

## Rozsudek Zemského soudu v Mnichově

V právním sporu: Spotřebitelské středisko Bádensko-Würtenbersko – zastoupeno členkou zastupitelstva Beate Weiser ....

Žalobkyně

Proti

O2 (Německo) s.r.o & obch. spol., zastoupena..... (*sorry, moc neznámých zkratek*) Zastoupena Rudolfem Grogerem

Obžalovaný

Kvůli nároku

Vynáší Zemský soud Mnichov, občanskoprávní komora, prostřednictvím předsedajícího soudce ....

Na základě ústního projednání ze dne 8. 12. 2005 následující

### Rozsudek s konečným rozhodnutím ve věci

1) Obžalovanému se zakazuje vůči používat vůči spotřebitelům dle § 13 OZ používat následující nebo obsahově podobné klausule (nebo se na ně odvolávat) ve svých všeobecných obchodních podmínkách v souvislosti se svými předplacenými službami jako mobilního operátora.

a) Kredit, jehož vklad na zákaznické konto proběhlo před více než 365 dny, propadá, pokud není reaktivován dalším nabytím, které musí proběhnout do jednoho měsíce po uplynutí oněch 365 dnů.

b) S ukončením smlouvy propadá eventuální zbytek kreditu na zákaznickém účtu, ledaže by O2 vypověděla smlouvy z důvodů, za něž je odpovědná ona nebo by smlouvu vypověděl zákazník, z důvodů za něž odpovídá O2.

c) Za zastavení je vybírán poplatek, který se určuje z právě aktuálního ceníku

2) Obžalovanému se uděluje za každé protizákonné jednání pořádková pokuta až 250 000,- € (jako náhrada pak donucovací vazba do 6ti týdnů /za jednu pokutu) nebo mu hrozí donucovací vazba do 6ti měsíců, která by se vykonala na jednateli komplementářské s.r.o.

3) Obžalovaný ponese náklady právního sporu.

4) Rozsudek je předběžně vykonatelný proti peněžitě záruce ve výši 50 000,- €

### **Skutkový stav:**

Žalobce (kvalifikované zařízení) se domáhá cestou žaloby (*přesná definice ze slovníku: žaloba podaná sdružením v zájmu jeho členů*), aby se žalovaný zdržel používání určitých všeobecných obchodních podmínek.

Žalovaný je provozovatelem operační sítě pro mobilní telefony. Jeho všeobecné obchodní podmínky jsou přiloženy jako příloha 2. Sporná ustanovení se nachází pod čísly .....

Krom jiného nabízí obžalovaný pod označením „Loop“ předem placený produkt. Zákazník obdrží při uzavření smlouvy (stejně jako u následně placených produktů) tzv. sim-kartu, která identifikuje zákazníka v síti a které je přiřazeno i telefonní číslo. Sim-karta je technickým předpokladem pro fungování, se kterou je teprve umožněno telefonování. U předem

placených produktů naplatí zákazník základní sazbu nýbrž dopředu určitý kredit, který pak může protelefonovat. Pak může kredit znovu dobýt – v libovolné výši, především převodem nebo koupí kupónu. Kredit není uložen na sim-kartě. Žalovaný má na to nachystaný server, s jehož pomocí je veden účet a v pravý čas je provedeno vyúčtování.

Žalobce považuje klausuli a) za neplatnou kvůli porušení § 307 odst. 1. odst. 2. OZ a odvolává se na rozhodnutí BGH NJW 01, 2635 („Telefonní karty“). Klausule nezohledňuje princip rovnosti stran a odporuje zákonným předpisům o promlčení.

Klausule b) odporuje § 307 odst. 1. odst. 2. OZ právě tak jako klausule a); krom toho je ztížena výpověď. Klausule c) porušuje § 309 čís. 5, písmeno b, OZ.

Žalobce požaduje:

Žalovanému se zakazuje dle § 13 OZ používat nebo se odvolávat na následující nebo obsahově podobné klauzule ve svých všeobecných obchodních podmínkách v souvislosti se svými předem placenými službami jako mobilního operátora:

a) Kredit, jehož vklad na zákaznické konto proběhlo před více než 365 dny, propadá, pokud není reaktivován dalším nabytím, které musí proběhnout do jednoho měsíce po uplynutí oněch 365 dnů.

b) S ukončením smlouvy propadá eventuální zbytek kreditu na zákaznickém účtu, ledaže by O2 vypověděla smlouvy z důvodů, za něž je odpovědná ona nebo by smlouvu vypověděl zákazník, z důvodů za něž odpovídá O2.

c) Za zastavení je vybírán poplatek, který se určuje z právě aktuálního ceníku

Žalovaný požaduje: zamítnutí žaloby

Žalovaný tvrdí, že propadnutí kreditu dle klauzule a) je nutné.

Udržování kreditového konta sim-karty nad dobu platnosti 365dnů – navíc u zákazníků, kteří nepoužívají mobil aktivně, je spjato s výraznými náklady. Ty tvoří dílčí náklady na síť, na ukládání, licenční náklady, náklady na vývoj, stejně jako dílčí náklady na osobu za obsluhu po informačně technologické stránce. Jednotlivé náklady jsou zohledněny také na stranách 6 až 9 v písemném vyjádření žalované strany.

Zákazníky nepoužívaná předem placená konta by blokovala jim přiřazená telefonní čísla a odpovídající velikost paměti.

Není možné deaktivovat sim kartu po 365dnech, eventuálně v jednoměsíční toleranční lhůtě, pokud není vymazán kredit.

Zákazníkům je oznamováno hrozící propadnutí kreditu podle klauzule a) pomocí 3 sms zpráv během tří po sobě jdoucích dnů a pomocí dopisu a pak obnovovací smskou během 3 po sobě jdoucích dnů.

Kdyby byl žalovaný povinen spravovat a vyplatit zbytek kreditu, vznikly by mu další náklady. Krom toho by vznikl problém s daní z přidané hodnoty.

Poplatek podle klauzule c) není toho času vybírán. Nejedná se o vyměření škodu, ale o tarifní poplatek.

Dne 8. 12. 2005 byl žalovaný upozorněn na to, že není dostatečně vysvětleno, proč nemůže být smlouva ukončena, aniž by byl poskytnut zákazníkovi zbytek kreditu. Při rozhodování bylo zohledněno písemné vyjádření došlé během lhůty pro písemné vyjádření dne 22. 12. 05.

K doplnění skutkového stavu jsou zohledněna písemná prohlášení vyměněná mezi stranami, předložené listiny, stejně jako protokol pořizovaný při ústním jednání.

Důvody rozhodnutí

Přípustná žaloba je v plném rozsahu odůvodněná. Žalobce legitimovaný dle ... má nárok vůči žalovanému, aby se vzdal užívání a poukazování klausulí, jež byly předmětem sporu dle...

1) Klausule a) je neplatná, protože porušuje § 307 odst. 1. odst. 2. OZ. Je neslučitelná s principem rovnosti stran a nepřiměřeně poškozuje zákazníka.

a) Klausule podléhá dle § 307 ods. 3 soudnímu přezkoumání právních norem.

Napadená klauzule zahrnuje propadnutí zbytku kreditu při ukončení smlouvy.

Protože zákon nechává v zásadě na vůli smluvních stran volně si ve smlouvě určit plnění a protiplnění, podléhá soudnímu přezkoumání pouhá dohoda o bezprostředním předmětu hlavního plnění (tzv. popis plnění) a právě tak málo podléhá soudní kontrole i ujednání o úplatě poskytované druhou stranou. Přitom pod termín "popis plnění" spadají taková ustanovení, která stanovují způsob, rozsah a jakost plnění, k němuž se bylo zavázáno .....

Žalovaný činí rozsáhlé výklady o rentabilitě předem placených produktů a závislost rentability na postupu stanoveném v klauzuli. Napadená klauzule nezahrnuje ale stanovení obsahu plnění, nýbrž ho sama vytváří. Plnění žalovaného – jak sám uvádí- spočívá v tom, že poskytuje síť a tím zaručenou dostupnost a možnost aktivního telefonování. Produkt žalovaného je při tom nabízen jako časově neomezený a ne jako termínovaný. Tomu odpovídá i to, že žalovaný používá pojem „kredit,“ který dle všeobecných jazykových zvyklostí znamená, že daný obnos přísluší majiteli bez časového omezení – na rozdíl od např. odměny.

b) Zákonné úpravy především v § 307 ods. 2 OZ nejsou jen zákonně stanovené úpravy ale také právní zásady vytvořené soudnictvím a právní vědou.(.....) Mezi ně patří i princip rovnosti stran.

c) Klausule je neúčinná, protože porušuje principi rovnosti stran neuměřeně poškozuje zákazníka.

Zaplacení kreditu představuje předběžné plnění zákazníka a je srovnatelné s dobropisem. U různých opravňujících poukazů a dobropisů, které svému aktuálnímu majiteli zakládají možnost požadovat určité zboží či služby, nemůže být sice každé časové omezení bráno jako neúnosné poškození principu rovnosti stran a nepřiměřené poškození zákazníka. Takovéto omezující lhůty jsou, přestože to zákon zpravidla neupravuje, v mnohých oblastech obvyklé a nejsou -při zohlednění oprávněných zájmů oboustranně zúčastněných- považovány za nepřiměřené. (.....) Je nutno zvážit oboustranné zájmy. V předloženém případě je propadnutí kreditu za předpokladů stanovených klauzulí, třeba považovat jako neslučitelné odchýlení se od principu rovnosti stran, protože důvody uváděné žalovaným, nejsou tak závažné, aby ospravedlnily propadnutí kreditu.

aa) K tíži obžalovaného připadá to, že výše kreditu, kterou je možno zaplatit, není omezena, a proto také výše propadnuté částky není nějak omezena. Sice žalovaný uvedl, že většinou propadají pouze malé částky, ale není možné vyloučit propadnutí vyšších obnosů, zvláště když není stanovena horní hranice plateb. Z toho důvodu mohou být zaplacené částky ve výši 100, € ale nemusí být provolány. Při uvážení je třeba zaměřit se na tyto případy.

bb) Pokud se žalovaný odvolává na to, že při udržování smluv neaktivních zákazníků by vznikly značné náklady, dotýká se to v podstatě otázky, zda a za jakých podmínek mohou být

smlouvy ukončeny, což je upraveno v klauzuli 9.1. Tato klauzule nebyla ale žalobcem vůbec napadena.

Podstatné vysvětlující věcný výklad k tvrzení, že smlouvy nemohou být ukončeny, aniž by byl kredit vymazán, nepřinesla žalovaná strana ani na upozornění soudu. Skutkově není toto tvrzení zdůvodněné, protože zjišťování a správa kreditu, není problém technický ale účetní. Závislost kreditu na udržování možnosti používat síť pak není objasněna.

cc) Žalovaný dále argumentoval svými náklady při správě kreditu. Kredity by musely být registrovány a na požádání vyplaceny až do uplynutí lhůty pro promlčení. Tímto vznikající náklad na správu se ovšem nezdá být neakceptovatelně vysoký; zvláště ve vztahu k dle tvrzení žalovaného nyní používanému opakovanému zasílání sms zpráv a dopisu, který by si obžalovaný mohl ušetřit. Ostatně žalovaný by musel kredity vést pouze účetně a nemusel by se písemně obracet na zákazníky nebo je nějak jinak kontaktovat. Je věcí smluvních partnerů žalovaného, aby požadovali svoje peníze.

dd) Dále uvádí žalovaná strana, že nemá možnost přezkoumat, kdo je plátcem kreditu, protože předem placené služby u mobilu často nejsou používány nabyvateli ale třetími osobami, které žalované straně nejsou známy. Tato námitka není rozhodující. Tento problém se objevuje stejně tak i u probíhajících smluv. Z výkladu smlouvy vyplývá, že oprávněný je ten, kdo je majitelem mobilu. Takže stejně jako majitel mobilu může kredit spotřebovat, je také oprávněný požadovat peníze zpět.

ee) Pokud žalovaný poukazuje na to, že není známo, zda-li zákazník se přihlásí k dani z příjmu na finančním úřadě nebo ne, není úlohou žalovaného, aby to zkoumal. Ten má vyplatit kredit v příslušné výši, zákazník má pak částku uvést na příslušném finančním úřadě. Důvod, proč by to mělo zůstat na straně žalovaného, není patrný.

ff) V rámci uvážení nepřevažují tudíž argumenty žalovaného proti povinnosti zpětného vyplacení kreditu zakládajícího se na principu rovnosti stran. Nejsou tak důležité, aby ospravedlnily odchylky od zásady rovnosti stran spočívající v propadnutí kreditu za předpokladů jmenovaným pod číslem 9.2.

**2)** Klausule b) je rovněž neplatná vzhledem k porušení § 307 odst. 1. odst. 2. OZ. Porušuje zásadu rovnosti stran a nadto stěžuje výpověď, takže dochází k nepřiměřenému poškození zákazníka.

Ohledně nesrovnalosti se zásadou rovnosti je brán zřetel na výklady pod bodem 1).

Klausule se dotýká každého případu výpovědi, i těch z řádných důvodů. Zákazník, který by chtěl vypovědět smlouvu, může mít pocit, že je mu v tom bráněno, když má ještě zbylý kredit, zvláště když ten dosahuje nezanedbatelné výše.

Při zvážení oprávněných zájmů obou stran nepřevažuje zájem žalované strany na výmazu kreditů.

**3)** Také klauzule c) je neúčinná. Porušuje § 309 OZ.

Je třeba vycházet u takového výkladu klauzule, která je pro zákazníky nejméně příznivá. (... ..)

Tato klauzule může být chápána jako paušalizovaný nárok na náhradu škody, protože věta, která stojí před napadnutou klauzulí pod číslem 10 ve všeobecných obchodních podmínkách, stanovuje zastavení poskytování služeb pro případ, že zákazník nesplní své povinnosti. Tato souvislost s porušením povinností budí dojem, že „poplatek“ je kompenzace za náklady

vzniklé žalovanému na základě porušení povinností, tedy náhradu škody. Toto platí tím víc, že toto zastavení není žádné od zákazníků chtěné plnění ale donucovací opatření. Dle výkladu, nejméně příznivého pro zákazníky, je klauzule § 309 OZ čís. 5 písm. b) neúčinná

4) rozhodnutí o hrazení nákladů vyplývá z ....., rozhodnutí o předběžné vykonatelnosti z.....