 písm. a) zákona o některých službách informační společnosti. Ze znění výroku rozhodnutí je tak zřejmý závěr správního orgánu, podle něhož stěžovatelka porušila povinnost šířit obchodní sdělení elektronickými prostředky jen za podmínek stanovených zákonem o některých službách informační společnosti, neboť hromadně šířila obchodní sdělení bez souhlasu adresátů. Městský soud proto dospěl ke správnému závěru, že správní rozhodnutí je zcela přezkoumatelné a není nezákonné pro nedostatek náležitostí výroku.

[24] K námitce stěžovatelky, že správní orgán prvního stupně nespecifikoval, o který bod § 11 odst. 1 písm. a) zákona o některých službách informační společnosti se jedná, Nejvyšší správní soud podotýká, že stěžovatelka na projednávanou věc nesprávně vztahuje pozdější právní úpravu. Jak správně ve svém vyjádření poukázal žalovaný, stěžovatelkou odkazovaná systematika § 11 odst. 1 písm. a) byla do zákona vložena až novelou č. 183/2017 Sb., která nabyla účinnosti dne 1. 7. 2017. K rozesílce inkriminovaných sdělení žalobkyně došlo ve dnech 20. a 25. 3. 2014. Správní orgán prvního stupně své rozhodnutí vydal dne 14. 1. 2015, předseda žalovaného rozhodl o rozkladu dne 20. 3. 2015. Trestnost správních deliktů a ukládání trestu je nutné posuzovat podle zákona účinného *v době spáchání* správního deliktu. Výjimku z tohoto pravidla představuje použití pozdější příznivější právní úpravy pro pachatele správního deliktu. V době rozhodování správních orgánů však stěžovatelkou odkazovaná právní úprava ještě ani neexistovala. Nadto novelou č. 183/2017 Sb. došlo toliko ke změně struktury § 11 odst. 1 zákona o některých službách informační společnosti a ke změně terminologie, tj. přejmenování správních deliktů na přestupky. Z hlediska vymezení skutkové podstaty přestupku (obsažené nyní v § 11 odst. 1 písm. a) bodu 1 zákona o některých službách informační společnosti) a možné výše trestu (upravené aktuálně v § 11 odst. 2 písm. b) téhož zákona) však předmětná novela nic nového nepřinesla. Námitka stěžovatelky proto není důvodná.

c) K pojmu „obchodní sdělení“ a jeho šíření

[25] Sporným v projednávané věci je zejména výklad pojmu *obchodní sdělení* a skutečnost, zda informativní e-mail týkající se nabídky absolvování Národní srovnávací zkoušky a možnosti použití jejího výsledku k přijetí na ESF MU bez přijímacích zkoušek, který ze své e-mailové adresy stěžovatelka zaslala na elektronické adresy 2717 uchazečům o bakalářské studium dne 20. 3. 2014 a 247 uchazečům o navazující magisterské studium dne 25. 3. 2014, je obchodním sdělením ve smyslu § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti.

[26] Z obsahu správního spisu vyplývá, že sporný e-mail s předmětem „Možnost přijetí na ESF MU bez přijímaček“ kromě oslovení obsahoval následující text: *„Podle databáze uchazečů, kterou nám poskytla Ekonomicko-správní fakulta Masarykovy univerzity, se právě na této fakultě hlásíte ke studiu i Vy. Jako možnost přijetí bez přijímacích zkoušek stanovila fakulta i výsledek v Národních srovnávacích zkouškách. Podrobnosti najdete na webových stránkách fakulty, přihlásit ke zkoušce se musíte sami na webových stránkách Scio. Uzávěrka dalšího termínu zkoušek je na konci příštího týdne. Test OSP Scio si můžete zkusit hned teď na www.scio.cz/nsz/esf-ukazka.asp.“*

[27] Definici pojmu obchodní sdělení obsahuje shora citovaný § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti, podle něhož se obchodním sdělením rozumí 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.

[28] V projednávané věci není sporu o tom, že inkriminovaný e-mail byl z hlediska své formy „sdělením“, tj. jednalo se o určitou informaci předávanou mezi subjekty. Stejně tak není pochyb o tom, že stěžovatelka je podnikatelkou ve smyslu § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti. Jak sama v kasační stížnosti uvádí, stěžovatelka je právnickou osobou, která jako subdodavatelka poskytuje vysokým školám službu spočívající v realizaci přijímacích zkoušek, konkrétně tzv. Národní srovnávací zkoušky. Spornou je z pohledu aplikace definice obchodního sdělení v projednávané věci v zásadě pouze skutečnost, zda předmětný e-mail stěžovatelky byl sdělením určeným ve smyslu v § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti *k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb* stěžovatelky nebo zda jeho určení bylo jiné.

[29] Soud předně zdůrazňuje, že 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.

[30] Z důvodové zprávy k zákonu o některých službách informační společnosti vyplývá, že tímto zákonem byla do právního řádu ČR transponována směrnice č. 2000/31/ES a směrnice č. 2002/58/ES. Směrnice č. 2000/31/ES vymezila základní pravidla týkající se

zasílání nevyžádaných obchodních sdělení, směrnice č. 2002/58/ES pak v souvislosti s elektronickými komunikacemi zakotvila ochranu osobních údajů fyzických osob, jakož i oprávněných zájmů právnických osob. Stejně tak je i základním ideovým východiskem zákona o některých službách informační společnosti posílení ochrany soukromí uživatele služby informační společnosti, kterým může být každá fyzická nebo právnická osoba. Je přitom zřejmá snaha zákonodárce docílit, aby uživatel nemusel vydávat žádné náklady na jemu doručená obchodní sdělení posílaná elektronickou poštou, která si nevyžádal a která jej ve svém důsledku obtěžují. Základním smyslem přijetí (nejen § 7) zákona o některých službách informační společnosti tedy byla ochrana adresáta před zasíláním nevyžádaných obchodních sdělení (včetně náležité identifikace těchto sdělení a jejich původce), zamezení vzniku nákladů souvisejících s nevyžádaným obchodním sdělením a zároveň přenos povinností na jejich šířitele (to vše při zachování možnosti elektronické kontraktace).

[31] Tyto důvody musí vytvářet interpretační východiska při výkladu § 2, § 7 a § 11 zákona o některých službách informační společnosti, neboť nelze připustit výklad, který by popíral jejich smysl a účel.

[32] Stěžovatelka namítá, že v posuzovaném případě informativní e-mail nebyl rozeslán stěžovatelkou se záměrem podpořit zboží nebo služby stěžovatelky či jiné osoby. Záměrem e-mailu bylo pouze informovat uchazeče o podmínkách pro přijetí ke studiu podle § 49 odst. 5 zákona o vysokých školách.

[33] Nejvyšší správní soud s tvrzením stěžovatelky nesouhlasí. Jak již bylo shora uvedeno, jednou z podmínek (v tomto případě jedinou spornou), kterou musí sdělení splňovat, aby naplnilo definici obchodního sdělení podle § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti je skutečnost, že toto sdělení musí být určeno k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image podniku osoby. Jedná se pouze o *určení*, tedy záměr odesílatele. Není tak rozhodné, zda se nakonec dostavil očekávaný výsledek a bylo přímo či nepřímo podpořeno zboží či služba nebo image podniku. Rozhodující je pouze to, co hodlal odesílatel zamýšlet (srov. Maisner, M.: *Zákon o některých službách informační společnosti. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016). Nejvyšší správní soud však souhlasí s názorem žalovaného, že se jedná o objektivní kritérium.

[34] Jak uvádí shora odkazovaná komentářová literatura: „*V praxi tedy není rozhodné, jaké byly skutečné záměry odesílatele, nýbrž co se podaří prokázat a doložit příslušnému rozhodovacímu orgánu. Rozhodující orgán proto bude pravděpodobně vycházet z tzv. testu kachny („Pokud vidím ptáka, který chodí jako kachna, plave jako kachna a kváká jako kachna, tak o tomto ptáku tvrdím, že je to kachna.“ J. W. Riley). Odesílatel pak bude velmi těžko prokazovat, že jeho záměry byly původně zcela jiné. Samotné pojmy přímá či nepřímá podpora opět žádnou definici nemají. Opět je tedy nutné, i s ohledem na celkové zaměření a účel předpisu, vycházet z předpokladu, že tyto pojmy budou jako spousta ostatních vykládány extenzivně. Půjde tedy nikoliv o pouhé zvýšení odbytu zboží či užívání služeb. Podporou může být například i pouhá skutečnost, že konkrétní produkt či služba vejde ve známost, že se o konkrétním produktu mluví či že je předmětem recenzí.“*

[35] Jak konstatoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 22. 7. 2010, č. j. 5 As 48/2009-76, ohledně vnitřního psychického vztahu sdělení a jeho důsledků v souvislosti s reklamou, „*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.“ Obdobný názor lze uplatnit i v případě obchodního sdělení, které je třeba posuzovat rovněž z objektivního hlediska.

[36] Nejvyšší správní soud tedy souhlasí se závěrem městského soudu, že posuzované sdělení stěžovatelky, kterým uchazečům o studium na vysoké škole nabízela možnost přihlásit se k Národní srovnávací zkoušce na webových stránkách stěžovatelky, též s odkazem na zkušební test umístěný na stejných stránkách, je obchodním sdělením ve smyslu uvedené definice, neboť tímto stěžovatelka jako podnikatelka podporovala své služby. Stěžovatelka v písemném vyjádření ze dne 24. 6. 2014, adresovaném správnímu orgánu prvního stupně, výslovně uvedla, že je obchodní společností, jejíž hlavní náplní činnosti je testování a zpracování jeho výsledků, zejména Národních srovnávacích zkoušek. Pokud tedy stěžovatelka sdělením, rozeslaným elektronicky na adresy uchazečů o studium na vysoké škole, informovala tyto uchazeče o možnosti absolvovat jí organizovanou Národní srovnávací zkoušku, pak nepochybně cílem takového sdělení byl mj. ekonomický prospěch stěžovatelky.

[37] Nadto Nejvyšší správní soud podotýká, že tvrzení stěžovatelky o sdělení z pověření ESF MU se nezakládá na pravdě a je v rozporu s vyjádřeními fakulty (viz odpověď na otázku č. 1 ve vyjádření proděkana pro studium ze dne 11. 9. 2014 nebo dopis tajemníka fakulty ze dne 12. 8. 2014), která rozesílku odmítla a vůči stěžovateli na tomto základě zahájila reklamační řízení pro porušení smlouvy. Tvrzení stěžovatelky o sdělení učiněném z pověření ESF MU je však v rozporu i s vyjádřeními samotné stěžovatelky, resp. jejích zaměstnanců (viz např. e-mail zaměstnankyně stěžovatelky adresovaný paní Ivě Tomáškové ze dne 7. 4. 2014, ve kterém paní Tomáškové, která podala podnět k Úřadu pro ochranu osobních údajů, zaměstnankyně stěžovatelky sděluje, že se jednalo o omyl a pochybení stěžovatelky). Argumentace stěžovatelky o realizaci informační povinnosti vysoké školy vyplývající z § 49 odst. 5 zákona o vysokých školách (ve znění do 31. 8. 2016) tak není přílehlavá, neboť ESF MU zjevně tuto povinnost informovat o přijímacích zkouškách prostřednictvím služeb stěžovatelky nerealizovala.

d) K přiměřenosti udělené pokuty

[38] V neposlední řadě stěžovatelka namítá, že udělená pokuta je nepřiměřená a městský soud měl postupovat podle § 78 odst. 2 s. ř. s. a od udělení trestu upustit nebo jej snížit.

[39] Podmínky uplatnění tzv. moderačního práva soudu upravuje § 78 odst. 2 s. ř. s. následovně: Rozhoduje-li soud o žalobě proti rozhodnutí, jímž správní orgán uložil trest za správní delikt, může soud, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle odstavce 1, ale trest byl uložen ve zjevně nepřiměřené výši, upustit od něj nebo jej snížit v mezích zákonem dovolených, lze-li takové rozhodnutí učinit na základě skutkového stavu, z něhož vyšel správní orgán, a který soud případně vlastním dokazováním v nikoli zásadních směrech doplnil, a navrhl-li takový postup žalobce v žalobě (podtržení přidáno).

[40] Z citovaného ustanovení vyplývá, že k moderaci může soud přistoupit pouze v případě, dospěje-li k závěru, že uložená sankce (v tomto případě pokuta ve výši 450.000 Kč) je zjevně nepřiměřená. K postupu podle § 78 odst. 2 s. ř. s. Nejvyšší správní soud již v minulosti uvedl, že „[s]myslem a účelem moderace totiž není hledání „ideální“ výše sankce soudem místo správního orgánu, ale její korekce v případech, že by sankce, pohybující se nejen v zákonném rozmezí a odpovídající i všem zásadám pro její ukládání a zohledňující kritéria potřebná pro její individualizaci, zjevně neodpovídala zobecnitelné představě o adekvátnosti a spravedlnosti sankce.“ (rozsudek NSS ze dne 19. 4. 2012, č. j. 7 As 22/2012-23, č. 2672/2012 Sb. NSS).

[41] Nejvyšší správní soud souhlasí se závěrem městského soudu, že správní orgán v projednávané věci nevybočil z mezí správního uvážení. Městský soud přitom nevyvozoval přiměřenost pokuty pouze z toho, že byla uložena v rámci zákonné hranice, jak namítá stěžovatelka. Ačkoliv uložená sankce ve výši 450.000 Kč se blíží dolní hranici zákonem stanoveného rozpětí, jehož maximální výše podle § 11 odst. 1 písm. a) zákona o některých službách informační společnosti činí 10.000.000 Kč, lze přesto souhlasit se stěžovatelkou, že se pořád jedná o citelnou částku. Městský soud však v této souvislosti výslovně konstatoval, že uložená sankce je přiměřená okolnostem věci a závažnosti správního deliktu, k nimž městský soud při svém posouzení rovněž přihlédl. Upozornil též na skutečnost, že správní orgán prvního stupně hodnotil jak přitěžující okolnosti, tak okolnosti polehčující, které ve svém rozhodnutí konkrétně popsal. Jako skutečnost zvyšující závažnost jednání stěžovatelky správní orgán prvního stupně vyhodnotil velké množství adresátů obchodních sdělení. Za polehčující okolnost shledal zejména skutečnost, že přestože byla e-mailová zpráva zaslána vysokému počtu uchazečů o studium, lze z počtu stížností (tedy jedné), které žalovaný úřad obdržel, dovodit, že většina z těchto osob ji zřejmě nepovažovala za obtěžující. Jako polehčující okolnost pak správní orgán prvního stupně považoval i obsah zprávy, který souvisel se zájmy uchazečů o studium.

[42] Stěžovatelka v kasační stížnosti a replice poukazuje na správní praxi Úřadu pro ochranu osobních údajů a případy, z nichž podle stěžovatelky vyplývá, že stěžovatelce uložená pokuta měla být nižší, nebo od potrestání mělo být zcela upuštěno. Nejvyšší správní soud k tomu podotýká, že samotný rozdíl ve výši uložených pokut v jiných srovnatelných případech ještě nečiní pokutu uloženou stěžovatelce v nyní projednávané věci „zjevně“ (tedy výrazně, silně) nepřiměřenou ve smyslu § 78 odst. 2 s. ř. s. Městský soud tedy nemusel kvůli poukazu na správní praxi úřadu k moderaci přistoupit jenom proto, že z porovnání některých případů, na které stěžovatelka odkazuje, může vyplývat, že stěžovatelce uložená pokuta v „ideálním“ případě mohla být i o něco nižší. Jak Nejvyšší správní soud uvedl již shora, smyslem a účelem moderačního práva soudu není hledání „ideální“ výše sankce soudem místo správního orgánu, nýbrž toliko odstranění zjevných excesů při ukládání sankcí správním orgánem. O takový případ se však v projednávané věci očividně nejedná.

VI. Závěr a náklady řízení

[43] Nejvyšší správní soud tedy dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. zamítl.

[44] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatelka nebyla v řízení o kasační stížnosti úspěšná, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 16. června 2020

JUDr. Josef Baxa
předseda senátu