

Obcházení TPM u mobilních operačních systémů

Ondřej Antoš

1. Úvod.....	46
2. Technické prostředky ochrany práv, TPM (DRM) technologie.....	46
3. Unlocking.....	46
3.1. Obecné vymezení pojmu	46
3.2. Právní aspekty unlocking v USA, rozbor rozhodnutí Copyright Office	47
3.3. Právní aspekty unlocking v ČR	49
4. Flashování Custom ROM u Android OS platforem	49
4.1. Úvaha de lege ferenda na téma rootingu open source systémů.....	50
5. Jailbreaking.....	50
5.1. Vznik a pojem jailbreaking	50
5.2. Jailbreaking v USA - Analýza rozhodnutí Copyright Office Register USA	51
5.3. Jailbreaking a odpovědnost za vady software a odpovědnost za škodu.....	54
5.4. Obecná odpovědnost za vady software v režimu občanského zákoníku	54
5.5. Odpovědnost u aplikace, která nepochází z App Store	55
5.6. Odpovědnost u aplikace, která pochází z App Store	55
5.7. Úvaha de lege ferenda a de facto se zaměřením na ochranu spotřebitele.....	56
6. Závěr	56
7. Seznam pramenů a použité literatury.....	57

Obcházení TPM u mobilních operačních systémů

Abstrakt

Ve svém článku jsem se soustředil na problematiku obcházení technických prostředků ochrany práv u moderních operačních systémů pro mobilní telefony. Problematiku jsem rozdělil na tři technicky i právně relativně samostatné problémy a to tzv. *unlocking*, tedy odblokování telefonů pro použití v sítích jiných operátorů, *jailbreaking*, v podstatě hack systému pro zaručení interoperability s aplikacemi třetích stran a nakonec problematiku *flashování Custom ROM*, resp. rootingu telefonů založených na platformě Android od společnosti Google. Díky nízké zpracovanosti v odborné literatuře jsem často vyjadřoval právní názor *de lege ferenda* a nastiňoval jsem možné budoucí řešení případů, u kterých se domnívám, že s nejvyšší pravděpodobností nastanou.

Klíčová slova

Android, Apple, Custom ROM, DRM, Google, iOS, Jailbreaking, obcházení, Smartphone, Technické prostředky ochrany práv, Unlocking

Abstract

In the scope of my article, I have explored the issue of circumvention of Technological Protection Measures on mobile phones. The issue has been divided into three technologically and legally separate sections. Those are *unlocking*, *jailbreaking* and *Custom ROM flashing*. Due to immanent lack of literature and sources concerning this new phenomenon, I have often stated my „*de lege ferenda*“ opinion and I have outlined some of the cases, which will most probably rise in the near future.

Key words

Android, Apple, Circumvention Custom ROM, DRM, Google, iOS, Jailbreaking, TPM, Unlocking

Ondřej Antoř



Studuje třetí ročník Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně. V oblasti ICT práva a práva duševního vlastnictví se autor zaměřuje především na DRM/TPM technologie, ale ani právní komparatistika v prostředí nových médií mu není cizí. Mimo právní aspekty moderních technologií směřuje pozornost autora také na ekonomické i právní aspekty investic do oblasti tzv. NBIC technologií.

1. Úvod

Tento článek se zabývá zatím spíše neprobádanou a opomíjenou změtí témat. Původní záměr byl se zabývat pouze fenoménem „jailbreaking“, ale později jsem došel k rozhodnutí rozšířit článek také o „unlocking“. Toto téma bylo zahrnuto i přes svoji současnou okrajovost v České republice. Na okraj zájmu se tato praktika dostala po přijetí směrnice evropského parlamentu o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu 2005/29/EC.¹ Na základě této směrnice musí členské státy zajistit přijetí legislativy, která zaručí prodej mobilních telefonů ve stavu „unlocked“, ale i tak je pořád tato problematika do jisté míry aktuální s tzv. šedým dovozem mobilních telefonů z USA a dalších zemí.

Další okruh, který chci objasnit a zpřístupnit širšímu okruhu zájemců je technicky poměrně náročná oblast „flashování“ Custom ROM u platforem využívajících Android OS od společnosti Google.

Jsem si vědom, že toto velmi úzké a technicky i právně poměrně komplikované téma rozhodně nespadá do právního „mainstreamu“ a většina odborné i laické veřejnosti o něm nikdy neslyšela. Díky tomu jsem se rozhodl článek pojmut nikoli jako strohý, právně-analytický text, ale pokusil jsem se práci a problematiku v ní obsaženou zasadit do co nejkomplexnějšího sociálního a ekonomického kontextu. Domnívám se, že taková strategie by mohla problematiku lépe přiblížit i laikům a právníké veřejnosti, která se v moderních technologiích příliš neorientuje. K tomuto rozhodnutí mě také inspirovalo rozhodnutí Copyright Office Knihovny amerického Kongresu, jehož rozboru je věnována jedna z kapitol. V tomto rozhodnutí převažovala argumentace nikoli právními, ale především sociokulturními a ekonomickými jevy.

2. Technické prostředky ochrany práv, TPM (DRM) technologie

Vzhledem k omezenému rozsahu tohoto článku se neplánuji zabývat pojmem technických prostředků ochrany práv, resp. pojmem DRM technologií, široce. Kdykoli v této práci zmiňuji technické prostředky ochrany práv (TPM) nebo Digital Rights Management (DRM) myslím tím především nejrůznější způsoby softwareové ochrany obsažené v těchto systémech. Hardwareovými TPM/DRM se neplánuji zbývat vůbec, jelikož ty nejsou v současných smartphonech k nalezení téměř vůbec. Vzhledem ke kýžené jednotnosti užití terminologie budu dále využívat pouze pojmu technické prostředky ochrany práv – TPM.

Z kvantitativního pohledu není věnováno TPM velké množství prostoru v českém autorském zákoně. Jedná se pouze o § 43 zákona č. 121/2000 Sb., o právu

autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (dále jen autorský zákon). Kromě § 43 autorského zákona se vztahuje na TPM zprostředkovaně i § 40 autorského zákona, který poskytuje ochranu při porušení práva autorského a potažmo i porušení či obcházení TPM.²

Ustanovení § 43 autorského zákona zakazuje obcházení či narušování TPM v jakékoli podobě, pouze s několika taxativně stanovenými výjimkami obsaženými ve znění § 30a, § 34 písm. a), § 37 odst. 1 písm. a) a b), § 38, § 38a odst. 2 a konečně § 38e autorského zákona.³ Z uvedeného vyplývá, že do taxativně stanovených výjimek, které povolují obcházení TPM nespadá nárok na vytvoření si kopie autorského díla pro osobní potřebu, pokud by při takovém konání bylo nutné překonat či obejít jakékoli technické prostředky ochrany práv.⁴

Pro tuto práci je relevantní zejména § 43 odst. 1 autorského zákona, který byl uveden do autorského zákona novelou č. 216/2006 Sb. a zakotvil tzv. *delikt obcházení technických prostředků ochrany práv*.⁵ Odpovědnost za tento delikt je koncipována jako objektivní soukromoprávní odpovědnost, tedy odpovědnost bez ohledu na zavinění.⁶ U tohoto deliktu není rozhodující, zda-li byl vykonán za účelem hospodářského prospěchu, ať už přímého či nepřímého, nebo jestli u něj nakonec došlo k neoprávněnému užití autorského díla či nikoliv.⁷ Jedná se tedy o jakýsi samostatně stojící delikt u kterého je jakékoli další chování či úmysl zcela irrelevantní.

3. Unlocking

3.1. Obecné vymezení pojmu

„Unlocking“ je takové chování uživatele mobilního telefonu, kterým zasahuje do firmware (OS) telefonu za účelem odstranění softwareové limitace funkčnosti telefonu pouze se SIM kartou příslušného mobilního operátora. Autor textu uvádí tuto činnost spíše pro úplnost tohoto článku, protože z pohledu našeho právního řádu, jako členské země Evropské Unie se jedná do velké míry o obsolentní problematiku, jelikož je na základě směrnice EU 2005/29/EC povinnost ope-

2 MYŠKA, Matěj. *Právní a sociokulturní aspekty technických prostředků ochrany práv* [online]. 2009 [cit. 6. března 2011]. 89 s. Magisterská diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Radim Polčák. Dostupné z [www: <https://is.muni.cz/auth/th/102870/pravf_m/DP_Myska_DRM.pdf>](https://is.muni.cz/auth/th/102870/pravf_m/DP_Myska_DRM.pdf). s. 49.

3 Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon)

4 MYŠKA, Matěj. *Právní a sociokulturní aspekty technických prostředků ochrany práv* [online]. 2009 [cit. 6. března 2011]. 89 s. Magisterská diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Radim Polčák. Dostupné z [www: <https://is.muni.cz/auth/th/102870/pravf_m/DP_Myska_DRM.pdf>](https://is.muni.cz/auth/th/102870/pravf_m/DP_Myska_DRM.pdf). s. 53.

5 Telec, I., Tůma, P. *Autorský zákon. Komentář* 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 461.

6 BEJČEK, Josef; ELIÁŠ, Karel; RABAN, Přemysl. *Kurs obchodního práva: obchodní závazky*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010. 542 s. ISBN 9788074003370. s. 91.

7 TELEC, I., TŮMA, P. *Autorský zákon. Komentář* 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 461.

1 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách) (Text s významem pro EHP) Úř. věst. L 149, 11.6.2005, s. 22–39

rátorů prodávat telefony *nezablokované*. Nezablokované jsou takové telefony, které nedisponují softwareovou či hardwarovou ochranou znemožňující používání telefonu se SIM kartou jiného operátora než u kterého byl telefon zakoupen. Nicméně i přes jistou neaktualnost této problematiky je na ni stále možné čas od času narazit. Stává se tak především v případech, kdy uživatelé importují telefon do České republiky ze zemí, kde je stále běžné telefony blokovat na určitého operátora, tj. zpravidla USA.

V USA byl až do nedávné doby iPhone k dostání pouze u operátora AT&T. Od 10. února je však k dostání i u konkurenčního operátora Verizon Wireless, který však provozuje síť na základě technologie CDMA, nikoli GSM, takže nákup takového telefonu pro používání v Evropě je zbytečné, jelikož CDMA síť se zde vyskytuje pouze ojediněle.⁸ V současné době se objevují nepodložené spekulace, že příští iPhone bude využívat baseband systém kombinující obě výše zmíněné technologie.⁹

Technologií, které umožňují zablokování telefonů pro určitého operátora je velké množství. Na rozdíl od druhých dvou témat tohoto článku, se autor domnívá, že v tomto případě samotná technologie nehraje tak významnou roli. Základní technologický přehled je však nutný. Drtivá většina mobilních telefonů v současné době disponuje dvěma na sobě relativně nezávislými systémy s dramaticky rozdílnou komplexitou, účelem a funkcemi. Prvně (a v počátcích mobilních telefonů také pouze) musí disponovat mobilní telefon *baseband systémem*.

Baseband systém se stará o bezdrátovou komunikaci mobilních telefonů se sítí mobilního operátora. Jednoduše vzato se jedná o systém, který může přijímat a vysílat rádiové vlny na frekvencích sítí mobilních operátorů, dokáže je příslušně kódovat a dekodovat, stará se o samotné datové přenosy, atp.¹⁰ Z uvedeného je tedy patrné, že se stará především o samotnou technickou stránku fungování telefonních a datových funkcí telefonu.

Dále pravidelně nalézáme v mobilních telefonech také software, se kterým již přichází uživatel běžně do styku. Podle charakteru tohoto software můžeme rozlišovat firmware a operační systém. Rozdíl je především v komplexitě a architektuře těchto systémů. Firmware je jednodušší systém, zpravidla neumožňuje doinstalování dalších aplikací a je v zásadě neměnný.¹¹ Firmware je v současné době k nalezení u jednodušších a lacinějších mobilních telefonů, jako je např. Nokia 2330 Classic.¹² Operačních systémů pro mobilní telefony je

v současné době mnoho, mezi nejdůležitější patří iOS od společnosti Apple,¹³ Android OS od společnosti Google,¹⁴ Microsoft Windows Phone 7,¹⁵ BlackBerry OS 6,¹⁶ a nakonec již notně zastaralý, ale pořád ještě rozšířený Symbian OS.¹⁷ Tyto mobilní operační systémy jsou velmi podobné klasickým desktopovým operačním systémům, ale jsou optimalizované pro nižší hardwareovou náročnost a mají jiné GUI, nejčastěji optimalizované pro dotykové ovládání.

Co se týče samotných používaných technických prostředků ochrany práv, nejčastějším řešením je použití tzv. *SIM lock*. Jedná se o prostý program, jež je součástí příslušného firmware nebo OS telefonu a jednoduše nepovolí jiné SIM kartě, než té od příslušného operátora, v telefonu fungovat.¹⁸ Dalším, dříve velmi rozšířeným, způsobem byl tzv. *System operator code locking*, který fungoval na jednoduchém principu: „klíč – zámek“. Operátorovi bylo přiděleno určité specifické číslo a to stejné číslo bylo vloženo i do firmware, příp. baseband systému, mobilního telefonu a telefon se tedy nemohl přihlásit do jiné mobilní sítě než do té, pro kterou měl kód.¹⁹ Nicméně u *unlocking* je situace z právního hlediska výrazně zjednodušena tím, že jediný důvod a cíl odblokování telefonu je možnost přihlásit se se stejným přístrojem do sítě jiného operátora.

3.2. Právní aspekty unlocking v USA, rozbor rozhodnutí Copyright Office

Právní pohled na praktiky *unlockingu* se značně liší z pohledu českého a amerického práva. V USA se považuje *unlocking* za právně souladné chování od 20. Července 2010, kdy bylo vydáno rozhodnutí Copyright Office Knihovny amerického Kongresu, které za splnění určitých podmínek učinilo *unlocking* právně souladným. Hlavní podmínkou je, že se musí jednat o non-infringing use,²⁰ jenž je v tomto případě definováno jako takové užívání, které je za účelem používání příslušného *bezdrátového zařízení*, zpravidla mobilního telefonu, z pohledu osoby, která obchází TPM

Dostupné z: <<http://eshop.vodafone.cz/hs.htm?detail=18&cnso=&lang=cs&hsName=Nokia%202330%20classic&brand=2>>.

13 Apple – iPhone – iOS 4 is the world's most advanced mobile OS [online]. Změněno 01.01.2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.apple.com/iphone/ios4/>>.

14 Android.com [online]. Změněno 07. 02. 2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <www.android.com>.

15 Windows Phone Home – Windows Phone 7 [online]. Změněno 01.01.2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.microsoft.com/windowsphone/en-GB/default.aspx>>.

16 BlackBerry 6 – BlackBerry 6 OS for Smartphones – New & Powerful BlackBerry 6 Operating System [online]. Změněno 23.01.2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://us.blackberry.com/apps-software/blackberry6/>>.

17 Symbian. Wikipedia [online]. Last modified 10 March 2011 [cit. 12. března 2011]. Dostupné z: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Symbian>>.

18 What is Sim-Lock. Removing simlock. GSM Server [online]. Last modified 05 March 2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://gsmserver.com/articles/simlock.php>>.

19 Recommendation of the Register of Copyrights. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 110.

20 Tedy užití autorského díla, které není v rozporu s právní normou, resp. jejím účelem.

8 CHENG, Jacqui. Verizon iPhone No Longer a Myth. [cit. 4. března 2011]. Dostupný z: <<http://arstechnica.com/apple/news/2011/01/verizon-iphone-no-longer-a-myth-available-in-february.ars>>.

9 FORESMAN, Chris. iPhone 5 Rumors: relocated Flash, Sprint & T-Mobile compatibility. [cit. 20. května 2011]. Dostupný z: <<http://arstechnica.com/apple/news/2011/05/the-latest-rumors-about-apples.ars>>.

10 Free Patents Online [online databáze]. FreePatentsOnline.com, 2011 [cit. 4. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.freepatentsonline.com/7643849.html>>.

11 Oxford advanced learner's dictionary of current english. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. xii, 1715119 s. ISBN 0194316599 s. 478.

12 Vodafone – telefoný [online]. Změněno 04. 03. 2011 [cit. 5. března 2011].

provádí nezbytné k naplnění účelu příslušného zařízení.²¹ Návrh nové třídy výjimky z DMCA²² by měl být povolen pro jakýkoli způsob obcházení technických prostředků ochrany práv, protože může mít pouze jediný účel a cíl.

Otázka, kterou se Copyright Office zabývala ve svém rozhodnutí je, zda-li by docházelo k porušení copyrightovaných děl, obsažených v telefonu, ať už by se jednalo o práce odvozené, příp. neoprávněné kopie, atp.²³

Prvním argumentem, kterým se Copyright Office zabývala jako prvním, byl vznesen společností Virgin Mobile. Ta konstatovala, že při *unlockingu* se jeho konatel dopouští neoprávněného zásahu do copyrightu kopírováním copyrightovaného díla a v některých případech dokonce vytváří odvozené kopie tohoto díla. Protiargumentem organizace MetroPCS byla námitka, že při *unlocking* nedochází k změně software (tj. zpravidla firmware) jako takového, ale jsou pouze měněny variabilní vstupní hodnoty takového systému.²⁴ V tomto případě se musím přiklonit na stranu MetroPCS, jelikož se nedomnívám, že je možné, aby byly vstupní hodnoty variabilního charakteru považovány za součást díla chráněného copyrightem. Pokud je totiž systém v některém ohledu postaven tak, že je schopen akceptovat a zpracovávat vnější hodnoty, nota bene, hodnoty, jejichž obsah a povaha může být měněna v průběhu „životu“ takového zařízení. Systém je zřejmě připraven na jejich změnu a funguje jako algoritmus, který nakládá s těmito daty podle své vnitřní logiky. Zároveň je třeba také uznat fakt, že takový systém, do kterého nejsou vloženy vstupní hodnoty je zcela zbytečný, protože není schopen pracovat. Pro zjednodušení bych rád uvedl příklad. Pokud vezmeme v úvahu software, který řídí reaktor jaderné elektrárny (a je nepochybně autorským dílem), tak jeho chráněnou součástí rozhodně nejsou data, která jsou poskytována senzorem umístěným v reaktoru, např. ohledně teploty tavicích tyčí, rychlosti probíhající reakce, teploty chladicí kapaliny či jiné hmoty, atp. To, že k samotnému fungování, a tedy i splnění účelu, systému je nutné, aby do něj byly vloženy nějaké vstupní hodnoty už prodejcem nezakládá ochranu copyrightem.

Dále byl vznesen argument, že např. pomocí *unlocking* aplikace *yellowsn0w*²⁵ dochází u iPhone 3G k tzv.

on-the-fly code injection, tedy v podstatě k nahrání kódu do paměti, kterou používá firmware za chodu přístroje a tím pádem vyřadí aplikaci, která zabezpečuje SIM lock z fungování a telefon je odblokován. Tento software nezasahuje přímo do programu jako takového, ale omezuje jeho funkčnost tím, že v části procesu jeho funkce mu zamezí přístup k hardware na kterém probíhají jeho výpočetní operace. Na základě tohoto argumentu bylo tvrzeno, že použitím tohoto „*patchovaného*“²⁶ software je vytvářeno odvozené dílo. S tímto argumentem je třeba souhlasit z hlediska pojmosloví, jelikož se o odvozené dílo s nejvyšší pravděpodobností jedná. Vystává však otázka, jestli takové dílo má způsobilost přivodit nějakou škodu. Pokud akceptujeme fakt, že takové dílo nemá žádné jiné možné využití než opětná instalace do iPhone 3G díky mimořádně těsné integraci s hardware, jiné využití takového software nepřipadá v úvahu.

Vzhledem k tomu, že je dílo volně zpřístupněné na různých internetových stránkách, můžeme konstatovat, že nepřináší svému autorovi přímý ani nepřímý hospodářský prospěch. EFF ve své argumentaci připouští vznik odvozeného díla, ale to spadá do rozsahu sekce 117(a)(1) DMCA, která povoluje vytvoření odvozeného díla pokud: „*nová kopie či adaptace je vytvořena jako nutný krok při využití počítačového programu s jeho hardwareovým protějškem.*“²⁷ Dále EFF argumentovala, že majitelem přístroje je ten kdo si jej zakoupil a společnost, která mu ho prodala, nemá právo ho nutit i po splnění veškerých závazků, aby telefon fungoval pouze v její síti a nutila uživatele k uzavírání nových závazků s touto společností.²⁸ Nicméně společnost Virgin Mobile vznesla protiargument, že uživatel je sice majitelem hardware, ale nikoli majitelem software, ten je mu pouze licencován.²⁹ S tímto argumentem je třeba souhlasit, jelikož původní argument EFF byl založen na nepravdivé premise. Uživatel zde v žádném případě není vlastníkem software. Navíc byl názor Virgin Mobile podpořen tím, že podle nich již zařízení funguje tak jak má a jak si jej kupuje jeho uživatel a díky tomu není možné, aby na tento případ dopadala výjimka obsažená v sekci 117(a)(1) DMCA.³⁰

Jiného názoru je ovšem Copyright Office, která konstatuje, že vlastnictví jak jej rozumí uvedená sekce 117(a)(1) DMCA není užita v „běžném“ způsobu

21 *Recommendation of the Register of Copyrights*. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 3.

22 DMCA = Digital Millenium Copyright Act, americký copyrightový zákon vztahující se především na elektronická média a nejrůznější další druhy moderních technologií, viz. Federální zákon USA, Digital Millenium Copyright Act, Pub. L. 105-304 12 Stat. 2860 (1998)

23 *Recommendation of the Register of Copyrights*. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 117.

24 *Recommendation of the Register of Copyrights*. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 118.

25 iPhone 3.0 Unlock YellowSn0w Demo. *iPhone Download Blog* [online]. Last modified 15 June 2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.iphonedownloadblog.com/2009/06/15/iphone-30-unlock-yellowsn0w-demo/>>.

26 Technika patchování slouží k opravení chyb v kódu, příp. rozšíření jeho funkcionality za pomoci vložení malého segmentu kódu do původního kódu.

Tato technika je využívána čím dál tím více kvůli rostoucí komplexitě příslušných programů a díky většímu tlaku investorů na co nejrychlejší vydání a zahájení prodeje software. *New Oxford American Dictionary* [databáze]. Verze Snow Leopard 9/2010. Apple Computer Inc., 2010 [cit. 7. července 2011].

27 Federální zákon USA, Digital Millenium Copyright Act, Pub. L. 105-304 12 Stat. 2860 (1998)

28 *Recommendation of the Register of Copyrights*. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 121.

29 *Recommendation of the Register of Copyrights*. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 122.

30 Federální zákon USA, Digital Millenium Copyright Act, Pub. L. 105-304 12 Stat. 2860 (1998)

chápání vlastnictví. Vlastnictví (ownership) je v tomto kontextu nahlížen z úhlu pohledu uživatele zařízení. Bohužel zde schází určitá elaborace na toto téma. Dle mého názoru se jedná o princip, který je obdobný staré římské tezi „*superficies solo cedit*“ tedy „*povrch ustupuje půdě*“.³¹ Paralelu vidím v tom, že naše moderní obdoba by mohla znít „*software ustupuje hardware*“. Je zde tedy patrné chápání investice prostředků do hardware, který je tak úzce spjat se software, že jeho užití bez původního software je velmi omezené a v některých případech zcela vyloučené. Vtipně se vyjádřil k tomuto tématu kdysi jeden blogger, který napsal, že *unlocking a jailbreaking telefonu je téměř nutnost, pokud ovšem nejste fanoušky luxusních těžitek*.

Konečné rozhodnutí Copyright Office je shrnuto v této právní větě: „*Počítačové programy ve formě firmware nebo software, které umožňují použitým bezdrátovým telefonním přístrojům připojit se do bezdrátové telefonní komunikační sítě, když je obcházení iniciováno majitelem kopie počítačového programu učiněno pouze za účelem se legálně přihlašovat do bezdrátových telefonních komunikačních sítí a přístup do této sítě je autorizován operátorem této sítě.*“³²

3.3. Právní aspekty unlocking v ČR

V České republice je situace zcela opačná proti USA. *Unlocking* je podle našeho právního řádu, konkrétně § 43 odst. 1 autorského zákona se zákonem na první pohled rozporný. Na pohled druhý se však nejedná o tak jednoznačný problém. Dle mého názoru je totiž stěžejní pojem „účinné“, který je obsažen v zákonném textu. Přídavné jméno „účinný“ je definováno jako „úspěšný v produkování požadovaného či zamýšleného výsledku“.³³ Na základě gramatického výkladu tedy můžeme argumentovat tím, že obcházení technických prostředků ochrany práv je protizákonné pouze tehdy, jsou-li obcházeny technické prostředky ochrany práv, které dosahují určité úrovně „kvality“. V tzv. DeCSS kauze, se Švédský odvolací soud v Oslu vyjádřil v tom smyslu, že aby byla založena ochrana samotného TPM, je nutné obejit „něco“. Tím je míněno, že použitá TPM technologie je do jisté míry kvalitní a její obejití není zvládnutelné průměrným uživatelem.³⁴ Nicméně ve většině případů je nezbytné určité technické zdatnosti a především uvědomění si, že odblokování je potřeba. Z toho důvodu bude takové konání patrně ve všech případech protizákonné. Nicméně by bylo zajímavé a pro praxi nesmírně přínosné narazit na český případ, kde by soud musel řešit „účinnost“ technických prostředků ochrany práv.

Na základě výše uvedeného tedy můžeme rozlišit dvě základní skupiny porušování autorských práv skrze

obcházení účinných technických prostředků ochrany práv. Na jedné straně se jedná o „uživatelské“ obcházení TPM a na druhé straně se jedná o vývoj nástrojů, které umožňují obcházet TPM širokému spektru uživatelů. Je bezesporné, že vývoj nástrojů, které umožní unlocking telefonu je protizákonné na základě § 43 odst. 2 autorského zákona, který stanoví zákaz poskytovat služby, jenž umožňují obcházet technické prostředky ochrany práv.

4. Flashování Custom ROM u Android OS platformem

Telefony a další zařízení založené na platformě Android umožňují update na novější či jiné verze systému. Takový postup vyžaduje přehrání stávající verze a nainstalování nové, tento postup je popsán na následujících řádcích. Všeobecně užívaný termín je *flashování Custom ROM*. Přičemž ROM³⁵ je z pohledu historie takový druh SSD paměti, který není možné přepisovat a instrukce jsou v něm vloženy již v továrně „na pevnou“. U dnešních Android-based přístrojů se jako ROM označuje ta část SSD paměti, ve které je uložen operační systém nebo jeho kernel.³⁶ Čím dál tím méně se setkáváme s tím, že by operačnímu systému byla věnována zvláštní SSD paměť. Jak jsem již zmínil výše, taková paměť se označuje jako Custom ROM, znamená to tedy, že je možné přehrát její obsah novou kopií operačního systému. Ani to však není tak jednoduché, jelikož je nutné provést několik operací v přesném sledu, přičemž právní povaha některých těchto úkonů je přinejmenším sporná.

Prvním krokem musí být tzv. *root systému*, tedy získat veškerá oprávnění nad systémem. Oprávnění uživatele jsou zpravidla limitována nejružnějšími nadstavbami (funkčními, ale třeba i grafickými) a rozšířenou či omezenou funkcionalitou, kterou do systému vloží výrobce příslušného zařízení či mobilní operátor, který telefon distribuuje. Tato část postupu je také právně nejkomplikovanější a nejspornější krok celého flashování Custom ROM. Root systému je v podstatě „back“ operačního systému proti vůli toho, kdo do systému implementoval příslušnou TPM ochranu. Root nebo rooting vychází z IT žargonu linuxové komunity, kde se uživatel s kompletním rozsahem pravomocí v systému nazývá „root“, obdobným ekvivalentem u Windows systémů je „administrator“ u Mac OS je označován jako „admin“.

Jedná se o nejdůležitější technický krok při flashování ROM s tím, že má smysl i sám o sobě, protože může zpřístupnit některé možnosti nastavení, zdrojový kód a další funkce, které jsou dostupné pouze limitovanému okruhu uživatelů systému, např. vývojářům, testerům beta verzí, atp. Považuji za důležité zmínit, že tento krok není problematický u takových verzí Android OS, které pracovně označuji jako „čisté“. Čisté jsou verze,

31 URFUS, Valentin. Historické základy novodobého práva soukromého : římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy. 2. vyd. Praha : C.H. Beck, 2001. 131 s. ISBN 8071795046.

32 *Recommendation of the Register of Copyrights*. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initial-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 164.

33 Oxford advanced learner's dictionary of current english. 7th ed. Oxford : Oxford University Press, 2005. xii, 1715119 s. ISBN 0194316599

34 Rozsudek odvolacího soudu v Oslu, Norsko ze dne 22. prosince 2003, sp. zn. LB-2003-00731

35 Read Only Memory, tedy paměť, která umožňuje pouze čtení, nikoli však zapisování. *New Oxford American Dictionary* [databáze]. Verze Snow Leopard 9/2010. Apple Computer Inc., 2010 [cit. 5. března 2011].

36 Kernel = jedná se o jakési „jádro“ operačního systému ve kterém jsou uloženy základní systémové instrukce a služby (angl. services) operačního systému. *New Oxford American Dictionary* [databáze]. Verze Snow Leopard 9/2010. Apple Computer Inc., 2010 [cit. 5. března 2011].

kteřé distribuují přímo Google a nejsou nijak modifikované ani v nich nejsou obsaženy další aplikace, systémové změny ani další běžně neodstranitelný obsah (tedy obsah, který je v telefonu „*napevno*“ pokud uživatel nemá root oprávnění přístupu k systému). Tato kapitola se tedy bude zabývat platformami, kde je použit Android OS, který však je upraven od jeho prodejce, distributora či operátora. Klasickým případem takového produktu jsou např. produkty taiwanské společnosti HTC, která na své telefony na platformě Android instaluje i tzv. HTC Sense. HTC Sense je něco jako „*nadstavba*“ samotného operačního systému sestávající se z grafického rozhraní, několika dalších „*nativních*“ systémových aplikací a optimalizace původního systému pro konkrétní hardware.

Při rootu takového systému se dopouští uživatel obcházení technických prostředků ochranu práv ve smyslu § 43 odst. 1 autorského zákona.³⁷ Použití výjimky z autorského práva vyjádřené v ustanovení § 38c autorského zákona³⁸ též není možné, jelikož není zahrnuto v taxativním výčtu obsaženém v § 43 odst. 4 autorského zákona.³⁹ Žádná ze zbylých výjimek z práva autorského se tedy v rámci užití pro osobní potřebu neuplatní. Dále by bylo možné uvažovat, jestli by nemohlo být využito § 43 odst. 4 věty druhé, která zní: „*Autor, který pro své dílo použil technické prostředky podle odstavce 3, je povinen zpřístupnit své dílo oprávněným uživatelům v rozsahu nezbytném ke splnění účelu uvedeného užití díla*“⁴⁰ Nepovažují to však za možné, jelikož samotná výjimka je postavena tak, aby byla vykládána restriktivně, tj. použití termínu „*nezbytný rozsah*“. Hlavním důvodem, proč není možné toto ustanovení použít je však termín „*účel užití díla*“. Účel užití díla je v našem případě bezesporu používání mobilního telefonu z hlediska uživatele, tedy, že autorské dílo – software v telefonu funguje tak jak si uživatel představuje a je inzerován, tj. umožňuje volat, psát zprávy, instalovat aplikace, etc. Rootování systému sem tedy dle mého názoru bohužel také nespadá.

Další kroky již nejsou tolik problematické, jak z technického pohledu, tak z právního pohledu. Uživatel po rootu systému nainstaluje ROM Manager, který je dostupný v placené i neplacené verzi v Android Marketu.⁴¹ Tato mobilní aplikace umožní plnou správu ROM části telefonu, přičemž oprávnění uživatel nabytí rootem systému. Dalším, dobrovolným, krokem je záloha systému, která následně umožní znovuoobnovení předchozích uživatelských nastavení, nainstalovaných aplikací, nahraných médií, etc. v rámci nově nainstalovaného systému.

Nakonec přichází samotný *flash* Custom ROM, kterou si uživatel vyhledal a stáhnul z příslušných stránek na internetu. Flashování je už jednoduchá záležitost, uživatel nahraje .zip soubor na SD kartu, kterou následně vloží do přístroje a zbytek obstará už ROM Manager.

4.1. Úvaha de lege ferenda na téma rootingu open source systémů

Domnívám se, že legislativně-technické řešení současné právní úpravy je přinejmenším nešťastné. Je to úprava, která je velmi rigidní a jakákoli změna musí projít řádným legislativním procesem, který je časově náročný a tudíž by byla už při nabytí účinnosti obsolentní. Za optimální řešení bych považoval využití legislativní konstrukce generální klauzule, která by stanovila několik podmínek, které by bylo nutné splnit, aby se jednalo o užití souladné s právem autorským. Inspirace pochází z ustanovení § 44 odst. 1 obchodního zákoníku – generální klauzule nekalé soutěže.⁴² Takové řešení by bylo mnohem elegantnější než systém taxativních výjimek, který však není schopen reagovat na neustále se měnící technologie a nové formy dostupnosti a užití autorských děl. Díky tomu se dostáváme do absurdních situací, kdy není možné se systémem nakládat tak jak je inzerováno (možnost flash ROM u Android OS platform), protože nespadá pod žádnou z taxativně stanovených výjimek v autorském zákoně. Situace je ještě více pobuřující, když si uvědomíme, že v této situaci ani nevzniká nikomu škoda.

5. Jailbreaking

Jak jsem již zmínil v úvodu, fenomén *jailbreakingu* je nosným tématem tohoto článku, nikoli pouze z mého subjektivního pohledu, ale také co do rozšířenosti a jeho významu. Často se setkávám s humorným očekáváním, že se jedná o nějakou trestněprávní problematiku, která se zabývá právními aspekty útoku z vězení. Není tomu tak. V drtivé většině případů *jailbreakingu* se bude jednat o delikt civilní, nikoli trestněprávní. Co tedy *jailbreaking* je? *Jailbreaking* je termín, kterým se označuje takové konání, kdy jsou obcházeny účinné technické prostředky ochrany práv operačního systému u smartphonů. *Jailbreaking* se týká především iOS platformy, díky které došlo také k samotnému zpopularizování tohoto pojmu.

5.1. Vznik a pojem jailbreaking

Když v roce 2006 představil Steve Jobs, výkonný ředitel Apple Computer Inc., iPhone, mobilní telefon, který naprosto změnil celé odvětví a trh mobilních zařízení, velké množství uživatelů mobilních telefonů z celého světa jej chtělo koupit. iPhone využívá dramaticky přepracovanou verzi svého Mac OS X, která využívá GUI⁴³ přizpůsobený ovládání prsty a je propatentována skrz naskrz, např. technologie Multi-Touch.⁴⁴ Vzhledem

42 § 44 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů

43 GUI = Graphical User Interface, *New Oxford American Dictionary* [databáze]. Verze Snow Leopard 9/2010. Apple Computer Inc., 2010 [cit. 8. března 2011].

44 Multi-Touch je technologie, která je komplexně patentována společností Apple, *United States Patent 7,479,949* [online]. US Patent Office, 2009 [cit. 2011-03-03]. Dostupné z: < <http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO1&Sect2=HITOFF&d=PALL&p=1&u=%2Fnetacgi/nph-TO%2Fsrchnum.htm&tr=1&f=G&d=50&s1=7,479,949.PN.&OS=PN/7,479,949&RS=PN/7,479,949> >.

37 § 43 odst. 1 autorského zákona

38 § 38c autorského zákona

39 § 43 odst. 4 autorského zákona

40 § 44 odst. 4 autorského zákona

41 *ROM Manager - Android Market* [online]. Změněno 05.03.2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<https://market.android.com/search?q=ROM+manager&c=apps>>.

k tomu, že se jedná o produkt společnosti Apple, architektura systému byla vystavěna tak, že je možné instalovat pouze „*proprietary software*“. Proprietary software v kontextu iPhone je vyvinutý a/nebo schválený společností Apple. První rok prodeje iPhone, kdy neexistoval tzv. App Store,⁴⁵ bylo ještě markantnější, že k plnému využití této platformy je nutné prolomit softwareovou ochranu jádra a systémového prostředí telefonu, aby bylo možné instalovat „*neoficiální*“ aplikace od externích vývojářů. *Jailbreaking* tedy spočívá v tom, že se za pomoci speciálních softwarových prostředků „*prolomí*“ ochrana systému systému proti software, který není stažen z App Store. *Jailbreak* otevře systém i dalším zásahům, je potom možné si nahrát jiné GUI nebo používat telefon jako Wi-Fi hotspot.⁴⁶ Funkci Wi-Fi hotspot je nutné odlišovat od „*tethering*“ který spočívá v tom, že za pomoci Bluetooth nebo datového kabelu se sdílí internetové připojení telefonu s počítačem. Nechut operátorů a poskytovatelů mobilního datového připojení k Wi-Fi hotspotu je pochopitelná. Díky tomu, že je možné připojit více mobilních zařízení, tak se operátorům snižují tržby, protože každému pak stačí pouze jedno připojení a nemusí platit za více připojení. V USA se už objevily zvláštní obchodní modely, např. u Sprint Wireless je možné si k Palm Pre dokoupit možnost oficiálního Wi-Fi hotspotu.

5.2. Jailbreaking v USA - Analýza rozhodnutí Copyright Office Register USA

Jak již bylo zmíněno výše, jedná se o jakýsi „*hack*“ telefonu, který odstraní limitace v něm obsažené. Děje se tak různými způsoby. Buď se jedná o přímý zásah do operačního systému telefonu (dále jen OS) nainstalovaného na hlavní SSD paměť⁴⁷ a to buď tak, že již nainstalovaný OS je ve svých, zpravidla marginálních, částech přepsán jiným kódem, který neobsahuje příslušné restrikce tvůrce OS nebo je paměť zcela vymazána a nová, modifikovaná, kopie OS je nahrána na SSD. Popsané způsoby jsou využívány hlavně u iPhone, jelikož nejvíce vyhovují jeho hardwarové architektuře.

Pro objasnění současné pozice *jailbreakingu* v USA se nejdříve musíme zabývat Copyright Office Knihovny Kongresu USA. Jedná se o nejstarší federální instituci stále fungující v USA. Byla založena roku 1800 tehdejším prezidentem Johnem Adamsem.⁴⁸ Knihovna

45 App Store je propriety softwareový online obchod, který je zároveň jediným místem, kde je možné si oficiálně zakoupit a stáhnout schválené aplikace pro iOS-based platformy. *Apple iPhone - Learn about apps available on the App Store* [online]. Změněno 01. 01. 2011 [cit. 4. března 2011]. Dostupné z: <www.appstore.com>.

46 Wi-Fi hotspot - telefon, který je připojen k internetu vytvoří vlastní Wi-Fi síť, ke které si pak mohou uživatelé připojovat další zařízení, zpravidla tablety, další telefony, atp.

47 Solid State Disc - jedná se technologii použitelnou místo klasického Hard Disc Drive, výhodou je značná úspora místa, vyšší rychlost a také vyšší pohotovost, jelikož SSD neobsahuje žádné mechanické součástky, avšak majoritnímu rozšíření této technologie dosud brání poměrně vysoká cena, *New Oxford American Dictionary* [databáze]. Verze Snow Leopard 9/2010. Apple Computer Inc., 2010 [cit. 5. března 2011].

48 *Library of Congress : History - About the Library* [online]. Změněno 12.11.2010 [cit. 6. března 2011]. Dostupné z: <http://www.loc.gov/about/history.html>.

Kongresu má ve svém čele knihovníka jmenovaným prezidentem se souhlasem Senátu USA. V rámci této instituce funguje tzv. *Copyright Office*, jež slouží jako hlavní strážce dodržování autorského práva v USA, vede evidenci legislativy a soudních rozhodnutí související s copyrighitem, eviduje mandatorní přihlašování autorských děl a konečně vydává rozhodnutí o nejružnějších výjimkách z copyrightu a dalších souvisejících problémech.⁴⁹ A právě takové rozhodnutí z 27.7.2010 ve své podstatě zlegalizovalo praktiku *jailbreaking* v USA.⁵⁰

Copyright Office se v rozhodnutí zabývala *jailbreakingem* v jeho nejkřivější formě. Copyright Office definuje pro účely svého rozhodnutí *jailbreaking* následovně: „*využití počítačového programu takovým způsobem, který umožní interoperabilitu (spolupráci) mezi zákonně nabytým programem a operačním systémem bezdrátového zařízení.*“ Bohužel však z celého rozhodnutí není jasné, jestli jsou si vědomi, že *jailbreaking* může často být se zcela jiným účelem. Tím nemám na mysli stahování kopií aplikací, které jsou normálně placeny, ale spíše *jailbreaking* za účelem upravení GUI, doinstalování některých funkcí, které nejsou přístupné na starších generacích telefonu (např. multitasking) a občas i pro nainstalování zcela jiného operačního systému, tj. např. OS Android na iPhone a naopak. Lehké náznaky sice poskytuje argument společnosti Apple, která konstatovala, že *jailbreaking* zasahuje do její pověsti, především v tom smyslu, že operační systém telefonu není tolik stabilní po provedení *jailbreaku* jako je v „*továrním provedení*“. Nicméně tento argument v podstatě zůstal nezodpovězen, přičemž Copyright Office pouze uvedla, že způsobení takového druhu škody není přirozenou příčinou *jailbreakingu*. Vzhledem k tomu, že by se však výjimky z autorských práv měly vykládat spíše restriktivně a s přihlédnutím k oprávněným zájmům autorů, příp. majitelů copyrightu, měli bychom dále uvažovat legalitu *jailbreakingu* pouze jako „*otevření*“ systému i pro aplikace, které nejsou distribuovány skrz iTunes App Store.

Electronic Frontier Foundation (dále jen EFF), která v tomto případě hájila *jailbreaking*, je organizace, která se snaží bránit svobodu slova v prostředí elektronických médií a hájit zájmy uživatelů moderních technologií a hlavně „*bojuje*“ za neutralitu internetu.⁵¹ EFF postavila obhajobu *jailbreakingu* na třech základních argumentech. Prvním argumentem, který pracovníci označují jako technický, EFF konstatovalo, že *jailbreaking* se děje v souladu s licenčním ujednáním v rámci každého iPhone. V části druhé, odst. c) tohoto licenčního ujednání se píše: „*Nesmíte a zároveň se zavazujete, že tak neuděláte, neumožníte dalším následující úkony: kopírovat (kromě rozsahu povoleného touto licencí), dekom-*

49 *U.S. Copyright Office : Information Circular* [online]. Změněno 01.06.2008 [cit. 6. března 2011]. Dostupné z: <http://www.copyright.gov/circs/circ1a.html>.

50 *Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies* [online]. Washington: Copyright Office, Library of Congress, vydáno 27.07.2010 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <http://www.copyright.gov/1201/docs/fedreg-notice-final.pdf>. s. 7.

51 *Electronic Frontier Foundation : About EFF* [online]. Změněno 10.1.2010 [cit. 6. března 2011]. Dostupné z: <http://www.eff.org/about>.

*pilovat, provést reverse engineering, zpětně překládat, pokusit se získat zdrojový kód, měnit či vytvářet odvozená díla software nainstalovaného na iPhone ani jakýchkoli služeb poskytovaných skrze iPhone software...*⁵² EFF upozorňuje na to, že z technického hlediska se pouze přidává k existujícímu software⁵³ nepatrná část kódu, která pouze umožní další funkcionalitu, aniž by došlo k narušení systému samotného.⁵⁴ EFF tento proces přirovnává k instalování driveru⁵⁵ tiskárny do standardního desktop operačního systému.

Tento argument nepovažují za příliš zdařilý z několika důvodů. Prvním důvodem je, že se jedná pouze o slovní ekvilibristiku EFF v tom smyslu, že měnit či modifikovat dílo je zde použito v jiném smyslu než přidání nového segmentu kódování k dílu samotnému. Význam části druhé, odst. c), kde se konstatuje: „*měnit či vytvářet derivativní díla software nainstalovaného na iPhone ani jakýchkoli služeb poskytovaných skrze iPhone software...*“⁵⁶ je s přihlédnutím k výkladové metodě teleologické a zdravému rozumu zjevně míněno změna funkcionality a software jako celku, nikoli pouze nemožnost do kódu zasahovat, ale přidávat celé segmenty je v pořádku. Druhým problematickým momentem tohoto argumentu je poněkud zvláštní přirovnání s instalací driveru. Driver je jednoduchá aplikace, na kterou je systém připraven, počítá s ní a k fungování systému na příslušném hardware je nutností. Zatímco *jailbreaking* v podobě přidání kódu k systému samotnému je v podstatě „*neodborný*“ a hlavně neočekávaný zásah do systému v tom smyslu, že systém jej k fungování nepotřebuje a naopak, systém zpravidla funguje bez něj o něco lépe.

Ve druhém argumentu EFF představilo myšlenku, že vlastník iPhone je zároveň vlastníkem příslušného software, který je dodáván nativně s iPhone a může ho tedy na základě výjimky obsažené v americkém autorském zákoně, konkrétně v 17 U.S.C. 117(a) DMCA, libovolně modifikovat a restrukturalizovat.⁵⁷ Ten stanoví výjimku pro vlastníka kopie, která mu umožní adaptovat a vylepšovat funkcionalitu software za podmínky,

že nepoškozuje vlastníka nebo vykonavatele copyrightu.⁵⁸ Apple vznesl protiargument, že není možné, aby byla aplikována tato výjimka, jelikož se vztahuje pouze na kopie autorských děl – software, které jsou ve vlastnictví dotyčného. Majitelé iPhone však nejsou majitelé software, ale na základě již zmíněného licenčního ujednání⁵⁹ jsou pouhými držiteli licence na tento software.⁶⁰

Třetím argumentem EFF je konstatování, že *jailbreaking* je „*fair use*“. Fair use je takové užití copyrightovaného díla, které dílo nijak vážným způsobem nenarušuje, ani nepoškozuje držitele copyrightu.⁶¹ Copyright Office souhlasila a jako první faktor, který podporuje doktrínu fair use v kontextu *jailbreaking* uvedla, že *jailbreaking* je aktivita povahy nekomerční a je konána pro osobní potřebu.⁶² Domnívám se, že tento názor je značně podpořen tím, že uživatel si iPhone, příp. jiný telefon je nucen zakoupit. Na druhé straně se tento názor opírá o představu tradičního obchodního modelu, který předpokládá, že prodejce vydělává na samotné věci kterou prodává. Obchodní model Apple iPhone je však zcela odlišný a založený na mnoha proměnných. Za prvé, Apple vyrábí hardware, vyvíjí software, vyvíjí a prodává SDK.⁶³ Za druhé, z každé aplikace prodané skrze App Store jde 30% hodnoty aplikace přímo Apple a zbývajících 70% vývojářům těchto aplikací.⁶⁴ 2. března 2011 oznámil Steve Jobs, že za rok 2010 vyplatili vývojářům přes 2 miliardy USD.⁶⁵ Za třetí vydělávají na prodeji digitální hudby a videa přes iTunes Store. Za čtvrté vydělávají na prodeji ebooks, kterých za necelých devět měsíců v roce 2010 prodali v iBook Store přes 100 milionů kusů.⁶⁶ Za páté, dostávají měsíční příspěvek od každého mobilního operátora, který distribuuje iPhone.⁶⁷ Za šesté, vyrábějí, prodávají a licencují ofici-

52 *iPhone License Agreement : Apple and Third Party Terms* [online]. 2011 [cit. 6.března 2011]. Dostupné z: <<http://images.apple.com/legal/sla/docs/iphone.pdf>>.

53 V originálním rozhodnutí se, podle mého názoru, dosti nešťastně používá označení firmware, přičemž firmware je definován jako permanentní software uložený v ROM paměti, viz. *New Oxford American Dictionary* [databáze]. Verze Snow Leopard 9/2010. Apple Computer Inc., 2010 [cit. 5. března 2011], to však není zdejší případ, přičemž můj názor podporuje i licenční ujednání iPhone, které používá termín software taktéž, viz. *iPhone License Agreement : Apple and Third Party Terms* [online]. 2011 [cit. 6.března 2011]. Dostupné z: <<http://images.apple.com/legal/sla/docs/iphone.pdf>>.

54 *Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies* [online]. Washington: Copyright Office, Library of Congress, vydáno 27.07.2010 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/docs/fedreg-notice-final.pdf>>. s. 10.

55 Driver = program, který umožňuje a řídí činnost hardwaru, jako je např. scanner, tiskárna, grafická karta, etc. *New Oxford American Dictionary* [databáze]. Verze Snow Leopard 9/2010. Apple Computer Inc., 2010 [cit. 6. března 2011].

56 *iPhone License Agreement : Apple and Third Party Terms* [online]. 2011 [cit. 6.března 2011]. Dostupné z: <<http://images.apple.com/legal/sla/docs/iphone.pdf>>.

57 Federální zákon USA, Digital Millenium Copyright Act, Pub. L. 105-304 12 Stat. 2860 (1998)

58 *Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies* [online]. Washington: Copyright Office, Library of Congress, vydáno 27.07.2010 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/docs/fedreg-notice-final.pdf>>. s. 10.

59 *iPhone License Agreement : Apple and Third Party Terms* [online]. 2011 [cit. 6.března 2011]. Dostupné z: <<http://images.apple.com/legal/sla/docs/iphone.pdf>>.

60 *Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies* [online]. Washington: Copyright Office, Library of Congress, vydáno 27.07.2010 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/docs/fedreg-notice-final.pdf>>. s. 10.

61 *New Oxford American Dictionary* [databáze]. Verze Snow Leopard 9/2010. Apple Computer Inc., 2010 [cit. 6. března 2011]

62 *Recommendation of the Register of Copyrights*. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 93.

63 SDK = Software Development Kit, viz. Software development kit. *Wikipedia* [online]. Last modified 11 February 2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://en.wikipedia.org/wiki/SDK>>.

64 AHONEN, Tomi. Are iPhone Apps a Failed Business Model?. *The Motley Fool : To Educate, Amuse & Enrich* [online]. Last modified 21 June 2010 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.fool.com/investing/general/2010/06/21/are-iphone-apps-a-failed-business-model.aspx>>.

65 JOBS, Steve. *Apple Special Event March 2011* [video-on-demand]. Apple, 2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://events.apple.com.edgesuite.net/1103pijanbdvaaj/event/index.html>>.

66 JOBS, Steve. *Apple Special Event March 2011* [video-on-demand]. Apple, 2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://events.apple.com.edgesuite.net/1103pijanbdvaaj/event/index.html>>.

67 RITCHIE, Rene. Apple's New iPhone Business Model. *TiPb* [online].

ální příslušenství a konečně poskytují služby a prodávají vlastní aplikace jako je např. MobileMe, iMovie, Garage Band, etc.⁶⁸ Samotný hardware je naopak prodáván pod cenou, pro srovnání nabízím tento příklad. Pokud bych si chtěl koupit ve Spojeném Království iPhone 4 16 GB, tak si mohu koupit samotný telefon za 510 GBP.⁶⁹ Pokud si jej však objednáme skrze mobilního operátora Orange UK, tak jej dostanu zdarma, pokud se zavážu k paušálu 51,06 GBP měsíčně po dobu 18 měsíců,⁷⁰ celkově tedy zaplatím 919,08 GBP. Na základě uvedených dat je zřejmé, že společnost Apple tedy vydělává především na souvisejících službách a vybavení, nikoli na přístroji samotném. Argument EFF, který konstatuje, že legální *jailbreaking* nesníží, ale naopak přispěje k rozvoji prodeje iPhone je vcelku irrelevantní, pokud vezmeme v úvahu, že samotný prodej iPhone jako hardware není primární generátor příjmů z tohoto produktu. Na základě této analýzy se tedy domnívám, že *jailbreaking* je tedy způsob, jak přivodit společnosti Apple škodu.

Dalším bodem, kterým se Copyright Office zabývá je doktrína „*fair use*“ v kontextu reverse engineering. Copyright Office zde konstatuje, že reverse engineering je společensky prospěšná aktivita, jelikož vede k tomu, že je podpořena funkcionálnost nejrůznějších druhů software fungujících na širokém spektru hardware. To posléze umožňuje vývoj software pro tyto platformy a je tedy i širší nabídka.⁷¹ Taková argumentace je založena na základních principech fungování trhu a blaha, které přináší spotřebitelům konkurenční boj. Ve výše zmíněném rozhodnutí populárně označovaném jako *Sega vs. Accolade* došel soud k závěru, že uživatelský benefit z toho, že bylo více dostupných her na herní konzoli Genesis, kterou vyráběla Sega plně odůvodňuje reverse engineering, který musel Accolade provést.⁷² Copyright Office zde připodobňuje *jailbreaking* k tomuto případu a konstatuje: „... celý smysl *jailbreakingu* je umožnit používání nezávisle vyvinutých aplikací na iPhone a samotný *jailbreaking* jako aktivita stimuluje vývoj takových aplikací.“⁷³ S tímto závěrem souhlasím, dovolil bych si však znovu upozornit na chybný, resp. omezený, předpoklad, kde Copyright Office opět konstatuje, že jediným smyslem *jailbreakingu* je instalování aplikací vytvořených nezávislými vývojáři.

Dalším faktorem, který byl vzat v úvahu je „*povaha copyrightovaného díla*“, tedy poměrně subjektivní hledisko.

Copyright Office zde konstatovala, že ta část software, která podléhá i *jailbreaku* je: „*vysoce funkční dílo, které zajišťuje fungování přístroje*.“⁷⁴ Zde je v podstatě konstatováno, že ne každé autorské dílo, zvláště autorské dílo – software má jinou hodnotu pro účely udělování výjimek z amerického copyrightového zákonodárství. Copyright Office zde opět předkládá myšlenku, že do „*nejnižších*“ vrstev software není ani vtěleno takové množství kreativity jako do „*vyšších*“ vrstev software, jako je např. GUI.

Vytváření kvazikategorií autorských děl, zvláště software, nepovažuji za šťastné, navíc laicky. Komplexita řešení a kreativita u software pouze minimálně, ne-li vůbec, koreluje s jeho primárním účelem. Jinými slovy i pouhý driver může v sobě nést velmi kreativní a přelomový programátorský počín a na druhé straně, „*nejvyšší*“ softwareová vrstva, která slouží jako „*pohonné ústrojí*“ GUI nemusí obsahovat kreativitu téměř žádnou, např. ať čtenář srovná vývoj GUI od Microsoft Windows 3.1⁷⁵ a rozhraní Microsoft Windows XP.⁷⁶ Až na drobné designové rozdíly se jedná o velmi podobné systémy i co se týče samotného zhmotnění programátorských snah. Jedná se tedy spíše o evoluci umožněnou dramatickým vývojem hardware než čímkoli jiným. Dále moji tezi potvrzuje i Paul Taylor, který ve své práci zabývající se historií hackingu a kulturou obklopující hacking píše, že původní hacker je počítačovým „*virtuózem*“, který hledá co nejelegantnější a nejvýhodnější cestu jak vyvinout program s omezenými hardwareovými prostředky.⁷⁷ V posledních letech se díky dramatickému rozvoji a propadu cen hardware mohlo plynat i v oblasti software, který si mohl dovolit být neoptimalizovaný a přesto běžel poměrně svižně. S rozmachem smartphonů se opět museli naučit vymyslet co nejelegantnější cesty jak naprogramovat software, který je k nalezení na těchto zařízeních. Na základě těchto důvodů se tedy domnívám, že závěr americké Copyright Office je založen na nepřesvědčivé argumentaci.

Hlavním argumentem, který společnost Apple vznesla je dramatické snížení hodnoty iPhone jako celku (hardware se software jako komplementární statky) v důsledku narušení software iPhone. Apple upozorňuje především na bezpečnostní a funkční faktory, které dělají z iPhone potenciální oběť kyberzločineckých aktivit. Apple rovněž vyzdvihuje problematiku čím dál tím více rostoucích nákladů, které musí vynaložit na podporu iOS software.⁷⁸

Last modified 28 May 2008 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.tiipb.com/2008/05/28/apples-new-iphone-business-models/>>.

68 *Apple MobileMe – Your iPhone, iPad, MAC and PC. In perfect sync.* [online]. Změněno 01.01.2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.apple.com/mobileme/>>.

69 *iPhone 4 & iPhone 3GS – Apple Store (UK)* [online]. Změněno 07.03.2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <http://store.apple.com/uk/browse/home/shop_iphone/family/iphone?mco=OTY2ODA2OQ>.

70 *Choose your iPhone and plan* [online]. Změněno 07.03.2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://shop.orange.co.uk/iphone/choose-your-4g-plan>>.

71 *Rozsudek Sega Enterprises Ltd. vs. Accolade Inc., U.S. Court of Appeals for Ninth Circuit* ze 20. října 1992, 977 F.2d 1510, 24 USPQ2d 1561.

72 *Rozsudek Sega Enterprises Ltd. vs. Accolade Inc., U.S. Court of Appeals for Ninth Circuit* ze 20. října 1992, 977 F.2d 1510, 24 USPQ2d 1561.

73 *Recommendation of the Register of Copyrights*. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 94.

74 *Recommendation of the Register of Copyrights*. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 96.

75 V následujícím odkazu je obsažen screenshot Windows 3.1 spuštěné pomocí emulátoru na moderním hardware, jedná se především o ilustrativní příklad ohledně „kreativity“, vývoje software. Viz. QEMU: *The Open Source Processor Emulator* [online]. Weiqi Gao's Observations, 2010 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <http://www.weiqigao.com/blog/2006/02/20/qemu_the_open_source_processor_emulator.html>.

76 *0_61_Win_Grab* [online]. Fox News, 2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <http://www.foxnews.com/images/365437/0_61_win_xp_grab.jpg>.

77 TAYLOR, Paul. A. *Hackers: Crime and the Digital Sublime*. 1. vyd. Londýn: Nakladatelství Routledge, 1999. 198 s. ISBN 0415180716. s. 13.

78 *Recommendation of the Register of Copyrights*. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>.

Copyright Office považuje tuto argumentaci za součást tzv. *čtvrtého faktoru*, který se má zabývat dopadem praktiky *jailbreaking* na potenciální tržní hodnotu copyrighitem chráněného díla. Copyright Office se vypořádala s argumentem společnosti Apple oponenturou, že Apple se nebojí snížení prodeje software jako takového, jelikož není možné se dopouštět *jailbreakingu* pokud si před tím ten kdo jej provádí nezakoupil iPhone. Nicméně Apple se bojí především zásahu do reputace a zásahu do integrity vlastního ekosystému, kterého je iPhone ústředním prvkem.⁷⁹ Hlavním argumentem na podporu této teze je citace soudce Pierra Levala: „*Ne každý způsob zhoršení trhu pro určitý výrobek je v rozporu s doktrínou fair use. Nežádoucí kritiky poškodí trh pro určitou knihu. Biografie může poškodit knižní trh, pokud je odhalen jako podvodníka či uspokojí zájem veřejnosti ohledně určité osobnosti. Takové poškození trhu však nemají žádnou relevanci na posuzování co je a co není v souladu s doktrínou fair use.*“⁸⁰

S tímto závěrem se plně ztotožňuji, lituji však, že si Copyright Office nedala s vypořádáním tohoto argumentu více práce. Dle mého názoru se snaží poukázat Copyright Office na fakt, že i přes to, že jedním z hlavních účelů copyrightu jako takového, ne-li jediným, je ochrana ekonomické hodnoty díla jako objektu jeho ochrany. Doktrína *fair use* by tedy mohla být odmítnuta, když by byla prokázána přímá ekonomická ztráta společnosti na základě povolení výjimky z copyrightu za pomoci doktríny *fair use*. Nicméně na druhou stranu není možné, aby bylo použití doktríny *fair use* odmítnuto na základě nepřímé a zastřené ekonomické souvislosti. Nota bene, když se Apple na svých Keynotes chlubí, že prodává více a více iOS zařízení.

Copyright Office se také velmi rychle vypořádala s otázkou odpovědnosti za *jailbreakovaný* telefon na kterém byla způsobena škoda, či který škodu způsobil. Copyright Office předestřela jasnou myšlenku, že Apple je zbaven plně odpovědnosti a naopak veškerá odpovědnost je na bedrech toho, kdo se *jailbreaku* dopustil. Copyright Office vyšla z úvahy, že všeobecně známe doktríny a licenční ujednání společnosti Apple v žádném případě nejsou jejím rozhodnutím dotčeny a tudíž není možné, aby Apple nesl odpovědnost za něco, co zakazuje. Copyright Office vyjádřila tuto myšlenku jasně a stručně: „*Ti kteří se dopouští takového konání⁸¹ musí vinit pouze sami sebe a nikoli Apple.*“⁸²

S rozhodnutím jako celkem nezbyvá než souhlasit, nicméně jeho význam je značně přeceněn, jelikož většina právně-laických serverů (jak v USA, tak v ČR) se mylně domnívá, že praktika *jailbreakingu* jako taková,

bez dalšího, se stala legální. Takový názor je však nutné odmítnout, protože *jailbreaking* nebyl zlegalizován jako praktika, ale *jailbreaking* pouze pro ty uživatele, kteří se ho dopustili pouze a jenom z toho důvodu, aby mohli na takový telefon instalovat aplikace od nezávislých vývojářů, které neschválil Apple a nejsou tedy k dostání v App Store. *Jailbreaking* s jakýmkoli jiným úmyslem či sám o sobě legální není. Dovolil jsem si přeložit finální znění výjimky: „*Počítačové programy, které umožňují bezdrátovým telefonním zařízením spouštět legálně opatřený software a zároveň kde je obcházení technických prostředků ochrany práv s jediným účelem a to zajistit interoperabilitu těchto aplikací s počítačovými programy, které jsou již na takovém zařízení nainstalovány.*“⁸³

Pro úplnost ještě musím poznamenat, že Apple po tomto rozhodnutí nezměnil své licenční ujednání, takže i přes to, že *jailbreaking* v mezích, jak jsou výše uvedeny, neporušuje federální právo USA, tak je stále v rozporu s tímto ujednáním a Apple tedy může své zákazníky, kteří provedli *jailbreak* iPhone žalovat na náhradu škody. Pravděpodobnost takové praktiky je však mizivá a dosud se jí nikdo nedopustil.

5.3. Jailbreaking a odpovědnost za vady software a odpovědnost za škodu

V rámci této kapitoly se plánuji zabývat případnou odpovědností za škodu vzniklou nainstalováním software na *jailbreakovaném* telefonu. V několika subkapitolách se plánuji zabývat především scénáři, kde je na *jailbreakovaném* telefonu nainstalována schválená aplikace, aplikace poskytovaná jako freeware, která není schválená pro distribuci skrze App Store. Dále se zabývám také samotnou odpovědností za software poskytovaný s hardwarem, tj. s telefonem.

5.4. Obecná odpovědnost za vady software v režimu občanského zákoníku

V rámci českého právního řádu není software považován za věc, jelikož náš současný občanský zákoník chápe věc pouze ve hmotném smyslu a dělí je na věci movité a nemovité.⁸⁴ Nicméně software je způsobilý být předmětem právních vztahů jako „*jiná majetková hodnota*“ ve smyslu § 118 odst. 1 občanského zákoníku.⁸⁵ Software a jeho převoditelnost je však limitována tím, že se jedná o autorské dílo ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona.⁸⁶ Software je tedy možné poskytovat třetím osobám na základě typového závazkového vztahu – licenční smlouvy, která je upravena v § 46 a násl. autorského zákona. Šurmanová a Knebl definují vady software následovně: „*takové vlastnosti software,*

ne-11-2010.pdf>. s. 98.

79 Recommendation of the Register of Copyrights. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 99.

80 LEVAL, Pierre. *Toward a Fair Use Standard*. Harvard Law Review. 1990, roč. 104, č. 1105. ISSN 0017-811X.

81 jailbreaking, pozn. autora.

82 Recommendation of the Register of Copyrights. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 99, poznámka pod čarou.

83 Recommendation of the Register of Copyrights. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>. s. 104.

84 § 119 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů (dále jen OZ)

85 § 118 OZ

86 § 2 odst. 2 AZ

kteřé jsou v rozporu s řádným fungováním software.⁸⁷ Problém v této definici, dle mého názoru, spočívá ve vázání řádného fungování software na očekávání toho, kdo licenci na software nabývá. Tato definice je snadno použitelná u relativně jednoduchého software, nikoli však u komplexních systémů, jako je např. operační systém. Je také nutné brát v potaz vymezení vlastností software jeho výrobcem, ale i to může být do jisté míry problematické.

Jako poměrně problematickou, a pro tento článek také stěžejní, oblast vidím interoperabilitu software. Tou bude zpravidla interoperabilita operačního systému s aplikacemi poskytnutými třetí stranou. Pokud si zakoupím aplikaci pro svůj mobilní telefon, např. na Android Marketu, která potom způsobí škodu, např. díky chybě pošle platbu jinam než měla a já pak budu nucen na základě příslušné smlouvy zaplatit smluvní pokutu. Často není ani po odborném posouzení jasné, kdo je vlastně odpovědný. Komplexita současných systémů podstatně ztěžuje, někdy i znemožňuje, zjišťování, která „část“ softwareového vybavení příslušného počítače či jiného zařízení je opravdu viníkem, který způsobil škodu.

V této části se plánuji zabývat problematikou odpovědnosti za škodu způsobenou aplikací nainstalovanou na *jailbreakovaném* telefonu. Rozlišuji dvě základní kategorie, a to aplikaci, která je k dispozici ke stažení, avšak nikoli z App Store, ale od třetích osob a aplikaci, která je nabízena v App Store. Musím podotknout, že tato kapitola bude čistě teoretická, bez jakýchkoli příkladů z reálného světa, protože se zatím neobjevil žádný spor, který by se touto problematikou zabýval.

5.5. Odpovědnost u aplikace, která nepochází z App Store

Odpovědnost za škodu ve své obecné formě, uplatnitelné i v tomto případě, je upravena v § 420 občanského zákoníku, který na první pohled jednoduše stanoví: „každý odpovídá za škodu, kterou způsobil porušením právní povinnosti.“⁸⁸ Pro naše účely je především složité definovat jak vypadá „porušení právní povinnosti“. Pokud presumujeme scénář, ve kterém je poskytnut software bez licenčního ujednání, je tedy pouze dán volně k dispozici, tak se musíme spolehnout na vymezení jeho funkcionality a našeho očekávání v rámci technického popisu takového software. Jako škodu pak budeme moci posuzovat takové chování software, které je v rozporu s předcházejícím vymezením. Demonstrujme to na příkladu, kdy někdo zhotoví neoficiální aplikaci pro systém Paypal, což je jakýsi prostředník pro platby na internetu.⁸⁹ Uživatel, který bude mít tuto aplikaci nainstalovanou a bude potřebovat skrze ni zaplatit např. vyhranou aukci

na eBay.⁹⁰ Aukce většinou mají stanovenou lhůtu do kdy je nutné zaplatit za vyhranou položku, jinak propadá. Aplikace má však rozhraní mezi ní a samotnou webovou službou vytvořené s použitím staršího SDK,⁹¹ anebo je testován na systému, na kterém byl použit jiný *jailbreak*, atp. K platbě samotné dojde až za několik dní a zboží vyhrané v aukci propadne. Uživateli vznikne škoda tím, že nedostal věc, kterou vyhrál a tím, že prostředky byly na určitý čas zablokovány, protože byly poslány na účet prodejce. Dále bych sem ještě radil veškerý čas, který musel strávit tím, že řešil vrácení peněžních prostředků.

V zásadě je možné škodu přičítat třem zúčastněným technologiím a tedy i třem rozdílným subjektům. Za prvé může být způsobená škoda přičítána vývojáři příslušné aplikace. Za druhé, škoda může být přičítána dodavateli operačního systému. Nakonec může být škoda přičítána samotné službě, v našem případě by tedy byl odpovědný PayPal.

Pokud budeme odpovědnost za škodu přičítat vývojáři aplikace, musíme brát v úvahu několik potenciálních exkulpacních důvodů. Chyba může být způsobená samotným operačním systémem. K tomu může dojít, když např. změněný registr, který aplikace využívá ke zpracování některých příkazů může být změněn ve vyšší verzi operačního systému (domnívám se, že zde by byla možná exkulpace, pokud by výrobce aplikace přesně stanovil verze systému na kterých může být aplikace používána). Určitá potíž spočívá v tom, že ve většině případů není možné s jistotou konstatovat, čím konkrétně byla chyba způsobena. Vybízí se tedy idea solidární odpovědnosti za škodu způsobenou všemi, resp. alespoň některými subjekty. Zde však narážíme na problém v tom, že podle licenčního ujednání není poskytovatel licence na operační systém odpovědný v případě porušení tohoto ujednání, nota bene, když je takové jednání (*jailbreaking*) rozporné i se samotným právem, tj. podle § 43 odst. 1 autorského zákona. Takové řešení tedy není vhodné pro náš případ. Dalším řešením by mohla být solidární odpovědnost výrobce aplikace a poskytovatele příslušné služby. Zde je však také přítomna komplikace v podobě „neoficiality“ aplikace. Pokud někdo vyvine aplikaci, která bude využívat rozhraní jiné služby či aplikace bez konzultace s jejím vývojářem nebo využije otevřeného rozhraní, může se stát, že aplikace nebude fungovat optimálně se vstupním rozhraním jiného systému.

Pravděpodobně nejschůdřejším řešením je tedy domáhat se náhrady škody u vývojáře příslušné aplikace. Ten by se mohl v určitých případech, kde by jasné prokázal alespoň spoluodpovědnost jiných, se na nich hojit v rámci regresního nároku.

5.6. Odpovědnost u aplikace, která pochází z App Store

V tomto případě se zabýváme následujícím scénářem. Uživatel disponuje telefonem na kterém provedl *jail-*

87 KNEBL, Ondřej, ŠURMANOVÁ, Michaela. *Odpovědnost za vady software* [online]. Praha: Právní Rádce, vydáno 22.09.2010 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://pravnicadce.ihned.cz/c4-10078260-46529960-F00000-d-odpovednost-za-vady-software>>.

88 § 420 OZ

89 *Paypal - Welcome* [online]. Copyright 1999 - 2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <https://www.paypal.com/cz/cgi-bin/webscr?cmd=_home-general&nav=0>.

90 *eBay - one of the UK's largest shopping destinations* [online]. Copyright 1995 - 2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <www.ebay.co.uk>.

91 SDK = Software Development Kit, viz. Software development kit. *Wikipedia* [online]. Last modified 11 February 2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://en.wikipedia.org/wiki/SDK>>.

break a nainstaluje na něj aplikaci, kterou má legálně staženou z Apple App Store a při používání této aplikace vznikne škoda. Jak jsem již předestřel v minulé subkapitole, přímá solidární odpovědnost výrobce aplikace a poskytovatele licence na operační systém je vyloučena aktem samotného *jailbreakingu*. Nicméně je zde možné uvažovat o spoluodpovědnosti té osoby, která provozuje příslušný internetový obchod s aplikacemi. V případě společnosti Apple, která zároveň s provozováním App Store také dodává operační systém to bude tentýž subjekt. Domnívám se však, že nejvíce uživatelsky přívětivé řešení by bylo stejné jako v předchozím případě. Tj. domáhat se náhrady škody po výrobci aplikace s tím, že ten bude mít případný regresní nárok vůči provozovateli obchodu.

5.7. Úvaha de lege ferenda a de facto se zaměřením na ochranu spotřebitele

Na následujících řádcích bych rád předestřel a rozvedl představu ideálního systému odpovědnosti za aplikace. Převládající trend v současné době je centralizace obchodních míst, na kterých je možné získat aplikace, na základě jednotlivých platform. Google Android OS má tzv. Android Market,⁹² Apple App Store pro iOS platformy (tj. iPhone, iPad, iPod Touch),⁹³ Ovi Store pro Nokia Symbian OS platformy⁹⁴ a Marketplace Hub pro nastupující Windows Phone 7.⁹⁵ Díky této centralizaci a větší (Apple) či menší (Google) kontrole kvality a obsahu (content) aplikací by také bylo možné nějaké globální schůdné řešení odpovědnosti za vady i odpovědnosti za škodu způsobenou aplikacemi staženými z těchto obchodů.

Inspiroval jsem se u největšího světového internetového aukčního serveru eBay. Ten vytvořil systém, kterému říká „*dispute resolution center*“ a funguje v podstatě jako právní zástupce jak prodávajícího tak kupujícího. Využije ho ta strana, která se domnívá, že došlo k porušení smlouvy, která byla mezi nimi uzavřena.⁹⁶ Tento jednoduchý a velmi účinný systém přispívá k velké důvěře eBay, protože jsou si vědomi, že i když něco nedopadne tak jak má, mohou se opřít o eBay, který věc vyřeší za ně. Domnívám se, že by příslušné obchody mohly vytvořit podobné podpůrné služby, které by dramaticky zjednodušily a zprůhlednily systém případné odpovědnosti za vady a škodu způsobenou těmito aplikacemi. Řešení by to bylo jednoduché a elegantně implementovatelné. Provozovatelé obchodů by pouze začlenili do smlouvy (smluv), uzavírané s vývojáři aplikací pro tyto obchody (platformy), klauzuli obsahující částečný či

úplný regresní nárok poté, co jejich aplikace měly vady či způsobily škodu. Licenční podmínky, které uzavírá provozovatel obchodu s koncovým zákazníkem by obsahovaly klauzuli, která by konstatovala, že zákazník má uplatňovat veškeré náhrady z odpovědnosti za vady a za škodu u provozovatele obchodu.

Z dnešního pohledu možná vypadá rozebírání takového tématu za nadbytečně, protože zatím nejsou známy žádné případy vyvěrající z této problematiky, nicméně smartphony a potažmo i aplikace se stále rozšiřují a s rostoucím výkonem těchto zařízení také dramaticky roste jejich komplexita. Za vše mluví to, že mobilní aplikace jsou nově zahrnuty do britského spotřebního koše, podle kterého se určuje inflace.⁹⁷ Podniky si nechávají šít na míru software pro tato zařízení, např. nejruznější CRM systémy a další podnikové systémy, které používají smartphony nebo nově tablety jako tzv. *workstation*, tedy hardware dedikovaný pro přístup a zobrazování dat, přičemž samotná data a výpočetní výkon zajišťuje výkonný centrální server. Z podnikatelské sféry můžeme očekávat, podle mého názoru, první spory ohledně odpovědnosti za vady a škodu způsobenou aplikacemi.

6. Závěr

Doufám, že se mi v rámci tohoto článku podařilo čtenáři přiblížit složitou technickou problematiku *jailbreakingu* a témat s ním souvisejících, včetně jejich právních aspektů. Musím poznamenat, že se jedná o téma vysoce proměnlivé a upozornit čtenáře, že nějaká větší změna přichází téměř každý měsíc. Např. v době, kdy tento článek byl dopisován se na trhu objevují první distribuce Android 3.0 Honeycomb, který také vnese určitá nová specifika do samotného procesu flashování Custom ROM. Dále je nutno poznamenat, že v pátek 11. března byla uvolněna verze iOS 4.3, která změnila použité technologie pro ochranu jádra systému, změna však není nijak dramatická a tudíž se domnívám, že nové aplikace na *jailbreak* iOS 4.3 uvidíme velmi brzo.

V září bude pravděpodobně představen iPhone 5 a s ním i nový iOS 5.0, u kterého se očekává výrazná změna architektury systému. Nicméně to nejdůležitější, tedy vázanost na ekosystém Apple zařízení, bude zřejmě zachována.

Pokud bych měl říci vlastní názor na DRM technologie jako takové, nezbyvá mi než konstatovat, že se plně ztotožňuji s názorem Free Software Foundation a jejich kampaně „*defective by design*“.⁹⁸ Domnívám se, že DRM technologie ještě měly nějaký smysl, dokud využívaly hardwarových prostředků. Náklady na jejich odstranění byly vyšší a samotná výroba, distribuce a prodej mohly být lépe kontrolovány. Softwarové DRM technologie však ukázaly svoji samotnou zbytečnost. V současnosti se počítá prolomení jakékoli DRM technologie v řádných dnech, někdy dokonce i hodin. Díky pokroči-

92 Aplikace - Android Market [online]. Změněno 08.03.2011

[cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<https://market.android.com/>>.

93 Apple : App Store Downloads on iTunes [online]. Změněno 05.01.2011 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://itunes.apple.com/us/genre/ios/id36?mt=8>>.

94 Nokia : Ovi Store : Feature [online]. Změněno 08.03.2011

[cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://store.ovi.com/>>.

95 Microsoft : Marketplace hub Windows Phone 7 [online]. Copyright 2011 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.microsoft.com/windowsphone/en-us/howto/wp7/apps/marketplace-hub.aspx>>.

96 eBay : Protecting yourself as a buyer [online]. Copyright 1995 - 2011 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://pages.ebay.com/help/buy/protecting.html>>.

97 MORGAN, Darren. Smartphones and apps added to inflation basket. BBC News [online]. Last modified 15 March 2011 [cit. 20. května 2011]. Dostupné z: <<http://www.bbc.co.uk/news/business-12744400>>.

98 DefectiveByDesign.org - The Campaign to Eliminate DRM [online]. 2006 - 2009 [cit. 12. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.defectivebydesign.org/>>.

lému software na obcházení DRM už je může obcházet téměř každý uživatel s minimálním rizikem poškození hardwaru, u mobilních telefonů kouzelně označovaným jako „zciblovatění“.

S potěšením však musím konstatovat, že v USA díky výše popsanému systému výjimek z copyrightu může právní řád mnohem pružněji reagovat na současnou situaci než rigidní právní řády kontinentálního systému, včetně toho našeho. Ocenil bych, kdyby i náš zákonodárce provedl revizi současného autorského zákona, především s ohledem na DRM, aby právní úprava více odpovídala realitě a nestávala se stále více obsolentní. Rozhodnutí Copyright Office ukázalo, že je možné rozumně vymezit mantinely, které jsou ku prospěchu, alespoň části, uživatelů a zároveň nezpůsobují škodu majiteli příslušného copyrightu. Jedná se tedy o situaci, kde všichni zúčastnění vyhrájí. Taková situace je ideální situací a podle mého názoru je chybné, že naše právo neumožňuje jejího dosažení.

7. Seznam pramenů a použité literatury

7.1. Použité elektronické zdroje

AHONEN, Tomi. Are iPhone Apps a Failed Business Model?. *The Motley Fool : To Educate, Amuse & Enrich* [online]. Last modified 21 June 2010 [cit. 7. Března 2011]. Dostupné z: <<http://www.fool.com/investing/general/2010/06/21/are-iphone-apps-a-failed-business-model.aspx>>.

Android.com [online]. Změněno 07. 02. 2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <www.android.com>.

Aplikace – Android Market [online]. Změněno 08.03.2011 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<https://market.android.com/>>.

Apple : App Store Downloads on iTunes [online]. Změněno 05.01.2011 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://itunes.apple.com/us/genre/ios/id36?mt=8>>.

Apple MobileMe – Your iPhone, iPad, MAC and PC. In perfect sync. [online]. Změněno 01.01.2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.apple.com/mobileme/>>.

Apple iPhone – Learn about apps available on the App Store [online]. Změněno 01. 01. 2011 [cit. 4. března 2011]. Dostupné z: <www.appstore.com>.

Apple – iPhone – iOS 4 is the world's most advanced mobile OS [online]. Změněno 01.01.2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.apple.com/iphone/ios4/>>.

BlackBerry 6 – BlackBerry 6 OS for Smartphones – New & Powerful BlackBerry 6 Operating System [online]. Změněno 23.01.2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://us.blackberry.com/apps-software/blackberry6/>>.

DefectiveByDesign.org – The Campaign to Eliminate DRM [online]. 2006 – 2009 [cit. 12. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.defectivebydesign.org/>>.

eBay – one of the UK's largest shopping destinations [online]. Copyright 1995 – 2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <www.ebay.co.uk>.

eBay : Protecting yourself as a buyer [online]. Copyright 1995 – 2011 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://pages.ebay.com/help/buy/protecting.html>>.

Electronic Frontier Foundation : About EFF [online]. Změněno 10.1.2010 [cit. 6. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.eff.org/about>>.

Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [online]. Washington: Copyright Office, Library of Congress, vydáno 27.07.2010 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/docs/fedreg-notice-final.pdf>>.

FORESMAN, Chris. iPhone 5 Rumors: relocated Flash, Sprint & T-Mobile compatibility. [cit. 20. května 2011]. Dostupný z: <<http://arstechnica.com/apple/news/2011/05/the-latest-rumors-about-apples>>.

Free Patents Online [online databáze]. FreePatentsOnline.com, 2011 [cit. 4. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.freepatentsonline.com/7643849.html>>.

CHENG, Jacqui. Verizon iPhone No Longer a Myth. [cit. 4. března 2011]. Dostupný z: <<http://arstechnica.com/apple/news/2011/01/verizon-iphone-no-longer-a-myth-available-in-february>>.

Choose your iPhone and plan [online]. Změněno 07.03.2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://shop.orange.co.uk/iphone/choose-your-4g-plan>>.

iPhone 3.0 Unlock YellowSn0w Demo. *iPhone Download Blog* [online]. Last modified 15 June 2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.iphonedownloadblog.com/2009/06/15/iphone-30-unlock-yellowsn0w-demo/>>.

iPhone 4 & iPhone 3GS – Apple Store (UK) [online]. Změněno 07.03.2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <http://store.apple.com/uk/browse/home/shop_iphone/family/iphone?m-co=OTY2ODA2OQ>.

iPhone License Agreement : Apple and Third Party Terms [online]. 2011 [cit. 6. března 2011]. Dostupné z: <<http://images.apple.com/legal/sla/docs/iphone.pdf>>.

JOBS, Steve. *Apple Special Event March 2011* [video-on-demand]. Apple, 2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://events.apple.com.edgesuite.net/1103pijanbdvauj/event/index.html>>.

KNEBL, Ondřej, ŠURMANOVÁ, Michaela. *Odpovědnost za vady software* [online]. Praha: Právní Rádce, vydáno 22.09.2010 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <http://pravni-radce.ihned.cz/c4-10078260-46529960-F00000_d-odpovednost-za-vady-software>.

Library of Congress : History – About the Library [online]. Změněno 12.11.2010 [cit. 6. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.loc.gov/about/history.html>>.

Microsoft : Marketplace hub Windows Phone 7 [online]. Copyright 2011 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.microsoft.com/windowsphone/en-us/howto/wp7/apps/marketplace-hub.aspx>>.

MORGAN, Darren. Smartphones and apps added to inflation basket. *BBC News* [online]. Last modified 15 March 2011 [cit. 20. května 2011]. Dostupné z: <<http://www.bbc.co.uk/news/business-12744400>>.

New Oxford American Dictionary [databáze]. Verze MAC OS X Snow Leopard 9/2010. Apple Computer Inc., 2010 [cit. 8. března 2011].

Nokia : Ovi Store : Feature [online]. Změněno 08.03.2011 [cit. 8. března 2011]. Dostupné z: <<http://store.ovi.com/>>.

Paypal – Welcome [online]. Copyright 1999 – 2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <https://www.paypal.com/cz/cgi-bin/webscr?cmd=_home-general&nav=0>.

QEMU: The Open Source Processor Emulator [online]. Weiqi Gao's Observations, 2010 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <http://www.weiqigao.com/blog/2006/02/20/qemu_the_open_source_processor_emulator.html>.

Recommendation of the Register of Copyrights. The Register of Copyrights, Library of Congress, vydáno 11.6.2010 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>>.

RITCHIE, Rene. Apple's New iPhone Business Model. *TiPb* [online]. Last modified 28 May 2008 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.tipb.com/2008/05/28/apples-new-iphone-business-models/>>.

ROM Manager - Android Market [online]. Změněno 05.03.2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<https://market.android.com/search?q=ROM+manager&c=apps>>.

Software development kit. *Wikipedia* [online]. Last modified 11 February 2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://en.wikipedia.org/wiki/SDK>>.

Symbian. *Wikipedia* [online]. Last modified 10 March 2011 [cit. 12. března 2011]. Dostupné z: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Symbian>>.

Vodafone - telefony [online]. Změněno 04. 03. 2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://eshop.vodafone.cz/hs.htm?detail=18&nso=&lang=cs&hsName=Nokia%202330%20classic&brand=2>>.

What is Sim-Lock. Removing simlock. *GSM Server* [online]. Last modified 05 March 2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://gsmserver.com/articles/simlock.php>>.

Windows Phone Home - Windows Phone 7 [online]. Změněno 01.01.2011 [cit. 5. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.microsoft.com/windowsphone/en-GB/default.aspx>>.

U.S. Copyright Office : Information Circular [online]. Změněno 01.06.2008 [cit. 6. března 2011]. Dostupné z: <<http://www.copyright.gov/circs/circ1a.html>>.

United States Patent 7,479,949 [online]. US Patent Office, 2009 [cit. 2011-03-03]. Dostupné z: <<http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO1&Sect2=HITOF-F&d=PALL&p=1&u=%2Fnetacgi%2FPTO%2Fsrchnum.htm&r=1&f=G&d=50&s1=7,479,949.PN.&OS=PN/7,479,949&RS=PN/7,479,949>>.

0_61_Win_Grab [online]. Fox News, 2011 [cit. 7. března 2011]. Dostupné z: <http://www.foxnews.com/images/365437/0_61_win_xp_grab.jpg>.

7.2. Literatura

BEJČEK, Josef; ELIÁŠ, Karel; RABAN, Přemysl. Kurs obchodního práva : obchodní závazky. 5. vyd. Praha : C.H. Beck, 2010. 542 s. ISBN 9788074003370.

LEVAL, Pierre. *Toward a Fair Use Standard*. Harvard Law Review. 1990, roč. 104, č. 1105. ISSN 0017-811X.

MYŠKA, Matěj. *Právní a sociokulturní aspekty technických prostředků ochrany práv* [online]. 2009 [cit. 6. března 2011]. 89 s. Magisterská diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Radim Polčák. Dostupné z [www: <http://www.is.muni.cz/auth/th/102870/pravf_m/DP_Myska_DRM.pdf>](http://www.is.muni.cz/auth/th/102870/pravf_m/DP_Myska_DRM.pdf).

Oxford advanced learner's dictionary of current english. 7th ed. Oxford : Oxford University Press, 2005. xii, 1715119 s. ISBN 0194316599.

TAYLOR, Paul. A.. *Hackers: Crime and the Digital Sublime*. 1. vyd. Londýn : Nakladatelství Routledge, 1999. 198 s. ISBN 0415180716. s. 13.

TELEC, Ivo; TŮMA, Pavel. Autorský zákon : komentář. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2007. 971 s. ISBN 9788071796084.

URFUS, Valentin. Historické základy novodobého práva soukromého : římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy. 2. vyd. Praha : C.H. Beck, 2001. 131 s. ISBN 8071795046.

7.3. Judikatura a zákony

Federální zákon USA, Digital Millenium Copyright Act, Pub. L. 105-304 12 Stat. 2860 (1998)

Rozsudek Sega Enterprises Ltd. vs. Accolade Inc., U.S. Court of Appeals for Ninth Circuit ze 20. října 1992, 977 F.2d 1510, 24 USPQ2d 1561.

Rozsudek odvolacího soudu v Oslu, Norsko ze dne 22. Prosince 2003, sp. zn. LB-2003-00731

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách) (Text s významem pro EHP) Úř. věst. L 149, 11.6.2005, s. 22—39

Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon)

Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů