

## SERVICE LEVEL AGREEMENTS V KONTEXTU SOFTWAROVÝCH SMLUV

MGR. ET MGR. OLIVER CHORVÁT\*

### ABSTRAKT

Článek si klade za cíl nabídnout praktický pohled na problematiku doložek o úrovni poskytování služeb (SLA) v kontextu softwarových smluv. Úvodem článek zavádí pracovní definici softwarových smluv, z níž pak vychází pozorování náležitostí těchto smluv. Na tyto obecnější poznatky navazuje podrobné zkoumání fenoménu doložek o úrovni poskytování služeb z hlediska teoretického a následně praktického. Článek se zabývá problematikou komplexně a analyzuje kromě právní povahy a obsahu těchto doložek také další relevantní okolnosti plynoucí z kontextu, v němž se tyto doložky zpravidla vyskytují. Další otázky jsou proto posuzovány s důrazem na celkový rámec právních vztahů, jichž jsou doložky součástí. Pozornost je tak kromě stěžejních otázek jako definice služby, její úrovně a případných sankcí věnována i často řešeným vedlejším ustanovením nebo některým technickým otázkám, které mají ovšem pro aplikaci a praktickou využitelnost těchto doložek zásadní význam. Opomenuta není ani problematika vynutitelnosti jednotlivých ustanovení, která opět bere ohled nejen na otázky právní, ale také na další okolnosti, které mohou v těchto situacích hrát podstatnou roli. Závěrem pak článek formuluje obecná doporučení a shrnuje v něm uvedené poznatky.

### KLÍČOVÁ SLOVA:

Software, Softwarové smlouvy, Doložka o úrovni poskytovaných služeb, SLA, Outsourcing, Software jako služba, Právo IT

---

\* Autor je advokátním koncipientem v advokátní kanceláři Weil, Gotshal & Manges v Praze. Kontaktní e-mail: oliver.chorvat@gmail.com

**ABSTRACT**

*This article aims to provide practical insight into the area of service level agreements in the context of software contract law. In the introduction the article introduces a working definition of software contracts that is used as a basis for observing the elements of such contracts. These more general findings are then followed by a closer look at the phenomenon of service level agreements from a theoretical as well as a practical point of view. The article deals with the topic in a complex manner and analyzes not only the legal nature and contents of these agreements but also other relevant circumstances arising from the context in which these agreements are usually entered into. Further questions are therefore considered with emphasis on the entire framework of legal relationships that the agreements are a part of. Apart from the essential questions such as definition of the service level, the service itself and eventual sanctions, attention is also focused on often relevant additional provisions or certain technical questions that are of crucial importance for the application and practical usability of these agreements. Also considered are the topics of enforceability of the individual provisions, again with respect not only to legal question, but also to other circumstances that may play an important role in these situations. Finally, the article formulates general recommendations and summarizes its findings.*

**KEYWORDS:**

*Software, Software contracts, Service Level Agreement, SLA, Outsourcing, Software as a Service, IT Law*

**1. ÚVOD**

Článek na téma softwarového smluvního práva asi ani nelze začít jinak, než obligatorním konstatováním o tom, že informační technologie se stávají, nebo pro některé se už staly, neoddelitelnou součástí běžného života, a jako takovým jim musí, ať už chce nebo ne, věnovat náležitou pozornost i právo. Rozhodně přitom nelze tvrdit, že by české právní prostředí informační technologie a související fenomény ignorovalo. Ačkoliv české právo co do objemu odborné literatury, judikatury nebo jiných pramenů zaostává za země-

mi jako USA, Velká Británie, nebo i sousedící Německo, lze za poslední dobu pozorovat nárůst počtu odborných publikací, článků, nebo jiných zdrojů informací k tomuto tématu.

Navzdory tomu ale autor vnímá jisté nedostatky v oblasti toho, jak se v praxi se softwarovým smluvním právem pracuje. Asi se nelze zbavit dojmu, že většinová odborná veřejnost, čest výjimkám, s touto oblastí pracuje buď z pohledu ryze právního, nebo naopak ryze technického. Tato často snad i podvědomá snaha izolovat jisté aspekty problematiky od jiných přitom nemůže být k užitku. Bez pochopení alespoň základních technických souvislostí softwaru se totiž nelze v dané oblasti orientovat, natožpak formulovat dobře odůvodněný právní názor, nebo poskytovat kvalitní právní služby. Tento článek si mimo jiné klade za cíl na tuto problematiku nahlížet z obou stran a poukázat na provázanost dané problematiky.

Zároveň platí, že soukromé právo, které obsahuje smluvní právo, a také občanský zákoník,<sup>1</sup> jsou založeny na zásadě dispozitivnosti. Tato skutečnost v kombinaci s tím, že existuje relativně málo kogentních ustanovení a tedy málo opěrných bodů, dává smluvním stranám v softwarových smlouvách značnou dávku volnosti oproti jiným právním odvětvím.

Článek se při sledování svého cíle snaží vycházet především z domácí právní úpravy, kde to je vhodné, používá i zahraniční odborné prameny nebo dostupné smluvní vzory. Zvláštní místo přitom mají poznatky a zkušenosti z praxe, jak autorovy vlastní, tak zdokumentované v literatuře. Právě praxe totiž poukazuje na potenciálně problematické oblasti, které je nutné při jakýchkoliv úvahách v této oblasti brát v potaz.

Jako výchozí bod pro poznávání článkem vytyčené specifické problematiky slouží druhá kapitola zkoumající obecné náležitosti softwarových smluv. Ačkoliv softwarových smluv může existovat mnoho druhů, faktem zůstává, že jisté základní stavební prvky těchto smluv budou stejné a nepostradatelné. Tyto se budou vyskytovat jak ve smlouvě o koupi softwaru, tak ve smlouvě o vývoji softwaru na míru, nebo o poskytování softwaru jako

---

<sup>1</sup> Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 12. 10. 2014].

služby, a budou se vyskytovat rovněž v softwarových smlouvách inominátních.

Těžiskem článku je třetí kapitola, která se zabývá doložkami o úrovni poskytovaných služeb, neboli anglicky Service Level Agreement (dále také jen „SLA“). Tyto doložky jsou běžnou a podstatnou součástí nejen různých smluv o poskytování služeb ve světě informačních technologií. Dotýkají se přitom situací, kdy software samotný je poskytovaný formou služby, nebo také situací, kdy jsou jiné služby poskytované v souvislosti se softwarem, ať už v návaznosti na software, nebo i šířeji v rámci informačních technologií. Kapitola třetí proto v tomto kontextu zkoumá definice a vymezení služeb jak z hlediska faktického, tak z hlediska jejich zachycení ve smlouvách.

Po právně teoretickém rozboru základních náležitostí těchto doložek a možností jejich právní kvalifikace následuje stručné objasnění kontextů, ve kterých se lze s doložkami o úrovni poskytovaných služeb setkat. V úzké souvislosti s poskytováním softwaru jako služby je zde relevantní také poskytování dalších IT služeb a problematika outsourcingu – zde všude nachází tyto doložky své uplatnění.

Další části kapitoly se věnují samotnému obsahu těchto doložek, tedy způsobu stanovení kvality služby, včetně jednotlivých rozhodujících parametrů a mechanismů pro kontrolu jejich dodržování. Do souvislosti s těmito detaily je pak uveden širší kontext předmětných smluv v podobě dalších často se vyskytujících ustanovení a jiných aspektů, které by měly být zohledněny v rámci celého smluvního vztahu, tedy i těchto doložek.

Na uvedené poznatky logicky navazuje kapitola čtvrtá, která se zabývá vynutitelností ujednání obsažených v doložkách o úrovni poskytovaných služeb. Pozornost je zde věnována zejména sankčním ujednáním, jejichž cílem je motivovat poskytovatele služby smlouvu dodržovat, nebo případně kompenzovat uživateli újmu způsobenou jejím nedodržováním. Kapitola se přitom věnuje i otázce uplatňování nároků z těchto ujednání vzniklých.

Závěrem článek shrnuje sesbírané poznatky a formuluje doporučení pro praxi. Základním doporučením, které rezonuje v celém textu článku přitom je, že vzhledem ke komplexnosti problematiky je zásadní všechny související aspekty a otázky ve smlouvách pečlivě definovat a vyjasnit. To je nejlepší

způsob, jak se v budoucnosti vyhnout případným sporům. Z důvodu omezení co do rozsahu se přitom článek jak v závěru, tak i v celém svém textu omezuje na formulaci obecních úsudků a pozorování, než aby nabízel konkrétní vzorové ustanovení nebo návrhy, jak tu či onu oblast upravit. Takováto doporučení by jednak překračovala rámec tohoto článku a jednak by mohla působit zavádějícím dojmem. Pro řádnou úpravu tak složitých otázek, jakými vztahy plynoucí ze softwarových smluv bezpochyby jsou, je totiž nutná znalost mnoha souvislostí a skutečností, které nelze v textu článku pokrýt. Autor je přitom toho názoru, že nejzásadnější nedostatky vznikají v softwarových smlouvách právě z toho důvodu, že je určitá otázka či oblast opomenuta. Následně se musí pro její úpravu aplikovat obvykle ne příliš obsáhlá obecná právní úprava, což ne vždy vede k požadovaným výsledkům. Naopak pokud si strany jsou jistého problému nebo otázky při uzavírání smlouvy vědomy, tuto otázku se obvykle alespoň pokusí v smlouvě podchytit a vyřešit, což má v ideálním případě za následek přinejmenším eliminaci potenciálních nedorozumění.

## 2. NÁLEŽITOSTI SOFTWAROVÝCH SMLUV

Pojem softwarová smlouva je v tomto článku zaveden jako zkratka pro jakoukoliv smlouvu, jejímž předmětem je software nebo práva k němu. Pod tento pojem článek také zahrnuje smlouvy o poskytování služeb, pokud se toto poskytování služeb odehrává z podstatné části automatizovaně a za pomoci softwaru, nebo pokud samotná služba spočívá právě v umožnění používání předmětného softwaru.

Jelikož český právní řád pochopitelně nezná kategorii softwarových smluv a ani žádný podobný smluvní typ, nelze v tomto případě o náležitostech v pravém smyslu slova mluvit. Navzdory tomu ale lze identifikovat jisté oblasti nebo črty, které tyto smlouvy mají a měly by mít společné. Jejich absence přitom zpravidla nebude mít za následek absolutní neplatnost souvisejícího právního jednání, jak by tomu bylo, kdyby se jednalo o skutečnou absenci povinné náležitosti nějakého jednání. Tento nedostatek se ale může o to palčivěji projevit v budoucnosti, za trvání takovéto smlouvy. Smlouva bude platná a účinná, z důvodu nedostatků co do obsahu

a perfektnosti v jednotlivých níže uvedených kategoriích může však způsobit, a s pravděpodobností větší než malou časem také způsobí, odlišné porozumění obsahu smlouvy jejími stranami, čehož logickým důsledkem pak můžou být více či méně vyhrocené spory.

V souladu s právní teorií, i v případě softwarových smluv, jakožto právních vztahů, lze zkoumat subjekty, objekt a obsah těchto právních vztahů. Jelikož způsobilost subjektů vstupovat do těchto vztahů, tedy uzavírat softwarové smlouvy, se z právního hlediska nijak neliší od obecné způsobilosti neboli svéprávnosti, není tomuto aspektu v článku věnována žádná zvláštní pozornost. Naopak objekt, tedy předmět těchto smluv, je značně specifický a ne vždy snadno uchopitelný. Jeho vymezení se proto věnuje podkapitola 2.2. Neméně důležité a specifické je také vymezení obsahu softwarové smlouvy, tedy vzájemných práv a povinností subjektů ve vztahu k předmětu smlouvy, čímž se zabývá podkapitola 2.3. Následující podkapitola 2.1 ještě předtím zkoumá možnosti podřazení jednotlivých softwarových smluv pod smluvní typy podle občanského zákoníku, nebo případnou možnost je konstruovat jako smlouvy *inominatní*.

## 2.1 TYPIZACE SOFTWAROVÝCH SMLUV

Velmi zjednodušený nástin typizace softwarových smluv obsahuje úvod tohoto článku, když příkladmo uvádí smlouvu o koupi softwaru, o vývoji softwaru na míru, tedy smlouvu o dílo, nebo o poskytování softwaru jako služby. Opomenout nelze ani širokou paletu smluv licenčních, které někdy mohou samy o sobě představovat období „nájmů“ softwaru, jindy budou naopak například součástí smlouvy o dílo, protože i zde je nutno upravit aspekty dané povahou softwaru, jakožto předmětu práva duševního vlastnictví. Patrně ale tato zjednodušená typizace ani zdaleka nepokrývá všechny možné scénáře a situace, kde se softwarové smlouvy mohou vyskytnout. Komplexita softwarových smluv je přitom dána zejména skutečností, že se často může jednat o komplexní vztahy, které obsahují prvky více smluvních typů současně.

Občanský zákoník k této otázce v § 1746 odst. 1 stanoví: „*Zákonná ustanovení upravující jednotlivé typy smluv se použijí na smlouvy, jejichž obsah*

*zahrnuje podstatné náležitosti smlouvy stanovené v základním ustanovení pro každou z těchto smluv.*“ To tedy znamená, že při zjišťování obsahu smlouvy by bylo nutné srovnat tam obsaženou smluvní úpravu s podstatnými náležitostmi jednotlivých smluvních typů v občanském zákoníku a v případě shody se obsahem smlouvy stávají i základní ustanovení daných smluvních typů. Z uvedeného tedy plyne, že otázka typizace smluv není pouze otázkou teoretickou, ale může mít citelný dopad i na jejich obsah.

Odstavec 2 citovaného paragrafu pak dává stranám možnost uzavřít smlouvu inominátní, tedy takovou, která není zvláště jako typ smlouvy upravena. Přitom platí, že právě inominátní smlouva klade nejvyšší nároky na své znění, protože je v občanském zákoníku upravena pouze naprosto minimálně. To je na jedné straně účelné, protože to ponechává široký prostor smluvní volnosti stran, na straně druhé ale také nechává prostor pro právní nejistotu v případě, že strany jistotu záležitost upravit opomenou. V tomto případě je totiž nutné v souladu s § 10 občanského zákoníku vyplnit takovouto mezeru za pomoci analogie daného právního vztahu k některému ze smluvních typů, nebo jinak.<sup>2</sup> Proto je u inominátních smluv ještě více než jinde důležité právní vztah v textu smlouvy upravit opravdu komplexně, jinak se strany vystaví značné právní nejistotě a riziku.<sup>3</sup>

## 2.2 VYMEZENÍ PŘEDMĚTU SMLOUVY

Při vymezování předmětu softwarové smlouvy se bude postup lišit podle toho, jestli předmětem smlouvy je software, nebo nějaká činnost nebo služba se softwarem související. Není přitom samozřejmě vyloučené, že by předmětem smlouvy mohlo být obojí. V takovém případě musí smlouva řádně vymezit jak software, tak činnosti a služby.

Software bude předmětem zejména smlouvy licenční, případně kupní, budoucí nebo již hotový software může být předmětem smlouvy o dílo, a taktéž nezdědka bývá software předmětem smluv inominátních. Tento předmět, jakožto objekt právního vztahu, musí být jasně a srozumitelně ur-

<sup>2</sup> HUMLÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721-2054). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 138.

<sup>3</sup> JANSÁ, L., OTEVŘEL, P. *Softwarové právo*. 2. vydání. Brno: Computer Press, 2014, s. 298 – 299.

čen, způsob jeho vymezení mimo jiné musí odpovídat na otázky pokládané v následujících dvou podkapitolách. Příklad, kdy je předmětem smlouvy služba, pak pokrývá podkapitola 3.2.

### 2.2.1 O JAKÉ FORMY SOFTWARE SE JEDNÁ?

Software běžně existuje alespoň ve dvou formách – ve formě zdrojového kódu, v které vzniká, a ve formě spustitelného strojového kódu. Strojový kód je přitom ve vysoké míře přizpůsobený platformě, na které má být provozován. Ačkoliv je v závislosti od okolností ze zdrojového kódu možné sestavit strojový kód pro více platforem, převod strojového kódu z jedné platformy na druhou je prakticky nemožný. Tento problém by bylo teoreticky možné obejít tzv. virtuálním strojem, nejlepší samozřejmě ale je ve smlouvě definovat, na jaké platformě má být software spustitelný a funkční. V případě služeb je také běžné, že uživateli není poskytnuta vůbec žádná kopie softwaru, pouze možnost se softwarem pracovat, a to obvykle po internetu. Pro určitost každé softwarové smlouvy je proto zásadní přesně vymezit formu softwaru, o kterou se má jednat. To znamená specifikovat v jaké formě, případně pro jakou platformu nebo v jakém jazyce, případně jestli vůbec, budou kopie softwaru poskytnuty.

### 2.2.2 CO VŠECHNO PATŘÍ POD POJEM SOFTWARE?

Obecně platí, že předmět smlouvy musí být řádně definován tak, aby bylo jasné, co všechno zahrnuje. V případě softwaru bude postup při definování předmětu smlouvy záviset od toho, jestli se jedná o software standardní, anebo na zakázku. V případě standardního softwaru bude situace pochopitelně jednodušší. Označením softwaru jeho názvem bude možno tento software určit celkem přesně, podstatné přitom bude také přesné označení verze nebo platformy, pro kterou je software určen. V případě softwaru na zakázku je tato otázka mnohem komplikovanější a má zásadní význam pro celou smlouvu. V tomto případě bude totiž obvykle nutné a vhodné vymezovat software například formou popisu jednotlivých jeho součástí nebo modulů a zejména funkcionality, kterou tyto mají poskytovat.

Další neméně důležitou otázkou je manuál, resp. dokumentace k softwaru. V první řadě bude v zájmu každého uživatele mít k softwaru návod



k použití, tedy manuál. Zde je opět nutné věnovat pozornost jeho formě – manuál totiž může existovat jako samostatný dokument, ale také jako návody a tipy obsažené přímo v softwaru. Možné také je, že bude uživateli poskytnut přístup do tzv. knowledge base, tedy interaktivní databáze problémů a jejich řešení, kterou provozuje výrobce softwaru, což by mohlo být považované i za jistou formu služby.

V neposlední řadě jsou podstatné i požadavky softwaru na běhové prostředí, tedy na vybavenost počítačů, na kterých má být provozován. Samozřejmostí je specifikace platformy, tedy operačního systému, která již byla zmíněna výše. Nadto ale může software ke svému fungování vyžadovat další software, typicky například dynamicky linkované knihovny.<sup>4</sup> Ne vždy přitom tyto knihovny jsou součástí softwaru v tom smyslu, že by se softwarem byly automaticky distribuovány, nebo že by k nim autorská práva vykonával tentýž subjekt. Proto je nutné vědět, jestli software nějaké knihovny ke své řádné funkci vyžaduje. Tyto knihovny se pak buď v definicích smlouvy pod pojem software zahrnou, anebo bude uživatel vysloveně počítat s tím, že je musí obstarat individuálně.

O knihovnách pak platí, že se jedná o samostatný software, byť samostatně využitelné nejsou. S ohledem na tuto skutečnost je nutné při jejich dodávce specifikovat formu dodání nebo další podrobnosti uvedené výše.

### 2.3 VYMEZENÍ ZÁVAZKU

Jak plyne z pracovní definice v úvodu kapitoly, společným obsahem softwarových smluv bude, že poskytovatel poskytuje uživateli software. Pod toto široké vymezení obsahu smlouvy ale lze podřadit širokou paletu povinností poskytovatele, které je třeba ve smlouvě řádně vymežit. Na prvním místě bude otázka samotného poskytnutí softwaru. Kromě toho, že software musí být také přesně popsán, jak je uvedeno v předešlé podkapitole,

---

<sup>4</sup> Z technického hlediska se jedná v podstatě o samostatné moduly softwarového kódu, které obsahují vymezenou funkcionalitu. Pokud se programátor jiného softwaru rozhodne, že tuto funkcionalitu nechce programovat sám, ale chce její vykonávání přenechat již existujícím dynamicky linkovaným knihovnám, může tak učinit tím, že svůj software naprogramuje tak, aby tyto knihovny využíval. To má pak pochopitelně za následek, že tento software dané knihovny pro své fungování potřebuje.

nemožno zapomínat ani na další aspekty plnění, jako je termín, do kdy se má software poskytnout, resp. se má začít s jeho poskytováním, nebo „dodací podmínka“, tedy co přesně musí poskytovatel splnit, aby bylo možné závazek z jeho strany považovat za splněný. Běžně lze očekávat, že v rámci smlouvy o poskytnutí softwaru bude sjednána například související služba instalace a nasazení tohoto softwaru do infrastruktury uživatele. V případě softwaru na objednávku jsou obvyklé tzv. akceptační testy, jejichž účelem je ověřit na straně klienta, že software skutečně odpovídá definovaným požadavkům. Úspěšným poskytnutím softwaru pak může být smlouva považována ze strany poskytovatele za splněnou ovšem pouze v případě jednorázového dodání softwaru.

Co se týče povinností uživatele, jeho prvotní povinností bude uhradit poskytovateli odměnu neboli platbu. Tato odměna může být podle scénáře poskytování softwaru buď jednorázová, nebo pravidelná. Výše platby přitom může být stanovená pevně, nebo může smlouva definovat mechanismus pro její výpočet. Tak tomu může být například u smlouvy o poskytování služby, kdy platba bude závislá od plnění doložky o úrovni poskytovaných služeb ze strany poskytovatele.

Mimo situace, kdy poskytovatel jen software prodá a dále se o uživatele nemusí starat, je zásadní také povinnost uživatele poskytovat poskytovateli součinnost při činnostech týkajících se poskytování softwaru nebo služby. Tato povinnost je zásadní zejména při vývoji softwaru na objednávku. Vývoj se totiž nemůže povést, pokud uživatel nebude s poskytovatelem náležitě spolupracovat. Je pak na smlouvě, aby vymezila podmínky této spolupráce, obvykle se ale bude jednat o povinnost poskytovat poskytovateli podklady, informace a další materiály potřebné k tvorbě softwaru. Samozřejmostí, kterou nicméně pro jistotu také neuškodí stvrdit textem smlouvy, pak bude povinnost uživatele software užívat řádně, nesnažit se získat neoprávněný přístup na server nebo ke zdrojovému kódu a podobně.

V případě poskytování softwaru jako služby, ale i při jednorázovém poskytnutí softwaru je rozumné také vyřešit otázku aktualizací, nových verzí a záplat. V praxi v této oblasti neexistuje jednotná terminologie, důležité je ovšem rozlišovat, které aktualizace jsou ještě součástí závazku, a které

naopak musí uživatel platit zvlášť. Pravidlem bývá, že aktualizace řešící zjištěné problémy, někdy také známé jako záplaty, bývají poskytovány bezplatně. Naopak rozsáhlejší aktualizace, někdy označovány také jako upgrade nebo novým číslem verze, musí uživatel obvykle platit zvlášť. Někdy můžou ale i tyto nové verze být poskytovány se slevou nebo bezplatně, pokud uživatel dosud platil poplatek za údržbu softwaru, respektive měl objednanu i tuto službu. Součástí údržby softwaru obvykle bývají také aktualizace reagující například na novou legislativu, případně přinášející jiná zlepšení. Obecně ovšem platí, že je v zájmu obou stran mít jasno v tom, na co všechno má uživatel nárok za poplatek hrazený v rámci smlouvy a co již musí platit zvlášť, bude-li mít zájem.<sup>5</sup>

### 3. DOLOŽKY O ÚROVNI POSKYTOVANÝCH SLUŽEB (SLA)

Doložka o úrovni poskytovaných služeb, neboli anglicky Service Level Agreement, tedy SLA, je rozhodně termínem spíše technickým než právnickým. Už samotný překlad tohoto pojmu do češtiny není úplně jednoznačný – lze se totiž také setkat s překladem „smlouva o garantované úrovni služeb“.<sup>6</sup> Podstatným rozdílem z právního hlediska zde je pak to, zda se jedná o smlouvu samostatnou, nebo o doložku, tedy součást nějaké jiné, „hlavní“ smlouvy. Tuto otázku jednoznačně zodpovědět je poněkud náročné zejména proto, že SLA není v českém právu pochopitelně nijak upravena. V literatuře se pak lze setkat s pojetím SLA tak, že jde o samostatnou smlouvu, jejímž předmětem je poskytování služeb a jejíž podstatnou součástí jsou ujednání týkající se právě určité úrovně těchto služeb (viz dále), která musí být dodržována.<sup>7</sup> Odlišné pojetí nabízí například německá literatura, která výslovně uvádí, že v případě SLA „*se nejedná o samostatnou smlouvu, ale o úpravu specifické intenzity smluvních povinností, spolu s úpravou následků, pro případ nedosažení úrovně služeb, nebo nedodržení*

---

<sup>5</sup> REDEKER, H. *IT-Recht*. 4. neubearbeitete Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007, s. 190 - 191.

<sup>6</sup> JANSÁ, L., OTEVŘEL, P. *Softwarové právo*. 2. vydání. Brno: Computer Press, 2014, s. 299.

<sup>7</sup> *Ibid.*, s. 299 – 301.

*lhůt.*<sup>8</sup> Obecně tedy lze říct, že SLA je smluvní ujednání mezi stranami, ať už vyjádřené v samostatné smlouvě nebo pojaté do textu jiné smlouvy, jehož účelem je stanovit podmínky týkající se požadované úrovně poskytovaných služeb, která může být vymezena zpravidla dostupností služby, nebo i dalšími parametry, přičemž pro případ nedodržení této dojednané úrovně služeb jsou stanoveny následky. „Institut“ SLA původně pochází z angloamerického právního světa, kde neexistuje odpovídající úprava povinností plynoucích ze závazků pomocí občanského zákoníku,<sup>9</sup> proto lze pochopit, že strany musely převzít iniciativu a tvořit si mezi sebou úpravu vlastní.

Následující text této kapitoly se bude zabývat nejdříve samotným pojmem SLA a následně jednotlivými prvky formulované definice. Jelikož určitost ujednání je v takovýchto smlouvách zásadního významu a nezřídka také problematická, první podkapitola se věnuje definici a vymezení služby samotné, tedy toho, o čehož úrovni je řeč dále. S tímto úzce souvisí otázka, kde všude se lze s SLA setkat. Z definice se totiž jeví, že SLA lze využít všude tam, kde se poskytuje nějaká služba, od které je očekávaná nějaká úroveň. Zásadní význam má pak samotná definice požadované úrovně, která určuje, kdy je plněno v souladu se smlouvou a kdy naopak dochází k porušení smlouvy, přičemž obvykle také kvantifikuje intenzitu porušení. Poslední důležitý aspekt SLA – následky, neboli sankce za nedodržení domluvených úrovní služeb, jsou pak podrobně zkoumány v další kapitole věnující se rovněž vynutitelnosti těchto doložek.

Shora uvedené je tedy možno shrnout jako podstatné a obvyklé náležitosti SLA.<sup>10</sup> Za podstatné náležitosti SLA je možné označit:

1. Definice a vymezení služby, která je předmětem smlouvy
2. Vymezení úrovně této služby
3. Následky nedodržení vymezené úrovně služby

---

<sup>8</sup> SCHNEIDER, J. *Handbuch des EDV-Rechts*. 4. überarb. Auflage. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, s. 799.

<sup>9</sup> *Ibid.*, s. 799.

<sup>10</sup> Autor si je samozřejmě vědom toho, že jelikož SLA není v českém právu nijak upravena, nemůže být řeč o náležitostech tohoto neexistujícího smluvního typu v pravém slova smyslu. Následující vymezení by proto mělo být bráno spíše s ohledem na praktickou využitelnost výsledného smluvního dokumentu, případně jako úvahy de lege ferenda.

Náležitosti ad 1 a ad 2 jsou diskutovány v následujících podkapitolách. Otázka následků nedodržení vymezené úrovně služby je pak zkoumaná dále v podkapitole 4.1, jelikož právě jejich úprava je zásadní pro celkovou vynutitelnost dané smlouvy, což je předmětem kapitoly 4.

Pod obvyklými náležitostmi lze pak rozumět ujednání, která nejsou pro existenci právního jednání nepostradatelná, ovšem často bývají jeho součástí. V Případě SLA se bude jednat o relativně širokou paletu ustanovení, která mohou upravovat jednotlivé otázky související s poskytováním daných služeb. Pro vytvoření představy o tom, jaké všechny otázky mohou být v rámci SLA řešeny, lze odkázat například na standardizační dokument vydaný Evropskou komisí,<sup>11</sup> přičemž některým těmto otázkám se věnuje podkapitola 3.4.

Na komplexnosti přidává skutečnost, že tato úprava může být obsažena ve více dokumentech, například v případné rámcové smlouvě, v samotné smlouvě o poskytování služby, v SLA, nebo také v samostatných smlouvách věnujících se jedné konkrétní obvyklé náležitosti. Bez ohledu na komplexnost úpravy těchto vztahů však platí, že úprava výše uvedených obvyklých náležitostí bude mít dopad i na poskytování služeb a jejich úroveň.

### 3.1 MOŽNÉ DEFINICE SLA

Jak bylo načrtnuto výše, neexistuje obecná shoda na tom, zda se v případě SLA má jednat o samostatnou smlouvu, nebo zda má spíše jít jen o soubor ustanovení tvořící celek s jinou smlouvou. Je tedy možné uvažovat jak o tom, že obsahem tohoto dokumentu je komplexní úprava právního vztahu, jehož předmětem je poskytování služby, tak i o tom, že SLA je pouze doplňkem nebo doložkou ke smlouvě hlavní, omezující se pouze na vymezení úrovně služby a jiných souvisejících detailů. Ve výsledku tedy možno říct, že je otázkou, jestli SLA obsahuje definici a vymezení služby, anebo nikoliv.

---

<sup>11</sup> Cloud Service Level Agreement Standardisation Guidelines. *Evropská komise* [online]. Brusel: Evropská komise, publikováno 24. 06. 2014 [cit. 28. 2. 2015].

Obsahově obdobné rozdělení pojmu SLA na podskupiny nabízí také německá literatura. Lze se zde setkat s SLA v širším smyslu a užším smyslu slova, kdy SLA v širším smyslu, v souladu s výše diskutovanými podstatnými náležitostmi, obsahují vymezení služby, vymezení úrovně poskytování této služby formou měřitelných parametrů a také sankce pro případ jejich nedodržení. Naproti tomu SLA v užším smyslu nebudou obsahovat vymezení služby, nýbrž pouze nastavení parametrů, neboli úrovně služby a též sankce pro případ jejich nedodržení.<sup>12</sup> Z citovaného rozdělení tedy plyne, že SLA v širším smyslu mohou samostatně v jednom dokumentu obsahovat komplexní úpravu poskytování služby. Naopak SLA v užším smyslu slova jako samostatné smlouvy neobstojí, jelikož postrádají jednu z podstatných náležitostí, konkrétně předmět právního vztahu, tedy službu, která má být poskytována a o jejíž úrovni dokument pojednává. Takováto SLA proto bude závislá na smlouvě hlavní, která mimo jiné službu vymezí, a bude sloužit jako doložka, resp. upřesnění smluvních povinností týkajících se poskytování služby zakotvených ve smlouvě hlavní.

Ačkoli toto rozdělení je z právně teoretického hlediska nepochybně zajímavé, na praxi bude zřejmě mít dopad spíše menší. Ať už bude totiž SLA obsahovat „svou vlastní“ definici služby, nebo bude na definici odkazovat ve svých úvodních ustanoveních, případně naopak smlouva hlavní bude odkazovat na SLA pro podrobnější úpravu práv a povinností subjektů, lze mít za to, že výsledek bude obsahově ve všech případech obdobný.

Pro úplnost je na tomto místě vhodné připomenout, že mimo právního kontextu se pojem SLA hojně používá také v kontextu technickém, kde je mu pochopitelně přisuzován trochu jiný význam. Zachovaná zůstává hlavní myšlenka, tedy zjednodušeně, že SLA je synonymem pro parametry, které musí služba splňovat. Na rozdíl od právního chápání se ale nezřídka lze setkat s tím, že SLA nemá nic společného se smlouvou, ale jedná se spíše o nastavení parametrů, které může být čistě v režii jednoho subjektu. Například lze pak mluvit o interních SLA mezi odděleními jednoho podniku, nebo i mezi jednotlivými dílčími službami v rámci jedné komplexní služby.

---

<sup>12</sup> GENNEN, K.; VÖLKEL, A. *Recht der IT-Verträge*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2009, s. 140.

V tomto kontextu ustupují do pozadí aspekty subjektů<sup>13</sup> a také případných sankcí,<sup>14</sup> podstatná je hlavně definice služby včetně parametrů, které musí být plněny. V případě jejich neplnění pak nejsou zahájeny právní kroky, ale mohou být spuštěny jiné kroky, které již nejsou v SLA upraveny. SLA také vůbec nemusí být obsažena v dokumentu. Její obsah může být vyjádřen například v konfiguračním souboru formou nastavení prahu, od kdy už je třeba nedostatečnou úroveň služby považovat za chybu.

### 3.2 DEFINICE A VYMEZENÍ SLUŽBY - KONCEPT SLUŽEB VE SVĚTĚ SOFTWARE

„SaaS“, neboli Software as a Service, se za poslední léta společně s pojmy jako například „Cloud“ nebo „Big Data“ nepochybně zařadil mezi tzv. buzzwords,<sup>15</sup> se kterými je v oboru informačních technologií momentálně prakticky nemožné se nasetkat. Hlavní myšlenka skrývající se za tímto pojmem spočívá v tom, že software je podle tohoto modelu poskytován formou služby a nikoliv formou „zboží“, jak to dříve bývalo obvyklé. Praktický rozdíl spočívá zejména v tom, že poskytovatel softwaru v žádné formě nepředá uživateli samotný software, ale pouze mu umožní s tímto softwarem pracovat, zpravidla na dálku. V této souvislosti lze pochopit, že koncept SaaS je na vzestupu právě v současnosti, kdy internet, potřebný pro dálkový přístup, je k dispozici v stále více domácnostech a podnicích.

Neméně populární a užívaný pojem je také outsourcing, tedy přenesení jiné než klíčové aktivity podniku a souvisejících odpovědností ven z podniku a na poskytovatele takovéto outsourcingové služby. Na rozdíl od poskytování softwaru formou služby, v tomto případě je poskytována skutečně komplexní služba, tedy ne pouze software, ale také jeho obsluha v podobě pracovní síly. Specifickým případem pak může být outsourcing IT

---

<sup>13</sup> SLA může být například zavedena mezi dvěma počítačovými servery, kdy jeden druhému poskytuje službu, kterou druhý potřebuje pro svou řádnou činnost. Z právního hlediska pak pochopitelně nelze označit server za subjekt právního vztahu.

<sup>14</sup> Obdobně jako výše, nemusí existovat žádný subjekt, který by sankci nesl, a také nemusí porušení SLA vyústit v žádnou sankci. Následkem porušení takovéto SLA bude spíše zahájení procesu směřujícího k odstranění nedostatků a jejich prevenci v budoucnosti.

<sup>15</sup> Módní odborné výrazy, které jsou nezřídka nadužívány například s cílem zapůsobit, případně pro marketingové účely.

oddělení, kdy si podnik – uživatel – ponechává naprosté minimum IT pracovníků a vlastní IT infrastruktury a všechny související starosti přenechává dodavateli.

Není možno ovšem zjednodušeně říct, že poskytování softwaru formou služby nebo outsourcing jsou synonymy pro poskytování služeb ve světě softwaru obecně. Pochopitelně existují ještě jiné formy poskytování služeb. Za typické příklady lze považovat služby hostingu nebo připojení k internetu. I když je pravda, že právě tyto služby se nedotýkají přímo softwaru, zároveň také platí, že koncept Software as a Service je na nich prakticky závislý a bez nich by se rozhodně nedočkal takového rozmachu. Za zmínku rovněž stojí další služby více nebo méně se softwarem související, jako může být například služba údržby softwaru, poskytování souvisejících konzultací a podpory, nebo jiné podobné služby. Na tomto místě je důležité je zmínit proto, že často mohou být okrajově zmíněny i ve smlouvách. Je klidně možné, že například smlouva o poskytování softwaru jako služby bude obsahovat jeden článek nebo větu v tom smyslu, že: „*dodavatel se zavazuje pravidelně software aktualizovat a odstraňovat případné závady.*“ Tím se ovšem rázem může rozšířit předmět smlouvy a z „jednoduché“ smlouvy o poskytování softwaru jako služby může najednou plynout také závazek software udržovat nebo konat další činnosti. V případě, že strany jsou s těmito následky srozuměny a je jejich vůlí si vzájemné závazky ujednat komplexněji, je samozřejmě všechno v pořádku, problém ovšem může nastat, když se ve smlouvě tato ujednání objeví proto, že „tak se to prostě dělá“.<sup>16</sup> Proto tato podkapitola obsahuje přehled různých druhů služeb poskytovaných v souvislosti se softwarem, podrobněji se ovšem věnuje právě výše zmíněnému konceptu poskytování softwaru formou služby a outsourcingu.

Zatímco zde jsou zkoumané kategorie služeb popsány spíše z hlediska jejich významu nebo účelu, v konkrétní smlouvě je nutné se zabývat jejich nanejvýš precizním a technickým popisem. Jak je uvedeno v podkapitole 2.2, software, nebo případně poskytovaná služba, jakožto předmět právního

---

<sup>16</sup> Například v důsledku použití nedostatečně upravených smluvních vzorů, které nejsou přizpůsobeny okolnostem daného případu.



vztahu musí být pečlivě definován tak, aby toto vymezení nezavdávalo důvod k spekulacím o obsahu právního vztahu a tím k právní nejistotě. Samotná definice je pak spíše otázkou technickou. Postupovat lze například vymezením rozhraní, pomocí kterých musí služba komunikovat, a kontrolních podmínek, které musí výstup splňovat, to všechno pochopitelně v kontextu dalších podmínek daných požadovanou úrovní a jinými provozními okolnostmi. Výjimkou zpravidla nebude odkaz na přílohy obsahující technické definice, specifikace a jiné podrobné dokumenty. Dodržení těchto podmínek pak lze ověřit například v testovacím provozu.

### 3.2.1 UŽÍVÁNÍ SOFTWARE FORMOU SAAS

Z hlediska stran je účelem smlouvy „o užívání softwaru formou služby“ umožnit uživateli užívat software za pravidelnou odměnu poskytovateli. Jak bylo zmíněno výše, toto užívání se odehrává zpravidla na dálku, tedy po internetu. To znamená, že software je nainstalovaný a provozovaný na infrastruktuře poskytovatele, zatímco uživatel k tomuto softwaru přistupuje pomocí tzv. tenkého klienta,<sup>17</sup> obvykle webového prohlížeče. V této souvislosti je velice zajímavou skutečností, že uživatel nemusí mít k takto poskytovanému softwaru žádná zvláštní oprávnění ve smyslu autorského práva. Důvodem je, že užívá pouze klientský software (webový prohlížeč), prostřednictvím něhož přistupuje k výsledkům zpracovaným poskytovaným softwarem.<sup>18</sup> Obvyklou součástí takovéto služby bývá do jisté míry také hosting, jelikož data uživatele jsou také uchovávána v infrastruktuře poskytovatele. Tato skutečnost přitom může mít zásadní dopady například na zabezpečení dat, nebo na plnění zákonných požadavků týkajících se ochrany osobních údajů. Těmto otázkám se věnuje podkapitola 3.4.

Lze si proto jednoduše představit, že rozhodnutí uživatele, ať už podniku nebo jednotlivce, používat software jako službu místo tradiční formy „jako zboží“ může být po mnoha stránkách zásadní. Jako všechno, i tato forma užívání softwaru má svoje výhody a nevýhody. Jelikož se ale jedná o do

<sup>17</sup> Tímto pojmem se rozumí program nebo terminál, který obsahuje minimum vlastní programové logiky a slouží zejména pro interakci s jiným programem nebo serverem.

<sup>18</sup> DREIER, T.; VOGEL, R. *Software- und Computerrecht*. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wissenschaft, 2008, s. 219 – 220.

značné míry specifickou problematiku, to, co je pro jednoho výhodou, může být pro jiného nevýhodou a zas naopak.

Citelnou výhodou pro uživatele je, že mu při užívání softwaru formou služby odpadá nutnost pečovat o technickou infrastrukturu nutnou pro provoz softwaru. To má kromě přenesení starostí a odpovědnosti na poskytovatele také za následek nižší celkové náklady, protože poskytovatel může fixní náklady infrastruktury rozdělit mezi všechny uživatele, kterým službu poskytuje. Také poskytování technické podpory uživateli může být jednodušší a efektivnější, protože poskytovatel má k systému přímý přístup a k případnému servisnímu zásahu vyžaduje pouze minimální součinnost uživatele. V souvislosti s podporou je takovýto způsob poskytování softwaru jednodušší i pro poskytovatele, jelikož ten má přímou kontrolu nad verzemi softwaru a nehrozí mu situace, kdy musí současně poskytovat podporu k mnoha verzím softwaru, protože někteří uživatelé neprovedli plánované aktualizace a podobně.

Poslední uvedená skutečnost může na druhé straně být uživatelem vnímaná jako negativum, a to z důvodu, že uživatel nemá nad softwarem prakticky žádnou kontrolu. V momentě, kdy se poskytovatel rozhodne software aktualizovat nebo vylepšit nějakou jeho funkcionalitu, uživatel prakticky nemá žádnou možnost, jak zůstat u původní verze. Tato nižší míra kontroly může být citelná i v případě uživatelských dat, která rovněž nebývají pod jeho přímou kontrolou. Data se naopak zpravidla nachází v infrastruktuře poskytovatele, který rovněž přebírá odpovědnost za jejich bezpečnost.

Kromě výše uvedených obchodních, technických a strategických aspektů stojí určitě za pozornost i aspekty právní. Na tomto místě je však nutno rozlišovat mezi dvěma druhy scénářů, a to uživatelem spotřebitelem nebo malým až středním podnikem v případě prvním, a větším podnikem v případě druhém. V prvním případě lze totiž na straně poskytovatele očekávat minimální, resp. nulovou vůli o podmínkách smlouvy vyjednávat. Uživatel bude proto mít na výběr mezi dvěma možnostmi, jak u adhezních smluv bývá zvykem – smlouvu uzavřít, nebo neuzavřít. Naopak v případě druhém může obsah výsledné smlouvy do značné míry být výsledkem vyjednávání. Jelikož smlouva je v podstatě jedním celkem, není dost dobře možné odlišit

aspekty právní od neprávnických. S nadsázkou lze ovšem shrnout, že za právní aspekty lze označit všechno to, co se na první pohled stranám nebude zdát až tak zásadní. Tyto otázky strany buďto nebudou považovat za podstatné, nebo je naopak budou považovat za samozřejmé, případně budou počítat s tím, že se později nějak domluví. Zařadit by se sem dala například otázka úpravy vztahů po ukončení trvání smlouvy nebo vymezení jednotlivých nároků při nedodržení úrovně dostupnosti služby. Dalšími typicky „právníckými“ otázkami budou otázky základní, tedy především předmět smlouvy, její případné podřazení pod některý ze smluvních typů a podobně. I těmto otázkám se článek podrobněji věnuje v následujících kapitolách.

### 3.2.2 OUTSOURCING

Jak bylo zmíněno výše, podstatnou část služeb poskytovaných ve světě informačních technologií lze podřadit pod pojem outsourcing. Za povšimnutí přitom stojí, že zatímco definici pojmů počítačový program nebo software český právní řád zatím neobsahuje, v případě outsourcingu jich lze najít hned několik. Ani na jednom místě se však zákonodárce nepokusil o obecnou definici pro celý právní řád, ale jedná se o definice pouze pro potřeby daných předpisů. Co se týče zákonů, lze se s definicí setkat v § 16 odst. 3 písm. d) zákona o podnikání na kapitálovém trhu,<sup>19</sup> který uvádí, že: „*Obchodník s cennými papíry, který není bankou, informuje Českou národní banku též o ... činnostech, jejichž výkonem pověřil třetí osobu (outsourcing) ...*“ Další více nebo méně komplexní definice lze najít v různých vyhláškách nebo vyhláškách České národní banky. Podrobný seznam definic nebo užití tohoto pojmu v českém právním řádu lze pak najít v odborné literatuře.<sup>20</sup> Zároveň ovšem platí, že i když širší odborná i laická veřejnost ví, co je obsahem tohoto pojmu, nebo si to alespoň myslí, žádná oficiální a obecně uznávaná definice neexistuje. V praxi totiž často nastávají hraniční situace, kdy nemusí ani z teoretického hlediska být jasné, jestli se ještě jedná o outsourcing, nebo například již pouze o subdodávku.

<sup>19</sup> Zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 12. 10. 2014].

<sup>20</sup> MAISNER, M.; ČERNÝ, J. *Právní aspekty outsourcingu*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 7 – 31.

Jak naznačuje výše citovaná strohá definice, nebude vůbec jednoduché podřadit outsourcingovou smlouvu pod smluvní typ podle občanského zákoníku. Řešení tohoto problému bude obdobné, jako v případě smluv o poskytování softwaru formou služby – nejčastěji půjde o smlouvu inominátní, která podle okruhu upravovaných právních vztahů může obsahovat prvky jiných smluvních typů.

Výhody a nevýhody takového řešení se mutatis mutandis shodují s popisem vlastností poskytování softwaru formou služby v předešlé podkapitole. K tomuto výčtu ale nutno přidat jednu nevýhodu, která je opakována a zdůrazňována napříč právní úpravou outsourcingu, zejména ve vyhláškách České národní banky, ale i jiných srovnatelných pramenech: nasazením outsourcingu se uživatel žádným způsobem nezabavuje jakékoliv veřejnoprávní odpovědnosti.<sup>21</sup> Právě naopak, uživatel odpovídá i za outsourcingované činnosti, jako kdyby je vykonával sám, přičemž stejně tak odpovídá i za řádné plnění povinností případnými subdodavateli poskytovatele outsourcingu.<sup>22</sup> Ze systémového hlediska se jedná o úpravu pochopitelnou a logickou. Opačný závěr, totiž že by bylo možné se outsourcingem zbavit veřejnoprávní odpovědnosti, by de facto znemožnil jakýkoliv výkon dohledu ze strany dozorčích orgánů. Pro zúčastněné subjekty toto ale znamená, že takováto smlouva bude muset mít relativně přísně nastavené podmínky týkající se úrovně poskytovaných služeb a také sankcí za nedodržení těchto podmínek. To se samozřejmě odrazí jednak na celkové ceně služby, ale také na okruhu možných poskytovatelů, kteří budou způsobilí službu na odpovídající úrovni poskytnout.

<sup>21</sup> Například vyhláška České národní banky č. 163/2014 Sb., o výkonu činnosti bank, spořitelních a úvěrních družstev a obchodníků s cennými papíry, v § 12 odst. 1 stanoví: „Pokud některou činnost, kterou by jinak vykonávala nebo mohla vykonávat povinná osoba sama, vykonává povinná osoba prostřednictvím jiné osoby (dále jen „outsourcing“), není tím dotčena odpovědnost povinné osoby.“

<sup>22</sup> To plyne z logiky věci i z výše citovaného ustanovení. Dále také příloha 7 výše citované vyhlášky v bodě 8 stanoví: „Řetězení outsourcingu, neboli využívání outsourcingu jeho poskytovatelem pro zajišťování činností pro povinnou osobu, podléhá obdobným zásadám jako využívání outsourcingu povinnou osobou a je možné pouze tehdy, pokud

a) není v rozporu s požadavky na poskytovatele outsourcingu povinné osobě a

b) každá osoba takto zapojená do činností pro poskytovatele outsourcingu se zaváže dodržovat v plném rozsahu ujednání mezi povinnou osobou a poskytovatelem outsourcingu ...“

Další zajímavou a specifickou otázkou jsou pracovněprávní souvislosti outsourcingu. Jak bylo uvedeno v úvodu této kapitoly, outsourcingem se zpravidla rozumí přesunutí jistých aktivit ven z podniku. Toto v sobě zahrnuje předpoklad, že daná činnost byla do té doby vykonávána vlastními silami daného podniku, tedy nejen vlastními technickými prostředky, ale také vlastními zaměstnanci. V případě, kdy by takováto činnost měla být přesunuta k jinému podniku, může podle okolností situace dojít k naplnění hypotézy normy obsažené v § 338 odst. 2 zákoníku práce<sup>23</sup> o takzvaném přechodu zaměstnanců, resp. přechodu práv a povinností z pracovněprávních vztahů. V praxi by to znamenalo, že poskytovatel outsourcingu by měl přejmout zaměstnance uživatele, kteří outsourcovanou činnost původně zajišťovali. Pochopitelně si lze představit, že toto nebude v zájmu poskytovatele, jelikož tento bude mít k zajišťování dané činnosti své vlastní zaměstnance. Podrobnější řešení této problematiky je mimo rámec tohoto článku, lze ovšem uvést, že se samozřejmě nejedná o problém neřešitelný. V praxi se lze například setkat s tím, že poskytovatel outsourcingu všechny zaměstnance původního oddělení zaměstná po nějakou minimální dobu, kdy jim umožní si najít nové zaměstnání, případně si část zaměstnanců i po uplynutí této doby ponechá.<sup>24</sup>

### 3.2.3 DALŠÍ IT SLUŽBY

Popsat zde všechny služby poskytované v souvislosti s informačními technologiemi by rozhodně nebylo účelné ani možné. Proto se tato podkapitola omezuje na stručný přehled nejběžnějších služeb a zabývá se zejména jejich návazností na služby zmíněné výše. Společným rysem těchto služeb bude také to, že ve větší či menší míře na ně bude možné aplikovat závěry tohoto článku, tedy dává smysl se v příslušných smlouvách zabývat úrovní poskytované služby a také dalšími otázkami zde řešenými.

Již v úvodu této kapitoly byla zmíněná služba hostingu. Tento druh služby je v článku zmíněn ne proto, že by měl přímou souvislost se soft-

<sup>23</sup> Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 12. 10. 2014].

<sup>24</sup> CEPL, M. K pojmu outsourcingu a základním problémům jeho smluvní úpravy. *Bulletin advokacie*. 1998, č. 9, s. 40.

warem, nebo že by snad software byl předmětem této služby, nýbrž proto, že zejména v případě poskytování softwaru formou služby bývá hosting, ať už webových stránek nebo jiných dat, v jisté míře a rozsahu nepostradatelnou součástí této služby. Jak v případě poskytování softwaru jako služby, tak v případě outsourcingu platí, že k datům uživatele musí mít současně přístup obě strany. Na prvním místě je to samozřejmě uživatel, jemuž data „patří“ a jenž s nimi potřebuje pracovat, nebo v případě outsourcingu k nim alespoň přistupovat. Zároveň přístup k datům ale potřebuje i poskytovatel služby, ať už proto, aby s nimi mohl pracovat poskytovaný software, anebo přímo i pracovníci podílející se na poskytování služby. Situace bývá zpravidla řešena tak, že data jsou uložena v infrastruktuře poskytovatele služby. Je tomu tak jednak proto, že se eliminuje riziko, že by poskytování služby bylo znemožněno nedostupností dat, ale zejména také proto, že v rámci poskytování služby musí být data ve formátu vhodném pro předmětný software, což dokáže nejlépe zabezpečit právě poskytovatel. Z tohoto důvodu je tedy v praxi de facto nemožné se vyhnout tomuto aspektu služby, kdy předmětem smlouvy musí být nejen poskytování služby samotné, ale také ujednání o hostingu dat. Kromě samotného hostingu se však obvykle musí počítat i s dalšími dílčími službami nebo ujednáními v souvislosti například s bezpečností uchovávaných dat nebo dalšími zárukami. O těchto otázkách pojednává podkapitola 3.4.

Další službou, nebo spíše skupinou služeb, která na tomto místě stojí za zmínku, je údržba softwaru, související podpora, případně jeho menší nebo větší úpravy. Tyto služby mají společné zejména to, že předmětem je samotný software a subjektem nejlépe způsobilým k jejich poskytování je původce softwaru, kterého se mají týkat. Právě tento totiž disponuje odpovídajícími znalostmi a zkušenostmi. V případě zasahování do softwaru samotného, tedy zejména v případě úprav, je často také jediným, kdo toto může provést, ať už z hlediska právního nebo také faktického.<sup>25</sup> Naopak v případě podpory nebo údržby si lze představit poskytovatele odlišného od původce softwaru, který tyto služby poskytuje. Zpravidla však bývá taková-

<sup>25</sup> Toto platí bez výhrad pouze u softwaru poskytovaného formou služby. V tom případě totiž nikdo kromě poskytovatele nemá faktický přístup k softwaru ani k infrastruktuře, kde je software provozován.

to třetí strana nějakým způsobem licencována nebo jinak autorizována k provádění těchto činností. Stejně jako v případě hostingu, i u těchto služeb je obvyklé, že bývají součástí poskytování softwaru formou služby. Nejzásadnější a nejobvyklejší je pochopitelně údržba softwaru, kdy poskytovatel ve vlastním zájmu dbá o to, aby software a potažmo poskytovaná služba byla konkurenceschopná, tedy aktuální, bezpečná a podobně. Velmi častou součástí poskytování softwaru bývá uživatelská podpora a v závislosti od velikosti a požadavků uživatele přichází do úvahy pak i možnost požadovat úpravy softwaru.

Podobně jako u výše zmíněného hostingu, ani u těchto služeb není výjimkou, že bývají ujednány přímo v samotné smlouvě o poskytování softwaru formou služby, což je pouze logické, jelikož tyto vedlejší služby především navazují na službu hlavní, tedy na poskytování softwaru. Začlenění ujednání o těchto službách do jiné smlouvy ovšem nic nemění na nutnosti upravit všechny relevantní otázky tak, jako kdyby se mělo jednat o smlouvu samostatnou. To znamená zejména řádně definovat předmět vedlejších služeb, nebo případně i zvlášť stanovit odměnu, která za jednotlivé vedlejší služby náleží.

Z hlediska uživatele je na tomto místě pochopitelně žádoucí, aby ze smlouvy, resp. hlavně ze skupiny smluv upravujících tyto služby, plynulo, že se jedná o jeden celek sloužící jednomu účelu na straně uživatele. Toto může mít zásadní význam v případě, kdy bude uživatel mít zájem na odstoupení od smlouvy pro porušení ze strany poskytovatele. Za situace, kdy by například poskytovatel neplnil řádně své závazky ze smlouvy o poskytování podpory k softwaru a uživatel by v důsledku toho nebyl schopen software řádně užívat, tento uživatel bude pochopitelně mít silný a legitimní zájem odstoupit i od hlavní smlouvy o poskytování softwaru, byť software samotný nebude zatížen žádnou vadou ani zde nebude existovat žádný jiný důvod pro vypovězení hlavní smlouvy. Tuto problematiku upravuje § 1727 občanského zákoníku, který stanoví, že zánik jedné z několika na sobě vzájemně závislých smluv bez uspokojení věřitele zrušuje ostatní závislé smlouvy, a to s obdobnými právními účinky. Klíčové po-

chopitelně je, aby ona vzájemná závislost byla ze smluv skutečně patrná, nebo alespoň známá stranám při uzavření smlouvy.

Zcela do jiné skupiny patří služby o činnosti konzultační, analytické, nebo poradenské obecně. Tyto mohou opět nepochybně být poskytovány i samostatně, pro účely tohoto článku je ale podstatnější jejich kombinace se zde diskutovanými hlavními službami, tedy poskytováním softwaru formou služby nebo outsourcingem. Na rozdíl od služeb uváděných výše, analytické a poradenské služby bývají doplňkem spíše outsourcingu. Analýza zde má, nebo by měla mít, pevné místo na samém začátku procesu zavádění outsourcingu, nebo ještě lépe před jeho začátkem. Jelikož se v případě outsourcingu jedná zpravidla o zásadní krok pro uživatele, měla by mu předcházet důkladná analýza rizik, výhod, nevýhod, ekonomických dopadů a podobně.

V praxi může být tento krok komplikovaný z hlediska výběru subjektu, který analýzu provede. Samotný uživatel nemusí mít dostatečné zkušenosti a znalosti pro kvalifikovanou analýzu, potenciální budoucí dodavatel může být nakloněn spíše výhodám než nevýhodám takového řešení a zapojení nezávislé třetí strany může mít za následek zvýšené náklady. Otázkou také je, zda analýzu provést jednorázově, nebo zda ji provádět kontinuálně. <sup>V</sup> případě kontinuální analýzy je zde pouze velmi jemná hranice mezi službami analytickými a službami poradenskými.

Poradenské služby, tedy konzultace, optimalizace a podobně, mohou být kromě samostatné služby také vhodnou součástí a přidanou hodnotou outsourcingu. Poskytovatel outsourcingu, jakožto expert ve svém oboru, totiž mívá lepší znalosti a zkušenosti s danou činností než uživatel. Součástí služby proto může být nejen „pouhé“ poskytování dané služby, ale také zlepšování průběhu dané činnosti u uživatele a optimalizace vazeb outsourcingovaných procesů s jinými činnostmi uživatele. Aktuálními odbornými termíny pro tyto pokročilé a rozsáhlejší formy outsourcingu jsou BPO – Business Process Outsourcing a BTO – Business Transformation Outsourcing. Podstatou Business Process Outsourcingu je, že poskytovatel neposkytuje uživateli „pouze“ IT infrastrukturu a software, ale vykonává pro něj také



všechnu agendu v rámci jednoho procesu nebo oblasti.<sup>26</sup> Příkladem takového scénáře by mohla být situace, kdy se uživatel rozhodne kompletně outsourceovat své zákaznické callcentrum. V tom případě bude poskytovatel nejen provozovat potřebnou technickou infrastrukturu, ale bude také zaměstnávat osoby, které budou činnost fakticky vykonávat. Podstatné je také to, že poskytovatel bude pro provoz outsourcovaného procesu využívat své know-how jakožto specialista na tuto oblast. Tím vzniká pro uživatele přidaná hodnota, kterou by jinak musel získávat například skrze konzultanty nebo jiné experty pro danou oblast. Koncept Business Transformation Outsourcing pak jde ještě dál, když poskytovatel takovéto služby není vázán pouze instrukcemi uživatele, ale sám přebírá část rizika a odpovědnosti za výsledek. Cílem zde není jen dosažení ekonomicky výhodnějšího provozu, ale také inovace a optimalizace v předmětné oblasti.<sup>27</sup>

### 3.3 VYMEZENÍ ÚROVNĚ SLUŽBY

Z právního hlediska znamená vymezení úrovně služby v podstatě zpřesnění povinností podle příslušné smlouvy. Z hlediska závazkového práva obecně se jedná o to, kdy je plnění ze smlouvy řádné, tedy se jedná o plnění s vyměřitelnými vlastnostmi, a kdy naopak je plněno vadně.<sup>28</sup> V praxi je ovšem obvyklé, že vymezení úrovně služby se neomezuje pouze na rozdělení „bez vad“ nebo „vadně“, ale zavádí více možných úrovní, kdy každá je „odměněna“ jinou sankcí, nebo případně také bonusem v podobě příplatku v případě, že se dodavatel podaří službu poskytovat s parametry výrazně lepšími, než je požadováno pro řádné plnění.<sup>29</sup>

Při vymezování úrovně služby je na prvním místě nutno věnovat pozornost parametrům, které budou pro hodnocení úrovně služby určující. Uživatel služby si tedy musí odpovědět na otázku: „co je pro mě důležité?“

<sup>26</sup> REED, C.; ANGEL, J. *Computer Law: The Law and Regulation of Information Technology*. Sixth Edition. New York: Oxford University Press, 2007, s. 144 – 145.

<sup>27</sup> MARGULIUS, D. L. The Benefits and Risks of Business Transformation Outsourcing (BTO). *CIO* [online]. Framingham: CXO Media, publikováno 15. 10. 2003 [cit. 28. 2. 2015].

<sup>28</sup> Odpovídající úprava je obsažena v § 1914 občanského zákoníku. Vzhledem k tomu, že smlouvy o poskytování služeb zpravidla obsahují vlastní ustanovení upravující práva uživatele v případě nevyhovujícího plnění, zákonná úprava se v těchto smlouvách nepoužije.

<sup>29</sup> JANSÁ, L., OTEVŘEL, P. *Softwarové právo*. 2. vydání. Brno: Computer Press, 2014, s. 300.

Pouze těžko si lze představit, že by dostupnost služby nebyla mezi nejdůležitějšími parametry, není-li přímo tím nejdůležitějším. Opomíjet ale rozhodně nelze ani ostatní parametry. Tyto obvykle závisí od druhu poskytované služby, proto lze o nich těžko mluvit obecně. Zatímco u služby připojení k internetu bude rozhodně nezanedbatelným parametrem šířka pásma takového připojení, v případě dávkového zpracování větších objemů dat může mít zásadní význam čas odezvy takového systému, nebo počet požadavků, které lze obsloužit za daný časový interval.

Po identifikaci klíčových parametrů musí následovat zhodnocení toho, jak vysokou úroveň má pro uživatele smysl požadovat. Při těchto úvahách musí uživatel vycházet hlavně z ekonomického posouzení situace, jelikož čím vyšší úroveň služby požaduje, tím vyšší cenu za tyto služby zaplatí. Zároveň zde platí obdoba zákona klesajících výnosů, kdy například cena za každý další zlomek procenta dostupnosti převyšující 99 % velmi prudce roste. V této fázi by uživatel měl vědět, co přesně požaduje. To znamená mít dobře definovanou službu a její požadovanou úroveň, tedy jak spolehlivě musí být služba dostupná, výkonná a podobně.

Všechny parametry pro definici úrovně služby mají společné to, že se jedná o parametry technické. To znamená, že posouzení splnění podmínek stanovených v SLA týkajících se jednotlivých parametrů je obvykle otázkou výpočtu, který ale musí být jasně definovaný. V dalším textu je proto věnována pozornost nejen samotným parametrům a jejich významu, ale také způsobům, jak je možné dodržování úrovní měřit, sledovat, nebo prokazovat.

### 3.3.1 DOSTUPNOST

Jak již bylo mnohokrát zdůrazněno výše, přesné definice jsou základem nejen dobré a srozumitelné smlouvy. Navzdory zdánlivé samozřejmosti tohoto pojmu, i dostupnost proto musí být v SLA definována tak, aby bylo v každém okamžiku možno říct, jestli daná služba je nebo není dostupná. Nemůže při tom být na škodu se inspirovat definicí slovníkovou, která k heslu dostupnost praví:

*„1. The probability that a system will be capable of functioning according to specification at any point in time.*

*2. The ratio of available time to total time for a system in a given period.“<sup>30</sup>*

Jak vidno z prvního významu dostupnosti, obsah tohoto pojmu je v zásadní míře určen specifikací systému, resp. služby, tedy její technickou definicí. Právě tato definice totiž musí vymezit, co se od služby očekává. Když jsou tato očekávání naplňována, služba je dostupná.

Druhý význam definice je v kontextu SLA označován pojmem „úroveň dostupnosti“ (anglicky často pouze „Availability“) a zjednodušeně lze říct, že úroveň dostupnosti služby se rovná podílu času, kdy služba byla dostupná, a celkového času za sledovaný časový úsek. Zjednodušeně proto, že do výpočtu obvykle zasahují ještě další faktory, resp. zpřesnění.

Takto zpřesnit lze například zkoumaný časový úsek, tedy to, kdy služba vlastně má být dostupná. Toto omezení dává smysl například u služeb typu SaaS, kdy předmětný software používají zaměstnanci uživatele pro svou práci během dne. Úroveň dostupnosti může pak být ujednána nižší pro čas mimo pracovní dobu, případně může být ujednáno, že mimo pracovní dobu se dostupnost neměří vůbec. V případě absence podrobnějších ujednání v tomto směru, tedy pokud SLA nestanoví, že dostupnost se měří pouze ve vymezených časech, lze mít za to, že jako „celkový čas“ („Total Possible Available Time“) pro výpočet úrovně dostupnosti se použije všechny čas za sledované období, tedy dostupnost se posuzuje v režimu fungování služby 24 hodin za den, 7 dní v týdnu, 365 dní v roce.<sup>31</sup>

Další zpřesnění, které by neměl při jednání o smlouvě opomenout dodavatel, může být ujednání, že do vyhodnocování úrovně dostupnosti služby nejsou započítávány specifikované výluky. V praxi to zjednodušeně znamená, že dodavatel může, v souladu s podmínkami SLA, určit období, které se bude pro účely vyhodnocování úrovně dostupnosti služby počítat, jako

<sup>30</sup> Kolektiv autorů. *Oxford Dictionary of Computing*. Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press. 2004, s. 33.

<sup>31</sup> Tento režim se často označuje také 24/7, nebo 24/7/365, méně často také 24/7/52 (52 týdnů v roce).

kdyby služba byla dostupná, i když ve skutečnosti nebyla. Tato období bude dodavatel potřebovat zpravidla pro různé technické zásahy, úpravy a opravy systému, pravidelnou údržbu a podobně. V souvislosti s takovými výlukami může SLA stanovit podmínky, například, že je nutno tyto výluky nahlásit uživateli určitou dobu předem, že se nesmí uskutečňovat ve vymezené hlavní pracovní době, a samozřejmě, že celkový součet dob trvání těchto výluk nesmí přesáhnout stanovený maximální limit za dané sledované období.

### 3.3.2 DALŠÍ PARAMETRY

Účelnost regulace dalších parametrů závisí v první řadě od povahy předmětné služby. Kromě parametrů specifických pro jednotlivé druhy služeb lze ale identifikovat parametry, u kterých je úprava smysluplná v případě většiny služeb. Následky nedodržení těchto parametrů mohou být upraveny dvojnásobem: První možnost je, že v případě nedodržení úrovně sledovaného parametru se celá služba považuje za nedostupnou a postupuje se podle sankčních následků upravujících situaci, kdy je služba nedostupná. Další možností pak je regulovat následky neplnění těchto parametrů odděleně. Z hlediska kompaktnosti a přehlednosti smluvní úpravy lze doporučit variantu první, ve složitějších situacích může být naopak praktické vázat speciální sankce na nedodržení jednotlivých parametrů. Mezi obvykle upravované parametry bude patřit například výkon, doba odezvy služby nebo průměrná doba pro řešení problémů.<sup>32</sup>

Definice výkonu bude zásadně závislá od typu poskytované služby. V případě služby automatizovaného zpracování účetnictví si lze představit výkon služby určený jako počet zpracovaných položek za minutu. Takováto definice by ovšem měla obsahovat i podmínky, které musí jednotlivé položky splňovat, aby je bylo možné označit za standardní, tedy nemající zvýšené požadavky na zpracování. Například by bylo pro standardní položky možné určit maximální velikost v kilobytech.

---

<sup>32</sup> Service Level Management: Best Practices White Paper. Cisco [online]. Cisco Systems, Inc., publikováno 4. 10. 2005 [cit. 28. 2. 2015].

Doba odezvy („Response Time“) služby je parametrem poněkud náročněji uchopitelným, a to z důvodu, že tato doba je relativní vzhledem k tomu, kdo, a hlavně odkud ji pozoruje. Jeden způsob, jak měřit dobu odezvy, je měření v službě samotné – v tomto případě je součástí systému podprogram, který pro každý požadavek vyhodnocuje dobu odezvy.<sup>33</sup> Takovýto způsob měření je přesný a dobře vypovídá o skutečné době odezvy služby, za předpokladu, že tento podprogram je napsán korektně. Zároveň ale má takto naměřená hodnota pouze omezený význam pro uživatele, protože neodráží dobu odezvy, kterou na svém konci pozoruje uživatel. Do této doby se totiž musí započítat cesta odezvy z infrastruktury poskytovatele do infrastruktury uživatele, obvykle skrze internet. Definice doby odezvy služby ve smlouvě by proto měla na jedné straně zohlednit, že není důležité pouze to, jak rychle bude požadavek službou zpracovaný, na straně druhé by ale neměla činit poskytovatele odpovědným za něco, co nemůže ovlivnit.

V případě průměrné doby pro řešení problémů se jedná o parametr ne přímo související se službou, nicméně právě efektivní řešení problémů je pro uživatele často zásadního významu. Posuzovat se přitom můžou různá stádia řešení problému a čas, který byl potřebný pro dosažení tohoto stádia. Bývá tak obvykle definována například doba mezi nahlášením problému a první reakcí ze strany poskytovatele („Support Responsiveness“), dále doba do servisního zásahu poskytovatele u uživatele a pochopitelně doba do vyřešení problému („Resolution Time“ nebo také „Fix Time“). Tyto doby je pak možné diferencovat podle závažnosti problému („Severity Level“), kdy nezávažnější problémy je nutno řešit v průběhu minut nebo hodin, naopak problémy nejméně závažné můžou případně vydržet bez řešení i dny nebo týdny.<sup>34</sup>

### 3.3.3 MONITOROVÁNÍ ÚROVNĚ SLUŽBY

Ačkoliv to na první pohled nemusí být úplně samozřejmé, definice toho, jakým způsobem budou parametry úrovně služby monitorovány a vyhodno-

<sup>33</sup> S takovouto informací se lze setkat například ve vyhledávači Google. Po provedení vyhledání je vedle počtu výsledků uveden čas potřebný pro zpracování dotazu.

<sup>34</sup> Service Level Management: Best Practices White Paper. Cisco [online]. Cisco Systems, Inc., publikováno 4. 10. 2005 [cit. 28. 2. 2015].

covány, je velice podstatnou složkou samotné této definice. Je tomu tak proto, že zejména dostupnost, případně doba odezvy služby zmiňovaná výše je relativní. Tuto skutečnost ideálně ilustruje parametr síťové latence, což je doba, kterou trvá cesta „odpovědi“ služby od poskytovatele skrz internet k uživateli. Tato doba se tedy připočítá k době, kterou trvalo samotné zpracování požadavku, a výsledkem bude doba odezvy služby počítovaná tímto uživatelem. Celková doba odezvy služby se proto pochopitelně bude dramaticky lišit v případě, že bude měřena bezprostředně za hranicí infrastruktury poskytovatele, od případu, kdy bude sledována uživatelem nacházejícím se na opačném konci zeměkoule a používajícím mobilní připojení k internetu.

Z těchto důvodů je na místě otázku monitorování úrovně služeb upravit tak, aby bylo stanovené, jaké metody budou k měření použity, v jakých intervalech a obdobích bude monitorování probíhat a jaké nástroje nebo software bude k monitorování použit. Také lze po poskytovateli požadovat, aby z těchto údajů vytvářel pravidelné zprávy, které uživateli umožní zhodnotit míru plnění sjednané úrovně služby. Opomenout by se neměla ani dělba nákladů souvisejících s prováděním monitorování.<sup>35</sup>

### 3.4 USTANOVENÍ SOUVISEJÍCÍ S POSKYTOVÁNÍM SLUŽEB

Objem dalších ustanovení nad rámec těch uvedených v předešlých podkapitolách záleží na odpovědi na otázku položenou v úvodu této kapitoly: zda bude doložka o úrovni poskytovaných služeb považována skutečně pouze za doložku, nebo za samostatnou smlouvu komplexně pokrývající vztah týkající se poskytování dané služby. V případě prvním nebude třeba dodávat nic nad rámec obsahu podkapitol 3.2 a 3.3 – veškeré další otázky vyřeší samostatné odpovídající doložky. Naopak v případě, kdy by SLA měla komplexně pokrýt poskytování dané služby, by rozhodně nebylo rozumné opomenout různé další otázky, které budou pro poskytování služby zásadní. Stejně jako v úvodu kapitoly, i zde platí, že není rozhodující umístění ustanovení – zda se nachází v textu smlouvy, anebo v samostatných doku-

---

<sup>35</sup> GENNEN, K.; VÖLKEL, A. *Recht der IT-Verträge*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2009, s. 142.

mentech, ale spíše jejich obsah. Následující podkapitoly se proto zabývají některými nejdůležitějšími a nejtypičtějšími oblastmi, které je obvyklé a důležité v souvislosti s poskytováním služeb upravit.

### 3.4.1 OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Komplexní zpracování problematiky ochrany osobních údajů by rozhodně vyžadovalo rozsah větší, než je mu možno věnovat zde. S ohledem na zaměření a rozsah tohoto článku se proto další text zabývá touto problematikou pouze ve vztahu k poskytování služeb, a neklade si za cíl tuto problematiku a její jednotlivé dílčí otázky pokrýt komplexně.

Osobní údaje mají proti jiným údajům zpracovávaným v rámci poskytování služby specifické postavení, a to zejména proto, že spadají pod režim zákona o ochraně osobních údajů.<sup>36</sup> Tento zákon mimo jiné ukládá všem, kteří zpracovávají osobní údaje, relativně široké spektrum povinností, jejichž účelem je zajistit, aby nedošlo k neoprávněnému užití nebo ztrátě těchto údajů. Co se týče subjektů, které toto zpracování provádějí, zákon rozlišuje mezi správcem a zpracovatelem, přičemž se rozumí: „... *správce každý subjekt, který určuje účel a prostředky zpracování osobních údajů, provádí zpracování a odpovídá za něj ... zpracovatelem každý subjekt, který na základě zvláštního zákona nebo pověření správcem zpracovává osobní údaje.*“<sup>37</sup> Zákon také stanoví, že zpracováním osobních údajů může správce zmocnit nebo pověřit zpracovatele, toto zmocnění musí ale v souladu s § 6 citovaného zákona být učiněno formou písemné smlouvy o zpracování osobních údajů, která musí splňovat zákonné požadavky: „*Musí v ní být zejména výslovně uvedeno, v jakém rozsahu, za jakým účelem a na jakou dobu se uzavírá a musí obsahovat záruky zpracovatele o technickém a organizačním zabezpečení ochrany osobních údajů.*“

Ačkoliv se ve srovnání se sférou inominátních smluv a bezbřehou volností smluvních stran při sjednávání ostatních částí závazku v případě smlouvy o zpracování osobních údajů může zdát, že se bude jednat

<sup>36</sup> Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 12. 10. 2014].

<sup>37</sup> § 4 zákona o ochraně osobních údajů.

o přísněji regulovaný smluvní typ, ve skutečnosti je i zde široký prostor pro individualizaci závazku. Mimo povinnost zpracovat vzájemné závazky správce a zpracovatele do písemné smlouvy, která mimo jiné musí obsahovat zákonné náležitosti, však zákon, a také související evropská právní úprava, ukládá těmto subjektům povinnosti a omezení týkající se předávání osobních údajů dalším subjektům nebo do třetích zemí. Tato omezení přitom mohou působit komplikace zejména s ohledem na specifika smluvních vztahů souvisejících s poskytováním služeb. Takovéto vztahy totiž často bývají komplexní právě co se týče subjektů, kdy každá ze stran může využívat pro plnění dílčích závazků subdodavatele, kteří mohou být umístěni v zahraničí. Úpravu předávání osobních údajů do jiných států obsahuje § 27 zákona o ochraně osobních údajů, který stanoví podmínky zvlášť pro jiné státy Evropské unie, a dále pak podle toho, na základě jakého právního titulu mají být údaje předávány. Jedná se přitom o problematiku dosti komplexní, a to i z toho důvodu, že v případě přeshraničního zpracování údajů týměž subjektem se na toto zpracování vztahují zákony o ochraně osobních údajů všech dotčených států. Situaci má zjednodušit připravované nařízení EU o ochraně osobních údajů,<sup>38</sup> které má nahradit stávající směrnici, a tím dále unifikovat právní úpravu v této oblasti.

Co se týče otázky ochrany osobních údajů jako obvyklé náležitosti smlouvy o poskytování služeb, lze uzavřít, že v případech, kdy budou v rámci poskytování této služby zpracovávány osobní údaje, je prakticky nemožné a také nežádoucí se této otázce při úpravě vzájemných práv a povinností vyhýbat. Uživatel poskytované služby, který bude z hlediska zákona o ochraně osobních údajů zpravidla považován za správce, bude mít pochopitelně zájem na tom, aby mu zpracovatel poskytl co největší záruky týkající se ochrany osobních, ale i jiných údajů jím v rámci poskytování služby zpracovávaných. Tento zájem bude přitom pramenit nejen ze zákonné povinnosti tuto otázku upravit, ale i z vlastního zájmu uživatele na tom, aby jeho data byla řádně chráněna.

---

<sup>38</sup> Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (obecné nařízení o ochraně údajů), COM(2012) 11 final, 2012/0011. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 28. 2. 2015].



### 3.4.2 ÚPRAVA BEZPEČNOSTI DAT

Na předešlou podkapitolu velice dobře navazuje otázka úpravy bezpečnosti dat obecně, tedy nejen osobních údajů, ale vůbec všech dat, která pocházejí od uživatele a která jsou poskytovatelem v rámci poskytování služby zpracovávána anebo uchovávána. Na rozdíl od právní úpravy ochrany osobních údajů však neexistuje obecná právní úprava bezpečnosti dat, proto je nutné si zde pomoci jinými prameny.

V oblasti informační bezpečnosti se často pracuje s konceptem, že bezpečnost se skládá z tří součástí: důvěrnost, integrita a dostupnost.<sup>39</sup> Klíčovou složkou doložek o úrovni poskytovaných služeb je právě vymezení dostupnosti služby, jemuž již byla věnována podkapitola 3.3.1. Neméně důležité jsou ovšem také další složky bezpečnosti: důvěrností se rozumí schopnost uchránit data před přístupem neoprávněnými osobami, integritou pak schopnost zabránit neoprávněné nebo jinak nežádoucí změně dat.<sup>40</sup> Vedle těchto základních prvků se pak dále můžou objevovat další, jako například nepopiratelnost, autentizace nebo jiné. Ustanovení smlouvy týkající se bezpečnosti dat, případně v souvislosti s tím i celkové bezpečnosti poskytované služby, proto musí jednak stanovit, co bude stranami učiněno pro dosažení bezpečnosti, ale také co možno nejpřesněji vymežit, která ze stran je odpovědná za které bezpečnostní úkoly nebo opatření. Cílem těchto opatření přitom bývá dosažení a udržování stavu bezpečnosti, jak je zde popsán.

Otázka samotné úpravy bezpečnosti dat ve smlouvě je náročná mimo jiné zejména z toho důvodu, že se jedná o rozsáhlou a komplexní problematiku. Proto je často voleným řešením nezabývat se touto úpravou přímo a nevytvářet ve smlouvě nová pravidla pro udržování bezpečnosti, ale místo toho odkázat na již existující a známý standard v oblasti informační bezpečnosti. Výhodou tohoto přístupu pro uživatele je, že se při tvorbě nemusí přímo zabývat všemi technickými detaily a může předpokládat, že takovýto standard problematiku řeší na úrovni dostatečné pro většinu přípa-

---

<sup>39</sup> Anglicky Confidentiality, Integrity, Availability, spolu označovány jako triáda CIA.

<sup>40</sup> ANDRESS, J. *The Basics of Information Security*. Second edition. Waltham: Syngress, 2014, s. 6.

dů. Pro poskytovatele služby pak bude použití standardu výhodné zpravidla tehdy, pokud je již držitelem certifikace pro daný standard. V tom případě mu v souvislosti s bezpečností nevzniknou žádné další povinnosti a bude moci službu poskytovat v souladu s jeho dosavadní praxí. Mezi nejznámější a nejpoužívanější takovéto standardy patří například standardy z řady ISO/IEC 27000.<sup>41</sup> Odkázání na takovýto standard samo o sobě ale ještě neznamená, že ve smlouvě již není třeba věnovat bezpečnosti žádnou další pozornost. V závislosti od poskytované služby může být nutná volba konkrétních bezpečnostních mechanismů, anebo alespoň určení odpovědných, respektive kontaktních osob na obou stranách.

### 3.4.3 POSTUP PŘI UKONČENÍ SMLOUVY

Je běžné a pochopitelné, že při uzavírání smlouvy myslí smluvní strany hlavně na oboustranně výhodnou spolupráci a související detaily. Možná poněkud v rozporu s tímto entuziasmem pro novou věc může působit, pokud některá ze stran bude mít zájem ve smlouvě upravovat postup při jejím ukončení. Důležité je ovšem tuto otázku neopomenout a neuspokojit se s pseudořešením v podobě „pak se nějak domluvíme“. Úprava vzájemných práv a povinností při ukončení smlouvy je přitom důležitá hlavně z hlediska uživatele. V případě ukončení smlouvy totiž poskytovatel zpravidla přijde „pouze“ o příjem tvořený platbami uživatele za poskytování služby. Naopak uživatel nejen že přijde o službu, která pro něj může být více či méně důležitá, také se v nejhorší situaci může například stát „rukojmím“ poskytovatele, pokud smlouva neobsahuje vhodná ustanovení týkající se povinnosti poskytovatele předat uživateli jeho data ve standardním formátu. Zřejmě netřeba uvádět, že spoléhat se na poctivost poskytovatele v situaci, kdy nemá vůbec žádnou motivaci učinit něco, co může být pro uživatele existenčně důležité, by bylo nanejvýš nezodpovědné. Ze strany poskytovatele by sice těžko byla zpochybnitelná samotná povinnost data vydat, mohl by zde ovšem vzniknout, z důvodu absence dostatečné úpravy, prostor pro obstrukce. Tímto způsobem by pak mohl poskytovatel, byť zřej-

---

<sup>41</sup> Série norem Mezinárodní organizace pro normalizaci zabývající se prakticky všemi aspekty informační bezpečnosti.

mě ne v souladu s dobrými mravy, po uživateli požadovat například dodatečný „poplatek za konverzi dat“ nebo jinou platbu, se kterou uživatel nemusel počítat. Z tohoto důvodu je pro uživatele zásadní, aby smlouva obsahovala ujednání, která mu umožní co nejjednodušeji zvládnout přechod od původního poskytovatele služby k novému, případně převzít agendu do vlastní režie.

Mimo povinnosti poskytnout data zmíněné výše se může jednat například o povinnost poskytovatele umožnit převod hardwaru nebo licencovaného softwaru jím používaného pro poskytování služby buďto na uživatele, nebo na jím určeného nového poskytovatele. Takovéto ustanovení může mít význam zejména u větších uživatelů, kdy poskytovatel například používá jisté konkrétní servery pouze pro poskytování služeb tomuto uživateli. Zde je z pohledu uživatele nepochybně výhodnější odkoupit takovýto hardware, než se zabývat migrací dat a služby na nový hardware. Všeobecněji lze pak doporučit zařazení přechodového plánu, který konkrétněji specifikuje, do jaké doby se musí uskutečnit které kroky v souvislosti s ukončením smlouvy. S ohledem na vyváženost práv a povinností ve smlouvě pak může být rozumné stanovit tzv. přechodový poplatek. Tento poplatek bude uživatelem splatný poskytovateli po úspěšném provedení přechodového plánu, a bude tak motivovat poskytovatele poskytovat potřebnou součinnost.<sup>42</sup>

Zvláštním případem ukončení smlouvy je pak ukončení smlouvy pro porušení, tedy odstoupení od smlouvy jakožto uplatnění odpovídajícího nároku při porušení smlouvy. Specifikům této alternativy se blíže věnuje podkapitola 4.1.3.

#### 4. VYNUITELNOST SLA

Jedním ze základních znaků odvětví informačních technologií obecně je, že se jedná o oblast značně dynamickou. Nové trendy se objevují čím dál rychleji, přičemž často právě schopnost jednotlivých subjektů na nové trendy reagovat, ať již adaptací, nebo vytvořením obstojné konkurenční alterna-

---

<sup>42</sup> MORGAN, R.; BURDEN, K. *Morgan and Burden on Computer Contracts*. Eighth Edition. London: Sweet & Maxwell, 2009, s. 247 - 251.

tivy, je to, co rozhoduje o úspěchu, případně životaschopnosti jednotlivých podnikatelů v tomto odvětví. Od doby internetu přitom platí, že „*konkurence je vzdálená pouze jedno kliknutí myši*.“<sup>43</sup> To například znamená, že i sekundy nedostupnosti elektronického obchodu můžou mít a také mívají za následek odliv jistého množství zákazníků ke konkurenci a tedy ušlý zisk pro provozovatele daného obchodu.

Je proto pouze pochopitelné, že uživatelé různých služeb mají zájem na tom, aby k takovéto nedostupnosti nedocházelo, respektive docházelo co nejméně. Na druhé straně stojí značná komplexita infrastruktury, služeb a techniky, která je nepostradatelná pro uskutečnění i na pohled jednoduché transakce nákupu v elektronickém obchodu. Není proto žádnou vzácností, když se stane, že některá ze součástí nefunguje, a provozovaná služba v důsledku pak není dostupná. Tyto okolnosti jsou ostatně důvody, proč něco jako doložka o úrovni poskytování služeb vůbec existuje. Obsah takovéto doložky v podstatě vypovídá o tom, jak moc je daná služba pro uživatele důležitá. Čím více je pro něj důležitá, tím více za ni zaplatí, a tím vyšší dostupnost také požaduje.

Když ale poskytovatel služby nezajistí smlouvenou úroveň dostupnosti, případně nedodrží jiné parametry dojednané v SLA, začne být podstatná otázka vynutitelnosti takovéto smlouvy, konkrétně otázka, jak může uživatel dosáhnout toho, aby mu služba byla poskytována v smlouvené úrovni, respektive pokud to nejde, co s tím může dělat? Jedná se o otázku do značné míry komplexní, zejména proto, že do ní zasahuje více faktorů.

Zvláštní pozornost si zde zaslouží otázka identifikace subjektu odpovědného za negativní následek, tedy obvykle nedostupnost služby. I když porušení ze strany poskytovatele služby může být první, co uživatele napadne, problém může být někde úplně jinde, nezřídka právě i na straně uživatele. I za předpokladu, že všechno je na straně uživatele v pořádku, nemusí být identifikace „viníka“ jednoduchá. Také při na pohled velmi jednoduchých službách se, jak je uvedeno výše, na jejich realizaci podílí mnoho technických prvků, přičemž každý z nich může provozovat jiný sub-

---

<sup>43</sup> REPONEN, T. *Information Technology Enabled Customer Service*. Hershey: Idea Group Publishing, 2003, s. 52.

jekt. V těchto situacích může být „složitější najít původce problému, neboť každá ze stran, bude tvrdit, že služba je v její části systému poskytována podle SLA a že problém je na straně druhé.“<sup>44</sup>

Problematika identifikace závady v komplexní službě obvykle nebývá jednoduchá a zároveň se jedná o otázku převážně technickou, potažmo faktickou. Při popisu jednotlivých následků nedodržení smluvených parametrů služby proto další text kapitoly vychází z toho, že za toto neplnění parametrů SLA je skutečně odpovědný provozovatel dané služby, což by ostatně mělo být možné s dostatečnou mírou jistoty zjistit pomocí správně nastavených monitorovacích mechanismů, jak jsou zmíněny v podkapitole 3.3.3. To samozřejmě nevylučuje jiné možnosti rozložení odpovědnosti, například, že jak poskytovatel, tak uživatel budou nést svůj díl viny na negativním výsledku. Také je možné, že poskytovatel bude na základě smlouvy odpovídat uživateli za nedostupnost i v případě, že reálná příčina problému leží u některého ze subdodavatelů poskytovatele. V takovém případě pak bude zpravidla přicházet do úvahy regresní nárok poskytovatele vůči takovému subdodavateli.

#### 4.1 NÁROKY PŘI PORUŠENÍ SMLOUVY

V občanském zákoníku jsou následky porušení smlouvy upraveny na různých místech. Například § 2002 občanského zákoníku nacházející se mezi všeobecnými ustanoveními o závazcích ve svém odst. 1 stanoví: „Poruší-li strana smlouvu podstatným způsobem, může druhá strana bez zbytečného odkladu od smlouvy odstoupit. ...“ Dále §§ 2106 a násl. občanského zákoníku upravují problematiku vadného plnění pro kupní smlouvu na movité věci, přičemž možné nároky kupujícího jsou: „na odstranění vady dodáním nové věci bez vady nebo dodáním chybějící věci, na odstranění vady opravou věci, na přiměřenou slevu z kupní ceny, nebo odstoupit od smlouvy.“ Tato úprava se přitom použije obdobně i pro smlouvy o dílo, jelikož § 2615 občanského zákoníku ve svém odst. 2 stanoví, že: „O právech objednatele z vadného plnění

<sup>44</sup> Citace pochází ze znaleckého posudku odkazovaného v rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-R158/2013/VZ-2219/2014/310/DBa/MMI, ze dne 31. 1. 2014 [cit. 28. 2. 2015].

*platí obdobně ustanovení o kupní smlouvě. ...“* Nadto lze pochopitelně v mnoha případech také uvažovat o obecné povinnosti nahradit škodu, která je ve vztahu ke smluvním povinnostem obsažena v § 2913 občanského zákoníku. Tato úprava je přitom pochopitelně relativně strohá, když stanoví, že *„Poruší-li strana povinnost ze smlouvy, nahradí škodu z toho vzniklou druhé straně nebo i osobě, jejímuž zájmu mělo splnění ujednané povinnosti zjevně sloužit.“* Mimo výše uvedených následků porušení smluvních povinností rozhodně nelze opomenout také následky, které si mohou strany ujednat nad rámec zákonné úpravy. Typickým příkladem takového ujednání je v § 2048 občanského zákoníku upravená smluvní pokuta, kterou si mohou strany ujednat pro případ porušení smluvené povinnosti.

Již v podkapitole 2.1 bylo konstatováno, že zákonná úprava smluvních typů není dostatečná pro komplexní pokrytí všech možných scénářů použití softwarových smluv, což je ostatně pochopitelné a zřejmě i správné. Obdobný závěr lze pak učinit i ohledně následků porušení smluvních povinností v těchto smlouvách ujednaných.

Vzhledem k zaměření tohoto článku na doložky o úrovni poskytovaných služeb si i tato podkapitola bude klást za cíl pokrýt různé způsoby řešení porušení povinností založených těmito doložkami, tedy zejména porušení, respektive nedodržení ujednaných parametrů dostupnosti a jiných parametrů služby, jak jsou popsány v podkapitole 3.3. Za povšimnutí stojí především to, že v souladu se závěry kapitoly 2 se bude v převážné většině smluv o poskytování softwaru jako služby jednat o smlouvu inominátní. Následkem toho pak bude, že na tyto smlouvy se neuplatní úprava vadného plnění pro kupní smlouvu na movité věci, a to ani přímo, ani odkazem obsaženým v úpravě smlouvy o dílo. Ve výsledku by tak, za absence dalších ujednání, stranám zůstávala pouze možnost od smlouvy odstoupit v případě podstatného porušení (které by nebylo nikde podrobněji definováno) a obecná povinnost nahradit škodu způsobenou porušením smluvní povinnosti.

Takovýto výsledek by přitom byl z hlediska praxe nepřijatelný ze dvou důvodů: jednak by bylo nutné složitě posuzovat, které porušení povinnosti je nakolik závažné, a dále by také nebylo jasné, k jaké přesně náhradě je

uživatel oprávněn. Vzniklou škodu by bylo nutno vyčíslit a případně dokazovat, což by s sebou neslo mimo jiných komplikací i další náklady. Přitom obecně platí, že varianta odstoupení od smlouvy je v zásadě nežádoucí pro obě strany, takže je nutné na ni nahlížet skutečně jako na poslední možnost pro případ, že strany nejsou schopny vzniklé neshody řešit jinak. Proto lze říct, že doložku SLA nelze považovat za úplnou, pokud kromě požadovaných parametrů služby nestanoví také následky nedodržení těchto parametrů, což je ostatně uváděno již v pracovní definici SLA v úvodu kapitoly 3. Právě z těchto důvodů bývají v SLA stanoveny sankce a ujednání týkající se právních následků, a to obvykle sahající nad rámec zákona. Zpravidla jsou přitom zaváděny víceúrovňové systémy sankcí anebo kombinace více sankcí. Tak lze například sjednat méně závažné sankce pro případ, kdy porušení smluvní povinnosti nemá tak závažné následky.<sup>45</sup>

Následující podkapitoly se věnují nejtypičtějším sankčním ujednáním a následkům porušení smlouvy a jejich uplatňování v kontextu doložek o úrovni služby.

#### 4.1.1 SLEVA Z CENY SLUŽBY

Ujednání o slevě z ceny za poskytování služby lze chápat jako období slevy z kupní ceny, jak je upravená v souvislosti s kupní smlouvou. Jelikož se ale ustanovení o kupní smlouvě na smlouvu o poskytování služeb zpravidla nepoužijí, je nutné toto právo uživatele ve smlouvě výslovně ujednat.

Z povahy věci plyne, že jelikož se jedná o slevu, nemůže její výše překročit 100%. Z tohoto důvodu si sjednání takového druhu sankce lze představit především u služeb pro uživatele nikoli zásadního významu, kde lze rozumně očekávat, že újma způsobená nedostatečnou úrovní, respektive úplným neposkytováním služby nepřevýší cenu, kterou uživatel za poskytování služby platí.

Dalším důsledkem ujednání pouze slevy z ceny služby může být, že se poskytovatel služby z důvodu neplnění podmínek stanovených v SLA dostane do situace, kdy bude podle smlouvy povinen poskytovat službu se

---

<sup>45</sup> GENNEN, K.; VÖLKEL, A. *Recht der IT-Verträge*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2009, s. 142.

100% slevou, tedy bezplatně. V případě, kdy poskytovateli služby nebudou hrozit žádné další sankce, kromě práva uživatele na odstoupení od smlouvy a případnou náhradu škody, jejíž vyčíslení a prokázání před soudem může být pro uživatele komplikované, lze si představit, že pro poskytovatele bude z ekonomického hlediska výhodnější službu prostě neposkytovat, než poskytovat bezplatně s rizikem, že pokud se nepodaří dodržet parametry SLA, bude službu poskytovat bezplatně i další období. Toto samozřejmě bude ve značném rozporu se zájmy uživatele, kterému pak nezbude než od smlouvy odstoupit a hledat si jiného poskytovatele služby, což bude ekvivalentní situaci, kdy by žádná zvláštní úprava sankcí sjednána nebyla, a nepochybně mu způsobí náklady spojené s migrací ze staré služby na novou.

Lze proto konstatovat, že sjednání slevy z ceny služby, jakožto jediného sankčního mechanismu nad rámec ustanovení zákona, nemusí být z hlediska uživatele optimální, jelikož maximální důsledky, které lze z takového ujednání pro poskytovatele vyvodit, jsou omezeny výší ceny služby, což nemusí být vždy dostatečné pro splnění sankční a motivační funkce takového ujednání. Naopak si lze představit, že poskytovatel bude preferovat takovéto sankční ustanovení oproti jiným, protože si bude vědom omezení, která jsou s tímto způsobem uplatňování sankcí za neplnění smlouvy spjata.

#### 4.1.2 SMLUVNÍ POKUTA A NÁHRADA ŠKODY

Tyto dva sankční mechanismy jsou si relativně blízké. Je tomu tak mimo jiné proto, že obecně se smluvní pokuta považuje za paušalizovanou náhradu škody. Tuto souvislost odráží i možnost tzv. konzumace nároku na náhradu škody smluvní pokutou, což je obecné pravidlo obsažené v občanském zákoníku v § 2050. Také § 2051 občanského zákoníku poukazuje na souvislost mezi těmito dvěma instituty – přiznává soudu tzv. moderační právo, které soud opravňuje na námitku dlužníka snížit nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu až do výše skutečně vzniklé škody, přičemž soud přihlídně k hodnotě a významu zajišťované povinnosti.

Podstatným rozdílem mezi těmito instituty je naopak skutečnost, že smluvní pokutu lze stanovit předem, takže následně není potřebné sku-



tečnou škodu vyčíslit a dokazovat. Sjednání smluvní pokuty bude proto praktické jednak z důvodu, že ušetří uživateli nutnost zjišťovat a dokládat skutečně vzniklou škodu, ale také proto, že strany budou mít jistotu ohledně výše odškodnění, s kterým mohou v případě nedodržení parametrů SLA počítat. Zákon nestanoví žádná omezení, co se týče způsobu určení výše smluvní pokuty, tuto pokutu je možno sjednat v určité výši, nebo způsobem jejího výpočtu. S ohledem na to, že v případě SLA může porušení vykazovat různou míru, od nedosažení cílové dostupnosti pouze s malou odchylkou až po absolutní nedostupnost, je jen rozumné očekávat, že v praxi bude výše smluvní pokuty stanovena výpočtem, a nikoliv jednorázovou sumou. Zohledněné ve výpočtu přitom budou právě proměnné, které mají vliv i na škodu způsobenou uživateli nedostupností služby. Zpravidla se bude jednat o dobu nedostupnosti nebo rozdíl mezi dosaženou a smlouvenou dostupností, míru důležitosti služby, období dne nebo roku, ve kterém k nedostupnosti došlo. Výše pokuty přitom může v závislosti na době, respektive míře nedostupnosti růst lineárně, ale lze si také představit i stoupání strmější.<sup>46</sup>

I při stanovování způsobu výpočtu a jednotlivých koeficientů do výpočtu zahrnutých je ovšem nutno mít na paměti, že výsledná smluvní pokuta by se měla jevit přiměřená hodnotě a významu zajišťované povinnosti, tedy v tomto případě hodnotě a významu poskytované služby pro uživatele a zároveň škodě, která může uživateli vzniknout nedostatečně kvalitním poskytováním služby. Při posuzování přiměřenosti výše smluvní pokuty by totiž soud neměl vycházet pouze z výše této pokuty „*ve vztahu k běžným obchodním vztahům, nýbrž v závislosti na okolnostech konkrétního případu, zejména na důvodech, které ke sjednání dané výše smluvní pokuty vedly a na okolnostech, které je provázely.*“<sup>47</sup> V této souvislosti může být pro uživatele

---

<sup>46</sup> Toto je možné odůvodnit například ekonomicky: běžně platí, že čím víc se dostupnost blíží 100 %, tím strměji stoupá cena. Když si pak uživatel zaplatil vysokou dostupnost proto, že ji požaduje a potřebuje, je pochopitelné, že stejně strmě můžou stoupat i jeho škody v případě, že se mu takto dostupné služby nedostane. Také lze argumentovat provozními důvody, totiž že uživatel se mnohem jednodušeji může umět vyrovnat s občasnými výpadky než se situací, když se úseky nedostupnosti objevují v kratších intervalech, což může efektivně znemožnit práci se službou jako takovou.

<sup>47</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. 5. 2009, sp. zn. 23 Cdo 485/2009.

podstatné, aby ze smlouvy plynulo, jaký je pro něho význam a hodnota předmětné služby, čehož lze dosáhnout například vhodnou formulací účelu smlouvy nebo souvisejících ujednání.

Pro zajímavost lze uvést, že vztah mezi smluvní pokutou a náhradou škody je poněkud odlišný v německém právu. I podle německého občanského zákoníku je možné požadovat náhradu škody za nesplnění smluvní povinnosti. Tato možnost je upravena v § 280 německého občanského zákoníku,<sup>48</sup> přičemž odst. 1 tohoto paragrafu obsahově rámcově odpovídá § 2913 občanského zákoníku českého – obsahem normy je, že pokud jedna strana smluvní povinnost poruší, strana druhá má nárok na náhradu škody tím vzniklé. Vztah takovéto náhrady škody k smluvní pokutě je však značně odlišný. Český občanský zákoník, jak bylo uvedeno výše, obsahuje pravidlo<sup>49</sup> konzumace náhrady škody smluvní pokutou, což znamená, že v případě ujednání smluvní pokuty pro případ porušení smluvní povinnosti věřitel nemá právo na náhradu škody vzniklé z porušení této povinnosti. Naproti tomu § 340 odst. 2 německého občanského zákoníku stanoví, že takto sjednanou smluvní pokutu lze požadovat jako minimální výši škody, přičemž uplatnění další škody není vyloučeno. Za těchto okolností pak může být i v případě sjednané smluvní pokuty pro uživatele výhodné po případné nedostupnosti služby, respektive po jiném nedodržení parametrů SLA, se pokusit vyčíslit škodu mu vzniklou přerušením provozu, které bylo touto nedostupností zapříčiněno. V případě, že skutečná škoda hodnotu smluvní pokuty převyšuje, může se uživatel vedle smluvní pokuty domáhat další náhrady škody.<sup>50</sup>

#### 4.1.3 ODSTOUPENÍ OD SMLOUVY

Odstoupení od smlouvy je nárokem, který přichází do úvahy jako poslední, v případě že uživatel již z důvodu neuspokojivého poskytování služby o ní nemá nadále zájem. Obtíže spojené s volbou takového řešení přitom do

<sup>48</sup> Německý zákon č. BGBl. I S. 1089, Bürgerliches Gesetzbuch, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>49</sup> Byť to v textu ustanovení není výslovně uvedeno, jedná se o pravidlo dispozitivní. Viz HUMLÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721-2054). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1290.

<sup>50</sup> THALHOFER, T. *Handbuch IT-Litigation*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2012, s.13- 14.

značné míry závisí od kvality smluvní úpravy týkající se postupu při ukončení smlouvy, která byla rozebrána v podkapitole 3.4.3. Oproti tam popsané situaci je ale zde nutné počítat s tím, že i při plnění jednotlivých povinností týkajících se ukončení smlouvy se můžou projevit nedostatky poskytovatele, kdy nemusí být schopen nebo ochoten například poskytnout přístup k datům uživatele, nebo jinak poskytovat součinnost při přechodu k jinému poskytovateli. V takovýchto případech lze teoreticky trvat na povinnosti poskytovatele data vydat a domáhat se jejího splnění soudní cestou, ovšem s ohledem na dobu trvání soudního řízení nebude takovýto postup pro uživatele zřejmě přijatelný. Rovněž lze trvat na náhradě škody způsobené tímto porušením povinností poskytovatele, což ale zpravidla nevyřeší situaci uživatele, který v první řadě potřebuje mít přístup ke svým datům a pokračovat ve své činnosti.

V této souvislosti může být pro uživatele výhodné, aby smlouva obsahovala ujednání o tzv. právu step-in.<sup>51</sup> Obsahem takového ujednání je, že uživatel v situaci, kdy by měl právo od smlouvy odstoupit pro její porušení, se může rozhodnout, že v rozsahu celé služby, případně části služby, si přeje poskytovatele služby nahradit jiným poskytovatelem, případně sám. Poskytovatel je v takovém případě povinen uživateli hradit vzniklé náklady a také poskytovat potřebnou součinnost.<sup>52</sup> Výhodou tohoto přístupu je, že poskytovatel ještě má šanci „se vzpamatovat“ a uživatel se může rozhodnout od smlouvy neodstoupit, ale vrátit se k původnímu poskytovateli, což by mělo poskytovatele mimo jiné motivovat poskytovat nutnou součinnost. Toto ujednání by proto mělo skutečně být naformulované způsobem, který umožňuje v případě nápravy na straně původního poskytovatele uživateli plynulý přechod nazpět od nového poskytovatele (tzv. step-out).<sup>53</sup> Pokud se naopak situace nezlepší a uživatel se přeci rozhodne odstoupit, měl by na základě již navázané spolupráce s novým poskytovatelem pro něho tento krok být méně problematický. Původní poskytovatel v obou pří-

<sup>51</sup> Lze přeložit například jako „právo zakročít“.

<sup>52</sup> MORGAN, R.; BURDEN, K. *Morgan and Burden on Computer Contracts*. Eighth Edition. London: Sweet & Maxwell, 2009, s. 246 - 247.

<sup>53</sup> DE SILVA, S. May I step in?. *Supply Management* [online]. London: Supply Management Reductive Media Group, publikováno 27. 1. 2011 [cit. 28. 2. 2015].

padech nese náklady spojené s tímto postupem vzniklé do doby definitivního odstoupení od smlouvy.

#### 4.2 UPLATŇOVÁNÍ NÁROKŮ

Identifikace a případné vyčíslení nároků plynoucích z porušení smlouvy je pouze prvním krokem ke kompenzaci uživatele za toto porušení. Dalším krokem by pak mělo zpravidla být splnění sankční povinnosti vzniklé z takového porušení, tedy například úhrada smluvní pokuty, případně přiznání slevy na ceně. I tyto „procesní“ okolnosti však musí být ve smlouvě upraveny tak, aby uživateli bylo jasné, jak má v případě zjištění nedodržení dojednané úrovně služeb postupovat.

První otázkou, kterou je třeba v procesu uplatňování nároku vyřešit, je kdo a jakým způsobem musí rozhodné skutečnosti pro vznik nároku zjistit a zdokumentovat. V tomto kontextu je zde úzká souvislost s problematikou monitorování úrovně služby popsanou v podkapitole 3.3.3. Právě ustanovení týkající se monitorování by mohla v ideálním případě obsahovat úpravu výpočtu míry dodržování dojednané úrovně služby. Zde si lze představit i přímé provázání na stanovení výše nároku a jeho konstatování, případně uznání poskytovatelem. To může být realizováno například tím způsobem, že pravidelné vyúčtování za služby bude mimo jiné obsahovat informaci o dodržování dojednané úrovně služby, přičemž tato informace se může promítnout pomocí případné slevy na ceně i ve fakturované sumě. Takovýto postup lze považovat při méně závažných porušeních za optimální, jelikož uživatel nemusí pro přiznání nároku vyvinout žádné další úsilí.

Naopak pro nároky na náhradu škody, případně na odstoupení od smlouvy takto automatizovaný postup fungovat nebude. Uživatel bude muset v případě takovýchto nároků je uplatnit individuálně. Co se týče smluvní úpravy, podstatné bude u jednotlivých nároků upravit lhůty, do kdy je nutné je uplatnit, jinak zaniknou. To má význam obzvláště při nároku na odstoupení od smlouvy. V případě, že by takováto prekluzivní lhůta ve smlouvě obsažena nebyla, vztahovalo by se na tento nárok obecné ustanovení o promlčení, což by mělo za následek, že by se právo odstoupit

od smlouvy promlčelo za tři roky. Praktickým důsledkem by bylo, že by uživatel mohl po dobu běhu této promlčecí lhůty smlouvu dle libosti vypovědět,<sup>54</sup> což je pochopitelně nežádoucí pro poskytovatele, který má zájem mít jistotu, jestli smlouva bude i přes jeho porušení pokračovat.

## 5. ZÁVĚR

Jak vyplynulo z textu článku, jedná se v případě softwarových smluv o značně specifickou oblast. Již v úvodu článku předestíranou komplexnost problematiky přitom doložilo více poznatků a pozorování v jednotlivých kapitolách. Ať už je to skutečnost, že předmětem těchto smluv je něco, co právo ještě stále nedokáže jednoduše a jednoznačně uchopit, nebo fakt, že celý trh se softwarem v současné době prožívá změnu paradigmatu směrem k orientaci na služby. Nejen na základě těchto poznatků je pak možné konstatovat, že vytvořit po všech stránkách kvalitní, úplnou a spolehlivou softwarovou smlouvu, resp. doložku o úrovni poskytovaných služeb, rozhodně není rutinní záležitost. Stejně tak je ale možné na základě pozorování v článku učinit závěr, že i navzdory absenci specifitější právní úpravy je obvykle reálné tohoto cíle dosáhnout celkem dobře. I když se tedy autor ztotožňuje s obecným tvrzením, že právo zpravidla zaostává za společenskou realitou, dovoluje si k tomu dodat, že v rámci zkoumané oblasti toto nemusí být nutně na škodu. Právě široká volnost smluvních stran s minimem kogentních pravidel, která by ji svazovala, totiž zaručuje, že strany mohou na dynamicky se měnící potřeby světa IT reagovat rovněž dynamicky. Na druhé straně, ruku v ruce s touto volností přichází nutnost postupovat při tvorbě smluv obezřetně a odpovědně. Jak plyne z textu článku, právě vymezení základních pojmů, jako například dostupnost nebo služba, anebo úprava nároků v případě porušení může být rozhodující pro skutečný rozsah práv a povinností plynoucích z dané smlouvy. Na rozdíl od běžnějších smluv zde přitom rozhodně není pravidlem, že by analogická nebo přímá aplikace základních ustanovení občanského zákoníku vedla k uspokojivým výsledkům.

---

<sup>54</sup> Byť zde lze reálně uvažovat o tom, že takovýto výkon práva by byl neplatný pro rozpor s dobrými mravy v souladu s § 580 odst. 1 občanského zákoníku.

V této souvislosti autor považuje za potřebné znova poukázat na významnou roli technických aspektů této problematiky. Jak se ukázalo především v podkapitolách 3.2 a 3.3, pouze technicky precizní popis služby a požadovaných parametrů zajistí, že smlouva jako taková bude plnit svou funkci. Vzhledem k rozsahu a zaměření článku těmto technickým aspektům nebyla věnována taková míra pozornosti, jakou si v praxi zaslouží, což ostatně ani nebylo cílem článku. Příprava technických podkladů pro smlouvy obvykle pochopitelně nebývá v režii právníků. To ale na druhé straně neznamena, že by jim snad porozumění i této stránky věci mohlo být na škodu. I bez analýzy přesných technických detailů nebo formulací se článku povedlo pokrýt, nebo alespoň zmínit, podstatné stavební prvky softwarových smluv obecně, konkrétněji pak doložek o úrovni poskytovaných služeb. Na základě takovéto struktury je následně možné v konkrétních případech identifikovat, které oblasti smlouva musí upravit a která ujednání by měla obsahovat. Každá taková oblast samozřejmě má svá specifika, přičemž ne všechny z nich bylo možné obsáhnout v textu článku. V tomto duchu si je autor vědomý i skutečnosti, že snad každou v článku obsaženou podkapitolu by bylo možné rozpracovat do článku minimálně stejného rozsahu, jako je tento.

Navzdory této komplexnosti a rozsáhlosti zkoumané problematiky, nebo možná právě proto, považuje autor za vhodné úplným závěrem formulovat jedno zásadní doporučení, a to, že softwarové smlouvy se rozhodně nevyplátí podceňovat. Jak se přitom v článku ukázalo, spoléhat se na nekvalitní nebo špatně napsanou smlouvu může být v mnoha případech přinejmenším stejně nebezpečné, jako nemít smlouvu žádnou.

## 6. POUŽITÁ LITERATURA A ZDROJE

### 6.1 MONOGRAFIE, PUBLIKACE, SBORNÍKY, ODBORNÉ ČLÁNKY

- [1] ANDRESS, J. *The Basics of Information Security*. Second edition. Waltham: Syngress, 2014, 240 s. ISBN 978-0-12-800744-0.
- [2] CEPL, M. K pojmu outsourcingu a základním problémům jeho smluvní úpravy. *Bulletin advokacie*. 1998, č. 9, s. 40. ISSN 1210-6348.
- [3] DREIER, T.; VOGEL, R. *Software- und Computerrecht*. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wissenschaft, 2008, 349 s. ISBN 978-3-8252-2938-2.
- [4] GENNEN, K.; VÖLKELE, A. *Recht der IT-Verträge*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2009, 289 s. ISBN 978-3-8114-3533-9.
- [5] HUMLÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721-2054). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, 1344 s. ISBN 978-80-7400-535-0.
- [6] JANSÁ, L., OTEVŘEL, P. *Softwarové právo*. 2. vydání. Brno: Computer Press, 2014, 414 s. ISBN 978-80-251-4201-1.
- [7] Kolektiv autorů. *Oxford Dictionary of Computing*. Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2004, 597 s. ISBN 0-19-860877-2.
- [8] MAISNER, M.; ČERNÝ, J. *Právní aspekty outsourcingu*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 180 s. ISBN 978-80-7357-746-9.
- [9] MORGAN, R.; BURDEN, K. *Morgan and Burden on Computer Contracts*. Eighth Edition. London: Sweet & Maxwell, 2009, 794 s. ISBN 978-1-847-03611-7.
- [10] REDEKER, H. *IT-Recht*. 4. neubearbeitete Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007, 369 s. ISBN 978-3-406-55191-8.
- [11] REED, C.; ANGEL, J. *Computer Law: The Law and Regulation of Information Technology*. Sixth Edition. New York: Oxford University Press, 2007, 680 s. ISBN 978-0-19-920596-7.
- [12] REPONEN, T. *Information Technology Enabled Customer Service*. Hershey: Idea Group Publishing, 2003, 290 s. ISBN 978-1591400875.
- [13] SCHNEIDER, J. *Handbuch des EDV-Rechts*. 4. überarb. Auflage. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, 2423 s. ISBN 978-3-504-56093-5.
- [14] THALHOFER, T. *Handbuch IT-Litigation*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2012, 561 s. ISBN 978-3-504-56048-5.

### 6.2 DOKUMENTY A PRÁVNÍ PŘEDPISY

- [15] Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 28. 2. 2015].

- [16] Zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 28. 2. 2015].
- [17] Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 28. 2. 2015].
- [18] Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 28. 2. 2015].
- [19] Vyhláška České národní banky č. 163/2014 Sb., o výkonu činnosti bank, spořitelních a úvěrních družstev a obchodníků s cennými papíry, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 28. 2. 2015].
- [20] Německý zákon č. BGBl. I S. 1089, Bürgerliches Gesetzbuch, ve znění pozdějších předpisů. In: *Gesetze im Internet* [online databáze]. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz [cit. 28. 2. 2015]. Dostupné z: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>
- [21] Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováváním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (obecné nařízení o ochraně údajů), COM(2012) 11 final, 2012/0011. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 28. 2. 2015]. Dostupné z: [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com\\_2012\\_11\\_cs.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_cs.pdf)

### 6.3 SOUDNÍ ROZHODNUTÍ

- [22] Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. 5. 2009, sp. zn. 23 Cdo 485/2009. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 28. 2. 2015].

### 6.4 ELEKTRONICKÉ PRAMENY

- [23] Cloud Service Level Agreement Standardisation Guidelines. *Evropská komise* [online]. Brusel: Evropská komise, publikováno 24. 06. 2014 [cit. 28. 2. 2015]. Dostupné z: [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc\\_id=6138](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc_id=6138)
- [24] DE SILVA, S. May I step in?. *Supply Management* [online]. London: Supply Management Redactive Media Group, publikováno 27. 1. 2011 [cit. 28. 2. 2015]. Dostupné z: <http://www.supplymanagement.com/law/court-reports/may-i-step-in>
- [25] MARGULIUS, D. L. The Benefits and Risks of Business Transformation Outsourcing (BTO). *CIO* [online]. Framingham: CXO Media, publikováno 15. 10. 2003 [cit. 28. 2. 2015]. ISSN 0894-9301. Dostupné z: <http://www.cio.com/article/2441885/outsourcing/the-benefits-and-risks-of-business-transformation-outsourcing--bto-.html>
- [26] Service Level Management: Best Practices White Paper. *Cisco* [online]. Cisco Systems, Inc., publikováno 4. 10. 2005 [cit. 28. 2. 2015]. Dostupné z: <http://www.cisco.com/c/en/us/support/docs/availability/high-availability/15117-sla.html>



---

*Toto dílo podléhá licenci Creative Commons Uveďte původ-Zachovejte licenci 4.0 Mezinárodní. Pro zobrazení licenčních podmínek navštivte <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.*

---